Arbeitsrechtsmissbrauch

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 40

Daniel Dommermuth-Alhäuser

Arbeitsrechtsmissbrauch

ZAAR Verlag München 2015

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-35-0

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/16 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis einschließlich September 2015 berücksichtigt.

An erster Stelle danke ich meinem Doktorvater Professor Dr. Volker Rieble für die herausragende Betreuung der Arbeit. Er hatte den richtigen Blick bei der Auswahl des Themas und hat mir im Weiteren größtmögliche Freiheit eingeräumt. Der Tätigkeit an seinem Lehrstuhl – zunächst als studentische Hilfskraft, später als wissenschaftlicher Mitarbeiter – verdanke ich viel. Großer Dank gebührt weiter Professor Dr. Richard Giesen, nicht nur für die zügige Zweitkorrektur, sondern auch für wertvolle Hinweise während des lehrstuhlübergreifenden Doktorandenkollegs und danach.

Den Kollegen vom ZAAR danke ich für die großartige Arbeitsatmosphäre und allzeitige Gesprächsbereitschaft. Hervorheben möchte ich hier Dr. Clemens Latzel und PD Dr. Sebastian Kolbe, die mir manch hilfreiche Anregungen mitgaben. Dr. Clemens Latzel danke ich besonders für seine zielführenden Hinweise und Anregungen nach der Durchsicht des Manuskripts.

Meiner Partnerin Dorothee Reuther danke ich für ihre Geduld und andauernde, bedingungslose Unterstützung, die mir die Dissertationszeit erleichtert haben.

Der größte Dank gebührt meinen Eltern, Frau Claudia Dommermuth-Alhäuser und Dr. Rolf Alhäuser. Sie haben meine Ausbildung in jeder Hinsicht großzügig unterstützt und diese Arbeit damit erst ermöglicht. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Oktober 2015

Daniel Dommermuth-Alhäuser

Gliederung Seite

§ 1 Die Diskussion um den Rechtsmissbrauch im Arbeitsrecht 35

A. Missbräuchliche Rechtsausübung und -gestaltung in der Arbeitswelt 35
B. Leitlinien der Untersuchung – Grenzen des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung 45

§ 2 Die Gesetzesumgehung 47

A. Was ist Gesetzesumgehung? 47
B. Dogmatische Erfassung der Gesetzesumgehung 49

§ 3 Der Rechtsmissbrauch 60

A. Untaugliche Definitionsversuche 60
B. Abgrenzung: Rechtsmissbrauch versus unzulässige Rechtsausübung 65
C. Historische Grundlagen der Rechtsmissbrauchslehre 66
D. Kategorisierung des Rechtsmissbrauchs 74
E. Rechtsmissbrauch und Methodenlehre 99
F. Funktionen des Rechtsmissbrauchs 117
G. Rechtsfolge des Missbrauchseinwands 148
H. Darlegungs- und Beweislast 154
J. Das Verhältnis von Rechtsmissbrauch zur Gesetzesumgehung 157

§ 4 Deutsche Rechtsmissbrauchs- und Umgehungslehre und unionsrechtliches Missbrauchskonzept 160

A. Das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts 160
B. Sekundärrechtliche Missbrauchsverbote 168
C. Missbrauchsrelevante Grundsätze des Primärrechts 175

§ 5 Ergebnisse des Grundlagenteils 179

§ 6 Entgrenzung der Missbrauchs- und Umgehungslehre im Arbeitsrecht 181

A. Funktionale Unterschiede zivil- und arbeitsrechtlicher Missbrauchs- und Umgehungslehre? 181
B. Entgrenzung durch Subjektivierung des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung 197
C. Entgrenzte Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung 220
D. Zwischenergebnis: Die Entgrenzung der Missbrauchs- und Umgehungslehre 267

§ 7 Besonderheiten zweckwidriger Rechtsausübung und Gestaltung im kollektiven Arbeitsrecht 269

A. Tarifautonomie versus Betriebsautonomie 269
B. (Keine) Zweckbindung von Tarif- und Betriebsautonomie? 272

§ 8 Ergebnisse der Untersuchung 294

Inhaltsverzeichnis **Seite**

Gliederung ... 7
Inhaltsverzeichnis ... 9
Abkürzungsverzeichnis ... 31

§ 1 Die Diskussion um den Rechtsmissbrauch im Arbeitsrecht ... 35

A. Missbräuchliche Rechtsausübung und -gestaltung in der Arbeitswelt ... 35
I. Arbeitgeberseitiger Rechtsmissbrauch ... 35
1. Befristungsrecht: Kettenbefristung mit Sachgrund ... 35
a. Der Fall »Kücük« ... 35
b. Parallelentscheidung zum Fall »Kücük« ... 36
c. Erweiterung der Rechtsmissbrauchskontrolle auf alle Sachgründe ... 36
2. Befristungsrecht: Kettenbefristung ohne Sachgrund ... 36
a. Die Fälle ... 37
b. Der Rechtsmissbrauchsmaßstab des BAG ... 37
3. Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung und Rechtsmissbrauch ... 38
a. Arbeitsverhältnis zum Entleiher wegen dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung? ... 38
b. BAG: Kein Rechtsmissbrauch durch dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung ... 39
c. LAG Niedersachsen: Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG? ... 39
4. Zwischenergebnis – arbeitgeberseitiger Rechtsmissbrauch ... 40
II. Rechtsmissbrauch durch Arbeitnehmer, Gewerkschaften und Betriebsräte ... 40
1. Kollektive Ausübung des Widerspruchrechts aus § 613a Abs. 6 BGB ... 40
a. Die Fälle ... 40
b. Der Rechtsmissbrauchsmaßstab des BAG ... 41
2. »AGG-Hopping« (Scheinbewerber) ... 42
a. Die Fälle ... 42
b. Der Rechtsmissbrauchsmaßstab des BAG ... 42

aa. Restriktives Verständnis des Bewerberbegriffs? ... 43
bb. Individueller Rechtsmissbrauch ... 43
cc. Rückversicherung beim EuGH ... 43
3. Koppelungsgeschäfte mit dem Betriebsrat ... 44
4. »Missbrauch« tariflicher Normsetzungsbefugnis ... 45

B. Leitlinien der Untersuchung – Grenzen des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung ... 45
I. Die Herausforderung des Rechtsmissbrauchs ... 45
II. Die Leitlinien der Arbeit ... 45

§ 2 Die Gesetzesumgehung ... 47

A. Was ist Gesetzesumgehung? ... 47
I. Untaugliche Definitionsversuche ... 47
II. Abgrenzungsfälle: Tatbestandsplanung und -vermeidung ... 48
III. Abgrenzung: Die gesetzlich eröffnete Gesetzesumgehung ... 48

B. Dogmatische Erfassung der Gesetzesumgehung ... 49
I. Gesetzliche Grundlagen der Gesetzesumgehung ... 49
II. Die Gesetzesumgehung als Rechtsinstitut »sui generis« ... 49
III. Die Gesetzesumgehung als Frage der Simulation und Sachverhaltsauslegung ... 49
IV. Die Gesetzesumgehung als Frage der Auslegung und Analogie ... 50
1. Gesetzesumgehung als Frage der Normgeltung ... 50
2. Keine Notwendigkeit einer Umgehungsabsicht ... 51
a. Objektive versus subjektive Theorie ... 51
b. Objektiv-subjektiv-gemischte Theorie ... 52
c. Subjektive Elemente zum Auffinden der potentiell umgangenen Norm ... 53
d. Zwischenergebnis ... 53
3. Gesetzesumgehung und Analogieverbot ... 53
a. Strafrecht ... 53
b. Steuerrecht: § 42 AO ... 54
aa. Folgen eines steuerrechtlichen Analogieverbotes ... 54
bb. Folgen bei Ablehnung eines steuerlichen Analogieverbotes ... 54
4. Vergleich zu kodifizierten Umgehungsnormen ... 55
a. Deklaratorische Funktion versus erweiterter Anwendungsbereich ... 55

aa. Grundsatz: Keine erweiterte Methodenlehre 55
bb. Ausnahme: Umgehungs- als Kompensation für ein Analogieverbot? 56
cc. Keine Ausnahme: Nachrang der Analogie 57
b. Beispiel: § 306a BGB 57
V. »Rechtsfolge« der Gesetzesumgehung 58
VI. Darlegungs- und Beweislast 59
VII. Zwischenergebnis – Objektive Lehre der Gesetzesumgehung 59

§ 3 Der Rechtsmissbrauch 60

A. Untaugliche Definitionsversuche 60
I. Bedeutung des Wortes Rechtsmissbrauch 60
II. Rechtsmissbrauch als »Handeln ohne Recht« 60
III. Rechtmissbrauch als Einfallstor »rechtsethischer Minima« 60
IV. Ursachen der Untauglichkeit 61
1. Abhängigkeit vom einzelnen Recht 61
a. Außentheorie 61
b. Innentheorie 61
c. Stellungnahme 62
2. Zirkelschlussgefahr 63
V. Regelbeispielstechnik als Alternative zu (untauglichen) Definitionsversuchen 63
1. Kartellrechtliche Missbrauchsverbote 63
a. Generalklausel 63
b. Regelbeispiele und ihr Nutzen 64
aa. Nutzen von Regelbeispielen im Kartellrecht 64
bb. Allgemeiner Nutzen von Regelbeispielen 64
2. Zwischenergebnis 65

B. Abgrenzung: Rechtsmissbrauch versus unzulässige Rechtsausübung 65

C. Historische Grundlagen der Rechtsmissbrauchslehre 66
I. Römisch-rechtliche Grundlagen 66
II. Kodifikation des Rechtsmissbrauchseinwands im BGB 67
III. Rechtsmissbrauch in der Zeit des Nationalsozialismus 68
1. Literaturauffassung 68
2. Die Rechtsprechung 68
3. Zwischenergebnis 69

IV. Heutige Rechtsmissbrauchslehre ... 69
1. Gesetzliche Grundlagen ... 69
a. Disparate Regelungen zu rechtsmissbräuchlichen Verhaltensweisen ... 69
aa. Schikaneverbot ... 69
bb. Spezialfälle des Rechtsmissbrauchs im BGB ... 70
[1] § 1353 Abs. 2 BGB ... 70
[2] § 1447 Nr. 1 BGB ... 70
cc. Kodifizierte Missbrauchsverbote außerhalb des BGB ... 71
[1] § 42 AO ... 71
[2] § 19 GWB ... 72
[3] § 8 Abs. 4 UWG ... 72
[4] § 2 Abs. 3 UKlaG ... 72
b. Kein pauschales gesetzliches Missbrauchsverbot ... 73
2. § 242 BGB als Fundament der heutigen Rechtsmissbrauchslehre ... 73
a. Herrschende Meinung ... 73
b. Gegenansicht ... 74
c. Stellungnahme ... 74

D. Kategorisierung des Rechtsmissbrauchs ... 74
I. Individueller Rechtsmissbrauch ... 75
1. Primäres Schutzobjekt: Gegner der Rechtsausübung ... 75
2. Fallgruppen des individuellen Rechtsmissbrauchs ... 76
a. Das frühere unredliche Verhalten ... 77
aa. Die Unterfallgruppen des früheren unredlichen Verhaltens ... 77
[1] Unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung ... 77
[2] Unredliche Vereitelung von Gegnerrechten ... 78
[3] Eigenes gesetzes- oder vertragswidriges Verhalten ... 78
bb. § 162 BGB als Sonderfall des treuwidrigen Verhaltens ... 79
cc. Beispiel: Rechtsmissbrauch wegen pflichtwidrigen Unterlassens ... 80
[1] Pflichtwidriges Unterlassen nur bei Handlungspflicht ... 80
[2] Aufklärungspflicht als Ausnahmefall ... 80

[3] Verletzung der Aufklärungspflicht als Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauchs 81
[4] Die pflichtwidrige Nichtaufklärung am Beispiel von Ausschlussklauseln im Arbeitsrecht 82

[a] Ansicht des BAG 82
[b] Einwände gegen die BAG Ansicht 82
[c] Zustimmende Würdigung der BAG-Ansicht 83
[d] Verbleibender Widerspruch der BAG-Rechtsprechung 83

b. Das gegenwärtige unredliche Verhalten 84
aa. Fehlendes, geringfügiges, nicht schutzwürdiges Eigeninteresse und Unverhältnismäßigkeit ... 84

[1] Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses 84
[2] Beispiel: Dolo agit qui petit quod statim redditurus est 85
[3] Geringwertiges und nicht schutzwürdiges Eigeninteresse 85
[4] Die Unverhältnismäßigkeit 85

bb. Die zweckwidrige Rechtsausübung 86

[1] Beispiele der subjektiven Verfehlung des Gesetzeszwecks 86
[2] Beispiel der Vertragszweckverfehlung 87

c. Das widersprüchliche Verhalten 87
aa. Übergeordnetes Prinzip 87
bb. Ausnahmecharakter des venire contra factum proprium 88
cc. Interessenabwägung versus rechtsgeschäftlicher Verzicht 88
dd. Kriterien der Interessenabwägung 88

[1] Der gesetzte Vertrauenstatbestand 88
[2] Der Selbstwiderspruch 89

ee. Die Verwirkung 89

II. Institutioneller Rechtsmissbrauch 89
1. Eingrenzende Definition 90
2. Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauchsvorwurfs 90
a. Sonderfall: Rechtsformenmissbrauch 91
b. Sonderfall: Steuerrechtlicher Gestaltungsmissbrauch 92
c. Sonderfall: Kein institutioneller Missbrauch der Privatautonomie 92

aa. Vertragsfreiheit versus Zweckbindung ... 92
bb. Umgehungsperspektive als Lösung ... 93
3. Beliebigkeit als Gefahr des institutionellen Rechtsmissbrauchs ... 94
4. Geltungsanspruch der Rechtsordnung als Schutzobjekt des institutionellen Rechtsmissbrauchs ... 94
III. Unschärfe der Missbrauchskategorien ... 94
1. Beispiel: Institutionell rechtsmissbräuchliche Sachgrundbefristung ... 95
2. Zweckwidrigkeit als bedingt geeignetes Unterscheidungskriterium ... 95
a. Institutioneller Rechtsmissbrauch und Zweckwidrigkeit ... 95
b. Individueller Rechtsmissbrauch und Zweckwidrigkeit ... 96
c. Kein Exklusivitätsverhältnis von individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch ... 96
aa. Beispiel: Anfechtungsklage nach § 246 AktG ... 96
bb. Beispiel: § 8 Abs. 4 UWG ... 97
cc. Beispiel: Dolo agit qui petit quod statim redditurus est ... 97
dd. Beispiel: Kollektiver Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB ... 98
3. Zwischenergebnis – Kategorisierung des Rechtsmissbrauchs ... 98

E. Rechtsmissbrauch und Methodenlehre ... 99
I. Rechtsmissbrauch zwischen Gesetzestreue und Einzelfallgerechtigkeit ... 99
1. Gewaltenteilung und Gesetzesbindung des Richters ... 99
a. Kompetenzverteilung zwischen Judikative und Legislative ... 100
b. Die Bindung der Judikative an Gesetz und Recht ... 101
2. Die Rechtsfortbildungskompetenz der Gerichte ... 102
II. Auslegung, Analogie und richterliche Rechtsfortbildung ... 102
1. Normimmanenter Wertungsmangel als Auslöser des Rechtsmissbrauchs ... 102
2. Rechtsmissbrauch versus Auslegung und Analogie ... 103
a. Rechtsmissbrauch und Auslegung ... 103
aa. Reichweite der Gesetzesauslegung ... 103
bb. Fehlende Konkurrenz von Rechtsmissbrauch und Auslegung ... 103
b. Rechtsmissbrauch und generalklauselartige Tatbestände ... 104

c. Rechtsmissbrauch und Störung der Geschäftsgrundlage ... 104
d. Gesetzesauslegung und gesetzesimmanente Rechtsfortbildung ... 105
3. Richterliche Rechtsfortbildung extra legem ... 106
a. Natur der Sache ... 106
b. Rechtsethische Prinzipien ... 106
aa. Das Verhältnis von Ethik und Recht ... 107
bb. Übertragung auf den Rechtsmissbrauchseinwand ... 108
4. Grenzen auf § 242 BGB gestützter, richterlicher Rechtsfortbildung ... 109
a. Rechtsprechung des BVerfG zu einer richterlichen Rechtsfortbildung gestützt auf § 242 BGB ... 109
aa. Der Fall ... 109
bb. Wesentliche Erkenntnisse des Beschlusses ... 110
[1] Erkenntnisse für den konkreten Fall ... 110
[2] Erkenntnisse für die allgemeinen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ... 110
b. Kritik und Folgerungen für den Rechtsmissbrauch als richterliche Rechtsfortbildung ... 111
aa. Zustimmende Kritik ... 111
bb. Folgerungen für den Rechtsmissbrauchseinwand als richterliche Rechtsfortbildung ... 112
III. Einfluss der Gewaltenteilung auf die Methodenlehre ... 112
1. Rechtsgebietsabhängige Regelungsdichte und Reaktionszeiten des Gesetzgebers ... 112
2. Zur Rechtsfortbildung bei fehlenden rechtlichen Vorgaben ... 113
a. Das Arbeitskampfrecht des BAG ... 113
b. Akzeptanz durch das Bundesverfassungsgericht ... 114
aa. Aussperrungsbeschluss ... 114
bb. Flashmobbeschluss ... 114
c. Konsistenz der Rechtsprechung des BVerfG zu richterlicher Rechtsfortbildung ... 115
d. Folgerungen für eine Rechtsfortbildung in ungeregelten Bereichen und den Rechtsmissbrauchseinwand ... 116
aa. Formel der Rechtsfortbildung extra legem ... 116
bb. Übertragung auf den Rechtsmissbrauchseinwand ... 116
3. Zur Rechtsfortbildung bei verzögerter gesetzgeberischer Reaktion ... 117

F. Funktionen des Rechtsmissbrauchs ... 117
I. Die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs ... 117
II. Ziel und Funktion des individuellen Rechtsmissbrauchs ... 117
1. Nicht: Objektive Zweckwidrigkeit ... 117
2. Gewährleistung rechtsethischer Minima ... 118
3. Die Motivkontrollfunktion des individuellen Rechtsmissbrauchs ... 118
a. Was ist Motivkontrolle? ... 118
b. Grundsatz der Unbeachtlichkeit von Motiven im Zivilrecht ... 118
c. Ausnahmsweise: Motivkontrolle im Zivilrecht ... 120
aa. Sittenwidrigkeits- als eingeschränkte Motivkontrolle ... 121
[1] Sittenwidrigkeitskontrolle als Außenschranke subjektiver Rechte ... 121
[2] Objektive Kontrollfunktion der Sittenwidrigkeitskontrolle ... 121
[3] Subjektive Kontrollfunktion der Sittenwidrigkeitskontrolle ... 122
[4] Recht und Ethik im Fall des § 138 BGB ... 123
bb. Die Kündigung wegen des Betriebsübergangs, § 613a Abs. 4 BGB ... 124
cc. Kündigung aus Anlass des Wehrdienstes, § 2 Abs. 2 ArbPlSchG ... 124
dd. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz als Motivkontrollgesetz ... 125
[1] AGG und negative subjektive Zweckbindung ... 125
[2] Unzutreffende Einwände gegen die Motivkontrollfunktion des AGG ... 125
ee. Nicht: Simulation und Mentalreservation ... 126
ff. Nicht: § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB – Die Scheinehe ... 127
gg. Nicht: § 530 BGB – Der Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks ... 128
d. Motivkontrolle mittels Missbrauchsnormen und missbrauchsähnlicher Normen ... 129
aa. § 226 BGB – Das Schikaneverbot ... 129
bb. § 42 AO ... 130
cc. § 8 Abs. 4 UWG ... 131

dd. Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot, § 19 GWB, Art. 102 AEUV ... 132
ee. Folgerungen für die Motivkontrolle mittels individuellen Rechtsmissbrauchs ... 133

[1] Rechtsmissbrauch mit Motivkontrollfunktion ... 133
[2] Beweisnot als Argument gegen die Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs? ... 133
[3] Motivkontrolle als Ausnahmefall ... 134

e. Voraussetzung der Motivkontrollfunktion: Subjektive Zweckbindung ... 134
aa. Positive subjektive Zweckbindung ... 134

[1] Definition und Voraussetzungen ... 134
[2] Beispiel fehlender positiver subjektiver Zweckbindung: § 1 IFG ... 135
[3] Beispiel: Das aktienrechtliche Statusverfahren nach § 98 AktG aus wissenschaftlichem Interesse ... 136

bb. Negative subjektive Zweckbindung ... 136

[1] Definition und Voraussetzungen ... 136
[2] Beispiel: § 242 und Motivkontrolle im Aktienrecht ... 136
[3] Beispiel: § 242 BGB und »AGG-Hopping« ... 138

cc. Absolute und relative subjektive Zweckbindung ... 138
dd. Motivkontrollfunktion des individuellen Rechtsmissbrauchs ... 139
ee. Folgen der Motivkontrollfunktion ... 139

4. Willkürkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs ... 139
a. Willkür- und Rechtsmissbrauchskontrolle als Ausdruck des Gerechtigkeitsprinzips (Art. 3 Abs. 1 GG) ... 140
b. »Sachliche Gründe« und Willkürkontrolle ... 140
c. Willkürkontrollfunktion als Folge der Motivkontrolle ... 141
d. Fehlen sachlicher Gründe als Rechtsmissbrauch? ... 142
5. Zwischenergebnis: Funktionen des individuellen Rechtsmissbrauchs ... 142

III. Ziel und Funktion des institutionellen Rechtsmissbrauchs 143
1. Das Scheinargument: Schutz des Telos einer Norm als Aufgabe des institutionellen Rechtsmissbrauchs 144
a. Funktionszuweisung als Voraussetzung der Funktionswidrigkeit 144
b. Restriktive Auslegung und teleologische Reduktion .. 145
c. Keine Rechtsfortbildung extra legem mittels institutionellen Rechtsmissbrauchs 145
2. Keine Motivkontrolle mittels institutionellen Rechtsmissbrauchs 147
IV. Zwischenbilanz der Rechtmissbrauchsnormen 148

G. Rechtsfolge des Missbrauchseinwands 148
I. Der rechtsvernichtende Rechtsmissbrauch 149
1. Endgültige oder zeitweise Rechtsversagung 149
2. Besonderheiten des BetrVG 149
II. Der mittelbar rechtsbegründende Missbrauch 149
III. Kein Kontrahierungszwang infolge Rechtsmissbrauchs 150
1. Was ist ein Kontrahierungszwang? 150
2. Keine Normierung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs 151
3. Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht? 151
a. Wertung des § 15 Abs. 6 AGG 151
b. Ausnahmen 152
c. Keine Ausnahme: Rechtsmissbräuchliche Sachgrundbefristung 152
4. Voraussetzungen eines Kontrahierungszwangs jenseits des Arbeitsrechts 152
5. Rechtsmissbrauch als Anspruchsgrundlage? 153
IV. Schadenersatz wegen Rechtsmissbrauchs 153

H. Darlegungs- und Beweislast 154
I. Allgemeine Grundsätze 154
II. Beweiserleichterungen 155
1. Anscheinsbeweis 155
2. Abgestufte Darlegungs- und Beweislast 155
a. Beispiele abgestufter Darlegungs- und Beweislast 156
b. Abgestufte Darlegungs- und Beweislast und Rechtsmissbrauch 156
3. Beweislastumkehr 157

J. Das Verhältnis von Rechtsmissbrauch zur Gesetzesumgehung 157
I. Gemeinsamer Bezugspunkt 157
II. Individueller Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung 158
III. Institutioneller Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung 158

§ 4 Deutsche Rechtsmissbrauchs- und Umgehungslehre und unionsrechtliches Missbrauchskonzept 160

A. Das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts 160
I. Eigenes Rechtsinstitut versus Auslegungsproblem 160
1. Rechtsmissbrauch als eigenes Rechtsinstitut 160
2. Rechtsmissbrauch als Auslegungsproblem 161
II. Ansicht des EuGH 161
1. Betrug und Missbrauch 162
2. Subjektivierung des Rechtsmissbrauchs 163
a. »U-Turn-« und »Strohmann-Konstruktionen« 164
b. Missbrauch der Niederlassungsfreiheit 166
c. Folgerungen für die Frage einer subjektiven Rechtsmissbrauchslehre 167
III. Grenzen des allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbotes 168

B. Sekundärrechtliche Missbrauchsverbote 168
I. Missbrauchsprävention durch Richtlinien im Arbeitsrecht 169
II. Einfluss sekundärrechtlicher Vorgaben auf die deutsch-rechtliche Missbrauchslehre 169
1. Das Missbrauchskriterium: Die Vorgaben der Richtlinie 170
2. Anleihen beim allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbot 170
a. Beispiel – AGG-Hopper 170
aa. Anwendungsbereich des Unionsrechts 171
bb. Motiv als zulässiges Kriterium des Rechtsmissbrauchs 171
cc. Schlussfolgerung für die deutsche Rechtsmissbrauchslehre 172
b. Beispiel – Missbrauch der Societas Europaea 172
aa. Kodifizierte Missbrauchsregelungen 172
bb. Rechtsmissbrauchskontrolle versus Auslegung und Analogie 172

[1] Rechtsmissbrauchskontrolle ... 173
[2] Auslegung und Analogie? ... 174
cc. Zwischenergebnis – Missbrauch der SE ... 174

C. Missbrauchsrelevante Grundsätze des Primärrechts ... 175
I. Anwendungsbereich des Unionsrechts ... 175
II. »Effet utile« ... 176
1. Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes an das nationale Recht ... 176
2. Effektivitätsgrundsatz und Rechtsmissbrauch ... 176
III. Das Gebot transparenter Richtlinienumsetzung ... 177
IV. Allgemeiner unionsrechtlicher Grundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ... 178

§ 5 Ergebnisse des Grundlagenteils ... 179

§ 6 Entgrenzung der Missbrauchs- und Umgehungslehre im Arbeitsrecht ... 181

A. Funktionale Unterschiede zivil- und arbeitsrechtlicher Missbrauchs- und Umgehungslehre? ... 181
I. Vorbemerkung ... 181
II. Rechtsmissbrauch als rechtsgebietsunabhängiges Argument ... 182
1. Innentheorie als Argument ... 182
2. Strukturelle Unterlegenheit als Argument ... 183
3. Arbeitnehmerschutzfunktion als Argument ... 183
4. Arbeitnehmermeistbegünstigung als Argument ... 184
a. Kein Recht auf verlängerte Kündigungsfristen ... 184
b. Gegenbeispiel: Recht auf wirksamen Sonderkündigungsschutz ... 184
5. Der Vergleich zum Wohnraummiet- und Verbraucherschutzrecht ... 185
a. Rechtsmissbrauch und Umgehung im Wohnraummietrecht ... 185
b. Rechtsmissbrauch und Umgehung im Verbraucherschutzrecht ... 185
aa. Verbraucherschützende Umgehungsverbote des BGB ... 186
bb. Beispiel: § 655e BGB ... 186
cc. Weitere Beispiele ... 187

III. (Un)eingeschränkte Anwendbarkeit des BGB im Arbeitsrecht ... 187
1. Punktuelle Modifikation des BGB ... 188
2. Anwendbarkeit der BGB-Normen unter dem Vorbehalt »sozialer Tauglichkeit« ... 188
3. Grundsätzliche Anwendbarkeit der BGB-Normen im Arbeitsrecht ... 189
4. Umgekehrt: Geringerer Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs im Arbeitsrecht? ... 190
a. Geringerer Anwendungsbereich nur kraft gesetzlicher Anordnung ... 190
b. Faktische Verringerung des Anwendungsbereichs ... 191
5. Zwischenergebnis ... 191
IV. Keine arbeitsrechtsspezifischen Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Motivkontrolle ... 191
1. Privatautonomie im Arbeitsrecht ... 191
2. Zulässige Motivkontrollen im Arbeitsrecht ... 192
a. Motivkontrolle nach § 613a Abs. 4 BGB ... 192
b. Das allgemeine und die besonderen Maßregelungsverbote ... 192
c. Motivkontrolle nach AGG ... 193
d. Das Erfordernis sachlicher Gründe ... 193
e. Keine weiterreichende Motivkontrollmöglichkeit mittels Rechtsmissbrauch ... 195
3. Zwischenergebnis: Motivkontrollfunktion des Arbeitsrechtsmissbrauchs ... 195
V. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs ... 196
VI. Untätigkeit des Gesetzgebers als erweiterte Methodenkompetenz ... 197
VII. Zwischenergebnis: Zivilrechtliche Missbrauchslehre als arbeitsrechtliche Missbrauchslehre ... 197

B. Entgrenzung durch Subjektivierung des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung ... 197
I. Kollektiver Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB ... 197
1. Das Motiv der Rechtsausübung als Missbrauchskriterium ... 198
a. Gebrauch des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB ... 198
b. Der Missbrauch des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB ... 199
2. Individueller versus institutioneller Rechtsmissbrauch ... 199

a. Kein institutioneller Rechtsmissbrauch mangels objektiver Zweckverfehlung ... 200
b. Kein individueller Rechtsmissbrauch mangels subjektiver Zweckbindung ... 200
aa. Keine Bindung des Widerspruchrechts an subjektive Zwecke ... 200
bb. Verwirkung als möglicher individueller Rechtsmissbrauch ... 201
cc. Entgegenstehen rechtsethischer Minima als individueller Rechtsmissbrauch ... 202
3. Praxisfolgen und Beweislastfragen ... 203
a. Anforderungen des BAG an Darlegungs- und Beweislast ... 203
b. Kritik ... 203
c. Lösungsvorschlag zum kollektiv ausgeübten Widerspruchsrecht ... 203
II. Das rechtsmissbräuchliche Teilzeitverlangen nach § 8 TzBfG ... 204
1. Das Motiv als Missbrauchskriterium des BAG – Motivzensur ... 204
a. Der allgemeine Teilzeitanspruch, § 8 TzBfG ... 204
b. Der Missbrauch des Teilzeitverlangens ... 205
c. Sonderfall: Teilzeitanspruch statt Urlaubsverteilungskampf ... 205
d. Anknüpfungspunkt des Missbrauchsurteils ... 205
e. Prüfungsfolge des BAG ... 206
f. Widersprüche in der Rechtsprechung der Senate ... 207
2. Individueller versus institutioneller Rechtsmissbrauch ... 207
a. Kein individueller Rechtsmissbrauch mangels subjektiver Zweckbindung ... 208
aa. Wortlaut ... 208
bb. Teleologie ... 208
b. Individueller Rechtsmissbrauch wegen eines Verstoßes gegen rechtsethische Minima ... 209
c. Zwischenergebnis: Individueller Rechtsmissbrauch im Fall des § 8 TzBfG ... 209
d. Institutioneller Rechtsmissbrauch oder teleologische Reduktion wegen objektiver Verfehlung des Gesetzeszwecks ... 210

aa. Funktionswidrigkeit des Teilzeitanspruchs 210

[1] Teleologische Reduktion des § 8 TzBfG 210
[2] Vorschlag: Verringerung der Wochenarbeitszeit um zwei Stunden als teleologische Mindestgrenze 211

bb. Fehlende Vorgaben des Unionsrechts 211
cc. Exkurs: Kein Zwang zur Vollzeittätigkeit 211
3. Praxisfolgen 212
III. Die rechtsmissbräuchliche Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingten Kündigungen 212
1. Von zulässiger Rechtskontrolle zur »vernünftigen Unternehmerentscheidung« – Die »missbräuchliche« Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingter Kündigung 212
a. Betriebsbedingte Kündigung und Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen 212
b. Grundsätzliche Kontrollfreiheit der Unternehmerentscheidung 213
c. Rechtsmissbrauchs- versus Willkürkontrolle 213
d. Konkrete Fälle der Willkürkontrolle mit Entgrenzungstendenz 215
aa. ArbG Gelsenkirchen vom 28.10.1997 216
bb. BAG vom 26.9.2002 216

[1] Sachverhalt und Entscheidungsgründe 216
[2] Kritik 217

2. Gefahr entgrenzter Rechtsmissbrauchs- und Willkürkontrolle 218
IV. Gegenbeispiel: Umgehung der Sozialauswahl durch Unkündbarkeitsvereinbarung 219
1. Die Fälle 219
2. Bewertung 220

C. Entgrenzte Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung 220
I. Entgrenzung beim Schutz vor atypischer Beschäftigung 220
1. Ausweichbewegungen im Befristungsrecht 221
a. Gemeinsame Vorgaben des Unionsrechts 222
aa. Inhalt der Befristungsrichtlinie 222
bb. Rechtsprechung des EuGH zu Kettenbefristungen 223

[1] Die Rechtssache »Kücük« ... 225
[2] Konkretisierung und Bestätigung der *Kücük*-Entscheidung durch die Rechtssachen »Samohano« und »Mascolo« ... 225
[a] Die Rechtssache »Samohano« ... 226
[b] Die Rechtssache »Mascolo« ... 226
[3] Bewertung der Rechtssachen »Kücük«, »Samohano« und »Mascolo« ... 227
cc. Zwischenergebnis zu unionsrechtlichen Vorgaben ... 228
b. Kettenbefristung mit Sachgrund – institutioneller Rechtsmissbrauch ... 229
aa. Das Konzept des BAG ... 229
[1] Rechtfertigung der Befristung »an sich« ... 230
[2] Rechtfertigung der Befristungsabrede im konkreten Fall – institutionelle Missbrauchskontrolle ... 231
[3] Flexibilität versus Vorhersehbarkeit ... 232
[4] Übereinstimmung der BAG Rechtsprechung mit Unionsrecht ... 232
[a] Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ... 232
[b] Institutioneller Rechtsmissbrauch als methodenunsicherer Weg ... 233
[c] Beispiel der Widersprüchlichkeit: Die Befristung aufgrund gerichtlichen Vergleichs ... 234
bb. Kein Vertrauenshaftungskonzept als Alternative ... 236
cc. Alternativkonzept – Sachgrundprüfung ... 236
[1] Möglichkeit flexibler Restriktion und teleologischer Reduktion ... 237
[2] Keine starren Grenzen zu Gunsten von Transparenz ... 237
[3] Gesamtzahl und -dauer als wesentliche Missbrauchskriterien ... 238
[4] Beibehaltung des Konzepts der mittelbaren Stellvertretung ... 238
dd. Ergebnis: Kettenbefristung mit Sachgrund ... 239

c. Kettenbefristung durch mehrfaches Hinausschieben der Regelaltersgrenze, § 41 Satz 3 SGB VI .. 239
d. Sachgrundlose Kettenbefristung – individueller Rechtsmissbrauch 240
aa. Die Gestaltungsmöglichkeiten 240
bb. BAG-Rechtsprechung zum Anschlussbefristungsverbot..... 241
[1] Arbeitnehmerüberlassung zur Umgehung des § 14 Abs. 2 TzBfG 241
[2] Der Gemeinschaftsbetrieb als Umgehungsstrategie 242
cc. Leitlinien des Missbrauchskonzepts und Kritik . 243
[1] Berücksichtigung subjektiver Elemente..... 243
[2] Zulässigkeit der Berücksichtigung subjektiver Elemente..... 244
[a] Negative subjektive Zweckbindung..... 244
[b] Vergleich zum Steuerrecht..... 245
[3] Keine Subjektivierung der Umgehungslehre 245
[4] Zwischenergebnis zum Missbrauchskonzept des BAG bei sachgrundloser Kettenbefristung ... 246
dd. Konsequenzen geltender Rechtsprechung..... 246
ee. Alternative Lösungsmöglichkeit..... 247
ff. Ergebnis: Kettenbefristung ohne Sachgrund..... 249
2. Die (konzerninterne) dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung..... 250
a. Anwendungsbereich des AÜG 250
b. Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung(?) 250
aa. Entscheidungskompetenz des EuGH 250
bb. Beschränkter Anwendungsbereich versus Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung .. 251
cc. (Fehlende) Stellungnahmen des EuGH und der Europäischen Kommission..... 251
dd. BAG: Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung..... 252
ee. Keine gesetzliche Sanktion bei dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung 252

c. Untaugliche Bekämpfungsversuche ... 253
aa. Restriktives Verständnis der gewerberechtlichen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ... 253
bb. Analogie zu §§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ... 254
cc. Institutioneller Rechtsmissbrauch ... 255
d. Richtig: Keine individualarbeitsrechtliche Sanktion (BAG) ... 255
aa. Keine direkte Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ... 255
bb. Keine Analogie zu § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ... 255
cc. Kein institutioneller Rechtsmissbrauch durch dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung ... 256
[1] Rechtsmissbrauch versus Rechtsbruch ... 257
[2] Potentielle Folgen eines Rechtsmissbrauchs ... 257
[3] Das Argument des Strohmanngeschäfts ... 258
[4] Zulässigkeit von sog. »Drehtürkonstrukten« ... 258
e. Ergebnis und Ausblick zur dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung ... 258
3. Zwischenergebnis – atypische Beschäftigung ... 259
II. Falschbezeichnung und Rechtsmissbrauch ... 260
1. Der Einsatz von Werkverträgen ... 260
a. Werk-/Dienstvertrag als Tariffluchtinstrument ... 260
b. Werk-/Dienstvertrag statt Arbeitnehmerüberlassung ... 261
aa. Direktionsrecht als Abgrenzungskriterium ... 261
bb. Irrelevanz des Rechtsmissbrauchs für eine Abgrenzung ... 261
cc. Möglichkeit des individuellen Rechtsmissbrauchs und dessen Folgen ... 262
c. Werk-/Dienstvertrag mit »Netz« ... 263
aa. Das Konstrukt ... 263
bb. Das Risiko des Konstruktes ... 263
[1] Venire contra factum proprium? ... 264
[2] Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis als begünstigender VA ... 264
[3] Kein Arbeitsverhältnis kraft individuellen Rechtsmissbrauchs ... 265
[4] Künftige Zulässigkeit des Werkvertrages mit »Netz«? ... 265
2. Weitere Fälle bloßer Falschbezeichnung oder Abgrenzungsschwierigkeiten ... 265

III. Zwischenergebnis: Weitreichendes Verständnis der Flankierungsfunktion bei fehlender Rechtfertigung der Entgrenzung ... 266

D. Zwischenergebnis: Die Entgrenzung der Missbrauchs- und Umgehungslehre ... 267

§ 7 Besonderheiten zweckwidriger Rechtsausübung und Gestaltung im kollektiven Arbeitsrecht ... 269

A. Tarifautonomie versus Betriebsautonomie ... 269
I. Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie ... 269
1. Delegationstheorie ... 270
2. Der privatautonome Ansatz ... 270
3. Folgen für den Rechtsmissbrauchseinwand ... 271
II. Betriebsautonomie als funktionsgebundene Autonomie ... 271

B. (Keine) Zweckbindung von Tarif- und Betriebsautonomie? ... 272
I. Kein »Missbrauch« tariflicher Normsetzungsbefugnis ... 272
1. Abweichung von tarifdispositivem Gesetzesrecht am Beispiel des § 9 AÜG ... 272
a. Argumente für einen Rechtsmissbrauch ... 272
b. Argumente gegen Rechtsmissbrauch und Umgehung ... 273
aa. Tarifzensur ... 273
bb. Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsgrundrecht ... 273
cc. Die Funktion tarifdispositiven Gesetzesrechts ... 274
dd. Keine ergänzende Tarifauslegung und Tarifextension durch Rechtsmissbrauch ... 274
c. Zwischenergebnis – Kein Rechtsmissbrauch durch Abweichung von tarifdispositivem Recht ... 275
2. Die tariflich erweiterte sachgrundlose Befristungsmöglichkeit ... 275
a. § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG und Anwendungsbereich des Unionsrechts ... 275
b. Unionsrechtliche Grenzen der tariflich verlängerten sachgrundlosen Befristung ... 275
c. Keine teleologische Reduktion mit Hilfe des Rechtsmissbrauchs ... 276
II. Missbrauch betriebsverfassungsrechtlicher Rechte ... 277
1. Zweckwidrigkeit als missbrauchsbegründendes Kriterium ... 277

a. Unterrichtungsrechte nach § 80 Abs. 2 BetrVG 277
b. § 99 BetrVG – die angemaßte Zustimmungsverweigerung 278
aa. Beispiel - Leiharbeitnehmereinsatz 278
[1] Rechtsanmaßung statt Rechtmissbrauch 278
[2] Identifikation und Umgang mit der Rechtsanmaßung 279
[a] Anforderungen an die Begründung der Zustimmungsverweigerung 279
[b] Umgang mit der angemaßten Zustimmungsverweigerung 279
[3] Zustimmungsverweigerungsgründe beim Leiharbeitnehmereinsatz 280
[4] Der Umgang mit provozierten Zustimmungsersetzungsverfahren 281
bb. Zwischenergebnis – angemaßte Zustimmungsverweigerung 281
c. § 87 BetrVG – Koppelungsgeschäfte 282
aa. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen als Ursache der Koppelungsproblematik 282
bb. Rechtsmissbrauch aufgrund Zweckverfehlung 282
[1] Normzwecktheorie 283
[2] Gegenansicht: Unbegrenzte Koppelungserlaubnis 283
[3] Stellungnahme 284
d. § 87 BetrVG – Verzögerung des Mitbestimmungsverfahrens 286
e. Zwischenergebnis zur zweckwidrigen Rechtsausübung im BetrVG 286
2. Folgen des Rechtsmissbrauchs 287
a. Echter Rechtsmissbrauch – Koppelungsgeschäft und Verzögerung 287
aa. Zurückweisung der Koppelungsforderung 287
[1] Systemimmanente Rechtsschutzverkürzung – kein arbeitgeberseitiges Alleinentscheidungsrecht 288
[2] Einstweiliger Rechtsschutz – Die Regelungsverfügung 289
bb. Annahme der unzulässigen Koppelungsforderung 290

[1] Keine wirksame Zustimmung des Betriebsrats.... 291

[a] Keine Anwendung des § 139 BGB 291
[b] Aber: Fehlende Rechtsfähigkeit des Betriebsrats bei Koppelungsgeschäften 291

[2] Keine Nichtigkeit des angekoppelten Geschäfts aufgrund unzulässiger Bedingung 292
[3] Anfechtung der auf Erfüllung der Koppelungsforderung gerichteten Willenserklärung 292

cc. Fälle sonstiger Mitbestimmungsverschleppung..... 293

b. Folgen »unechten« Missbrauchs 293

3. Ergebnis – Missbrauch betrieblicher Mitbestimmungsrechte..... 293

§ 8 Ergebnisse der Untersuchung..... 294

Literaturverzeichnis 299

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BA	Bundesagentur für Arbeit
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
CGB	Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschlands
CGM	Christliche Gewerkschaft Metall
CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen.
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
diff.	differenzierend
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
EBLR	European Business Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EzA-SD	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht-Schnelldienst

FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GKH	Gewerkschaft für Kunststoffgewerbe und Holzverarbeitung im CGB
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IG	Industriegewerkschaft
i.H.a.	im Hinblick auf
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
JW	Juristische Woche (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
P&R	Personal und Recht (Zeitschrift)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
Slg.	Amtliche Sammlung
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
VA	Verwaltungsakt
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarif, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
zust.	zustimmend

Im Übrigen wird verwiesen auf:
Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage 2013

§ 1 Die Diskussion um den Rechtsmissbrauch im Arbeitsrecht

A. Missbräuchliche Rechtsausübung und -gestaltung in der Arbeitswelt

Die Missbrauchskontrolle ist in der Rechtsprechung des BAG ein beliebtes Instrument, um Gestaltungspielraum rechtlich einzugrenzen. Ebenso in der arbeitsrechtlichen Literatur. Vor allem der institutionelle Rechtsmissbrauch hat – flankiert von der Gesetzesumgehung – einen »Siegeszug« angetreten.[1]

Als Einleitung sollen die folgenden Beispielsfälle dienen. Sie veranschaulichen von der Rechtsprechung entschiedene oder in der Literatur diskutierte Missbrauchskonstellationen:

I. Arbeitgeberseitiger Rechtsmissbrauch

Der arbeitgeberseitige Rechtsmissbrauch ist regelmäßig mit dem Vorwurf verbunden, rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zu nutzen, die arbeitsrechtliche Schutznormen umgehen bzw. diesen ausweichen.

1. Befristungsrecht: Kettenbefristung mit Sachgrund

Vor allem der missbräuchliche Einsatz von Befristungsmöglichkeiten beschäftigte die Gerichte für Arbeitssachen und wird weiterhin für Beschäftigung sorgen.

Grundlegend sind aus neuerer Zeit die beiden zum Sachgrund der Vertretung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG) ergangenen BAG-Entscheidungen des Siebten Senats vom 18. Juli 2012.[2] Bei beiden Befristungskontrollklagen (§ 17 TzBfG) kontrollierte das BAG die streitgegenständliche (letzte) Befristungsabrede auf einen (institutionellen) Rechtsmissbrauch.

a. Der Fall »Kücük«

Im Fall von Frau *Kücük* schlossen die Parteien 13 befristete Arbeitsverträge über einen Zeitraum von insgesamt mehr als elf Jahren. In Frau *Kücüks* Fall hatte die Revision Erfolg, weil das BAG einen institutionellen Missbrauch des befristeten Arbeitsvertrages indiziert sah und das Verfah-

1 *Greiner*, NZA 2014, 284, 285; ders., ZESAR 2014, 357, 362.

2 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351 und 7 AZR 783/10 – NZA 2012, 1359.

ren zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das LAG zurückverwies. Zwar waren die Tatbestandsvoraussetzungen eines Befristungstatbestandes (konkret: § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG) formal gegeben.[3] Insbesondere lehnte das BAG eine verschärfte Sachgrundprüfung (damit eine etwaige teleologische Reduktion, dazu unter § 6 C.I.1.b.cc.) ab. Das Gericht sah einen Rechtsmissbrauch indiziert, weil eine (un)gewisse Anzahl an Befristungen und eine (un)gewisse Gesamtdauer an befristeten Arbeitsverhältnissen erreicht war.

Für das weitere Verfahren erlegte das BAG dem Arbeitgeber auf, den besonderen, einzelfallbezogenen Umstand vorzutragen, dessentwegen kein Rechtsmissbrauch gegeben sei.

b. Parallelentscheidung zum Fall »Kücük«

In der Parallelentscheidung vom selben Tag[4] schlossen die Parteien vier befristete Arbeitsverträge innerhalb von sieben Jahren und neun Monaten. In diesem Fall sah das BAG die Grenze zum Rechtsmissbrauch nicht überschritten. Die streitgegenständliche Befristungsabrede hielt der Befristungskontrolle stand.

c. Erweiterung der Rechtsmissbrauchskontrolle auf alle Sachgründe

Mittlerweile hat das BAG die Möglichkeit der institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle auf alle Befristungstatbestände ausgeweitet.[5] Ein Ende der auf einen institutionellen Rechtsmissbrauch gestützten Befristungskontrollklagen ist nicht in Sicht.[6]

2. Befristungsrecht: Kettenbefristung ohne Sachgrund

Im Kontrast zu der Rechtsprechung des Siebten Senats zum institutionellen Rechtsmissbrauch bei Kettenbefristungen mit Sachgrund steht seine Rechtsprechung zur Umgehung des Anschlussbefristungsverbotes.

---

3 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351.

4 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 783/10 – NZA 2012, 1359.

5 BAG 14.1.2015 – 7 AZR 2/14 – EzA-SD 2015 Nr. 9, 6; BAG 13.2.2013 – 7 AZR 225/11 – NZA 2013, 777, 781.

6 Seit der grundlegenden Entscheidungen in der Rechtssache *Kücük* folgten etwa BAG 12.11.2014 – 7 AZR 891/12 – NZA 2015, 379; BAG 19.2.2014 – 7 AZR 260/12 – NZA-RR 2014, 408; BAG 13.2.2013 – 7 AZR 225/11 – NZA 2013, 777; zuletzt wieder BAG 29.4.2015 – 7 AZR 310/13 – NZA 2015, 928.

a. Die Fälle

Damit sind Fälle gemeint, in denen mit Hilfe von Gemeinschaftsbetrieben[7] oder Arbeitnehmerüberlassung[8] sachgrundlose Befristungsketten zustande kamen. In diesen Fällen entstanden sachgrundlose Befristungsketten, weil Arbeitnehmer nach spätestens zwei Jahren (Grenze des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG) den formalen Arbeitgeber wechselten, schließlich aber dieselbe Tätigkeit am selben Arbeitsplatz verrichteten.

In den sog. »Jobcenter-Fällen«[9] bildeten eine Stadt und die Bundesagentur für Arbeit eine gemeinsame Einrichtung nach § 44b SGB II. Die Arbeitnehmer wurden zunächst bei der Stadt angestellt und wechselten nach spätestens zwei Jahren zur Bundesagentur für Arbeit und umgekehrt. Zumindest vier Jahre sachgrundlose Befristungen ließen sich so erreichen.

In den Arbeitnehmerüberlassungsfällen wurde der Arbeitnehmer zunächst sachgrundlos befristet bei einem Arbeitgeber angestellt, um nach spätestens zwei Jahren sachgrundlos befristet bei einem Verleihunternehmen angestellt zu werden, das den Arbeitnehmer an den ursprünglichen Arbeitgeber entlieh. So ließen sich ebenfalls zunächst vier Jahre sachgrundlose Befristung erreichen.

Greiner weist für die Gemeinschaftsbetriebsfälle darauf hin, dass aufgrund der Beschränkung des Zuvorbeschäftigungsverbots durch das BAG[10] auf drei Jahre, noch weiter reichende sachgrundlose Befristungsketten möglich werden. Das ist zu bewerkstelligen, indem sich drei Arbeitgeber an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligen.[11] Diese „Endloskette“ funktioniert in den Arbeitnehmerüberlassungsfällen nicht, weil das Tatbestandsmerkmal »vorübergehend« (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG) nach umstrittener, aber vorzugswürdiger Ansicht arbeitsplatzbezogen ist.[12]

b. Der Rechtsmissbrauchsmaßstab des BAG

Das BAG will diesen Gestaltungen mit *individueller* Missbrauchs- und Umgehungskontrolle einen Riegel vorschieben, wenn »mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit einem Arbeitnehmer aufeinanderfolgende sachgrundlos befristete Arbeitsverträge ausschließlich deshalb schließen,

7 BAG 19.3.2014 – 7 AZR 527/12 – NZA 2014, 840; BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426; BAG 22.1.2014 – 7 AZR 243/12 – NZA 2014, 483.
8 BAG 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 – NZA 2013, 1214.
9 *Greiner*, DB 2014, 1987.
10 BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09 – NZA 2011, 905, 906 ff.
11 *Greiner*, DB 2014, 1987, 1988.
12 ErfK/*Wank* § 1 AÜG Rn. 37d m.w.N. auch zur Gegenansicht.

um auf diese Weise das so genannte Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zu umgehen.«[13]. Das vom LAG Köln[14] und *Greiner*[15] vorgeschlagene weite Verständnis des Arbeitgeberbegriffs (arg: *effet utile*) lehnte das BAG ab.[16] Der Siebte Senat bleibt bei seiner individuellen Missbrauchskontrolle, bei der es auf die Motive der Arbeitgeber ankommt.

Folgte das BAG in der *Kücük*-Entscheidung noch einer objektiven Missbrauchs- und Umgehungsdogmatik (institutioneller Rechtsmissbrauch), findet in den Fällen der Umgehung des Anschlussbefristungsverbots eine Subjektivierung statt (individueller Rechtsmissbrauch).[17]

3. Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung und Rechtsmissbrauch

Angestoßen durch zwei Entscheidungen des LAG Berlin-Brandenburg[18] und eine Entscheidung des LAG Baden-Württemberg[19] hatte das BAG zu entscheiden, ob die konzerninterne, (vermutlich)[20] entgegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher führt.

a. Arbeitsverhältnis zum Entleiher wegen dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung?

Die 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg[21] hatte einen institutionellen Rechtsmissbrauch damit begründet, dass die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung nur dazu dienen sollte, »Lohnkosten zu senken oder kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen.«. Der vom Arbeitgeber gemiedene Tariflohn und für unzureichend befundener Kündigungsschutz begründeten nach Ansicht des LAG den Rechtsmissbrauch: Bei einer betriebsbedingten Kündigung entledige die Entleiherin sich durch die Konzernleihe der Darlegungslast für einen etwaigen be-

13 Beispielhaft BAG 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 – NZA 2013, 1214; BAG 22.1.2014 – 7 AZR 243/12 – NZA 2014, 483.
14 LAG Köln 9.3.2012 – 4 Sa 1184/11 – juris Rn. 33 ff.
15 *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990.
16 BAG 19.3.2014 – 7 AZR 527/12 – NZA 2014, 840, 841 ff.
17 So auch: *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990.
18 Für ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher unter dem Gesichtspunkt des institutionellen Rechtsmissbrauchs: LAG BB 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12 – NZA-RR 2013, 234, 236; LAG S-H 18.6.2008 – 3 TaBV 8/08 – LAGE § 99 BetrVG 2001 Nr. 7; **dagegen** LAG BB 16.4.2013 – 16 Sa 1637/12 und 16 Sa 2355/12 – juris.
19 Für ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher aufgrund einer Analogie zu § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG: LAG BW 22.11.2012 – 11 Sa 84/12 – juris
20 Noch § 6 C.I.2.b.
21 LAG BB 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12 – NZA-RR 2013, 234, 236.

triebsbedingten Kündigungsgrund und die Durchführbarkeit des unternehmerischen Konzepts auf Dauer sei nicht gerichtlich überprüfbar. Die fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit eines unternehmerischen Konzepts genügt dem LAG. Das (Teil)-Urteil vom 9.1.2013 ist der Versuch, einerseits Tarifverträge mit Umgehungsschutz auszustatten, andererseits dem KSchG umfassenden Umgehungsschutz zukommen zu lassen.

Der institutionelle Rechtsmissbrauch soll nach Ansicht der 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg zur Folge haben, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zustande kommt.

Hilfsweise leitet die 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg das Arbeitsverhältnis zum Entleiher immerhin aus einer analogen Anwendung der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AÜG her.

b. BAG: Kein Rechtsmissbrauch durch dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung

Beide Begründungsansätze verneinte das BAG, das zwischen Rechtsmissbrauch und Rechtsbruch differenzierte: Die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung sei nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verboten. Damit fehlte es gerade an einer für einen Rechts*missbrauch* formal zulässigen rechtlichen Gestaltung. Die analoge Anwendung des § 10 AÜG verneinte das BAG mangels planwidriger Regelungslücke im Fall dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung.[22]

c. LAG Niedersachsen: Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG?

Die 17. Kammer des LAG Niedersachsen scheint darüber hinaus davon auszugehen, der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern könne gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen und die §§ 111 ff. BetrVG umgehen.[23] Zum ersten Argument lässt sich nur spekulieren: Vermutlich meint die 17. Kammer durch »Umgehung« des Tariflohns, d.h. die Abweichung vom Equalpay-Gebot (§ 9 Nr.2 Hs. 2 AÜG) könne ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG sein. Zum zweiten Argument führt die Kammer aus, der schleichende Abbau der Stammbelegschaft führe »langfristig zu einer Betriebseinschränkung und/oder Änderung der Betriebsorganisation bzw. Betriebsspaltung«, wodurch die §§ 111 ff. BetrVG umgangen würden.[24]

22 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – NZA 2014, 196; BAG 3.6.2014 – 9 AZR 111/13 – BB 2014, 3007; zuletzt wieder BAG 29.4.2015 – 9 AZR 883/13 – juris.

23 LAG Niedersachsen 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11 – juris Rn. 39: »noch keinen Verstoß gegen Art. 9 III GG«.

24 LAG Niedersachsen 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11 – juris Rn. 39

4. Zwischenergebnis – arbeitgeberseitiger Rechtsmissbrauch

Die Beispiele zeigen: Gerade im Bereich des vor allem arbeitnehmerschützenden Rechts, der in der politischen Diskussion mit dem Begriff der sog. »prekären Beschäftigungsverhältnisse« [25] bezeichnet wird, versagen die Gerichte für Arbeitssachen mit dem Argument des (institutionellen) Rechtsmissbrauchs formal bestehenden Rechtspositionen über eine Billigkeitskorrektur die Geltung. Weitere Ausweichbewegungen auf Arbeitgeberseite sind seit Inkrafttreten des MiLoG[26] erwartbar.[27] Der arbeitgeberseitige Rechtsmissbrauch zielt auf Flexibilität und Gestaltungsfreiheit, die arbeitnehmerschützenden Vorschriften (TzBfG, AÜG) ausweicht.

II. Rechtsmissbrauch durch Arbeitnehmer, Gewerkschaften und Betriebsräte

Während arbeitgeberseitiger Rechtsmissbrauch regelmäßig darauf gerichtet ist, Gestaltungsfreiheit zu nutzen, ist der Missbrauch auf Arbeitnehmerseite in der Regel umgekehrt darauf gerichtet, Schutzrechte tatsächlich oder vermeintlich normzweckwidrig einzusetzen oder auszuweiten.

1. Kollektive Ausübung des Widerspruchrechts aus § 613a Abs. 6 BGB

Bereits zweimal ist der institutionelle Rechtsmissbrauch bei der kollektiven Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB Gegenstand einer BAG-Entscheidung gewesen. In beiden Fällen hatte der erhobene Rechtsmissbrauchseinwand keinen Erfolg.[28]

a. Die Fälle

Im ersten Fall widersprachen 19 von 21 Arbeitnehmern mit gleich lautendem Schreiben und nach Beratung durch die Gewerkschaft *ver.di* dem

25 Eine verbindliche Definition der prekären Beschäftigung gibt es freilich nicht. Die Broschüre des DGB „Prekäre Beschäftigung – Herausforderung für die Gewerkschaften“ abrufbar unter: http://www.dgb.de/themen/++co++cedfab1c-b438-11df-6fd9-00188b4dc422 [zuletzt abgerufen: 30.9.2015] fasst darunter: Leiharbeit, befristete Beschäftigung, Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung, (Schein-)Praktikanten, Teilzeitbeschäftigte und zuletzt die öffentlich geförderte Beschäftigung.

26 BGBl. 2014-I, S. 1348.

27 Möglich ist z.B. der Flucht in die freie Mitarbeit oder die Beschäftigung arbeitnehmerähnlicher Personen, um den allgemeinen Mindestlohn zu vermeiden; Mindestlohnvermeidungsstrategien finden sich bereits in der Literatur: *Hund/Pechtold*, AuA 2014, 540; *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, NZA 2015, 406.

28 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43; nochmals in: BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2010, 89, 93 f.

Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber. Nach Ansicht der Arbeitgeberin wollten die Arbeitnehmer damit den Betriebsübergang als solchen verhindern.[29]

Im zweiten Fall widersprachen von 3.300 Arbeitnehmer ca. die Hälfte. Dort konnte es nicht darum gehen, den Betriebsübergang als solchen zu verhindern, da die Arbeitnehmer erst widersprachen, nachdem die Erwerberin Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hatte.[30] Das von der alten Arbeitgeberin vermutete, nächstliegende Ziel der widersprechenden Arbeitnehmer war, sich vor der Insolvenz des neuen Arbeitgebers zu retten.

b. Der Rechtsmissbrauchsmaßstab des BAG

In beiden Fällen stellte sich die Frage, ob die Ausübung des Widerspruchsrechts missbräuchlich ist, wenn die Arbeitnehmer nicht den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse an sich verhindern wollen, sondern sie widersprechen, um »den Betriebsübergang als solchen zu verhindern oder aber Vergünstigungen zu erzielen, auf die die Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch haben.«.[31] Mit anderen Worten: Darf das Widerspruchsrecht nur aus bestimmten (den »richtigen«) Motiven ausgeübt werden? Begründen die »falschen« Motive den Rechtsmissbrauch?

Das BAG meinte, das Motiv sei für die Wirksamkeit des Widerspruchs an sich irrelevant. Allerdings könne ein »falsches« Motiv im Einzelfall einen institutionellen Rechtsmissbrauch begründen. Das BAG konnte in beiden Fällen eine Sachentscheidung vermeiden und sich prozessual aus der Affäre ziehen: Beweisbelastet für den Einwand des Rechtsmissbrauchs sei stets, wer sich auf die Unwirksamkeit des Widerspruchs berufen will. Da der missbrauchsbegründende Umstand nach Ansicht des BAG das Motiv des widersprechenden Arbeitnehmers ist – und somit eine innere Tatsache – fällt der Beweis schwer. Anders als im Fall der missbräuchlichen Kettenbefristung sah das Gericht hier keine Veranlassung, mit Beweiserleichterungen – wie etwa der abgestuften Darlegungs- und Beweislast – zu arbeiten.[32]

Im Ergebnis ist nach Ansicht des BAG ein institutioneller Rechtsmissbrauch im Fall des kollektiven Widerspruchs nach § 613a Abs. 6 BGB damit zwar möglich. Allerdings wird es dem Beweisbelasteten praktisch sel-

29 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43, 48.
30 BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2010, 89, 90.
31 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43.
32 Daher krit. und für eine Beweiserleichterung: v.*Koppenfeld-Spies*, RdA 2010, 72, 76 f.

ten gelingen, das Motiv des womöglich rechtsmissbräuchlich Handelnden zu beweisen.

2. »AGG-Hopping« (Scheinbewerber)

Der Entschädigungsanspruch des § 15 Abs. 2 AGG ist ebenfalls missbrauchsanfällig.[33] Er hat einige Klagen sog. »AGG-Hopper« ermöglicht.[34]

a. Die Fälle

Gemeint sind Fälle, in denen ein sog. »AGG-Hopper« sich allein zu dem Zweck bewirbt, eine Absage zu erhalten und hierbei Ansatzpunkte für eine vermeintliche Diskriminierung zu finden.[35] Vor allem die abgestufte Darlegungs- und Beweislast in § 22 AGG hilft dem Scheinbewerber. Es genügt, wenn jener Indizien für eine Benachteiligung nachweist. Den Arbeitgeber trifft dann die volle Beweislast dafür, dass keine Benachteiligung gegeben ist.

Hat der Arbeitgeber etwa eine Stelle unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1, 11 AGG ausgeschrieben, genügt jener Verstoß nach ständiger Rechtsprechung schon als Indiz für eine Diskriminierung.[36] Der »Bewerber«, der nicht eingestellt wurde und zu der in der Stellenausschreibung vermeintlich diskriminierten Gruppe gehört, hat mit einer Entschädigungsklage erhebliche Erfolgsaussichten.[37]

b. Der Rechtsmissbrauchsmaßstab des BAG

Wie ist damit umzugehen, dass der Bewerber nie die Absicht hatte, die ausgeschriebene Stelle anzunehmen (vorausgesetzt jener Beweis gelänge)?

Setzt man voraus, dass dem Scheinbewerber kein Entschädigungsanspruch zustehen soll, sind zwei Wege gangbar: Entweder der Bewerberbegriff wird restriktiv ausgelegt oder auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs zurückgegriffen.[38]

33 Dazu *Diller*, NZA 2007, 1321 ff.
34 Siehe dazu die umfangreiche Fallsammlung unter http://www.agg-hopper.de [zuletzt abgerufen: 30.9.2015].
35 Zur Grundstruktur dieser Fälle *Diller*, NZA 2007, 1321.
36 Ständig, etwa BAG 19.8.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412.
37 Ebenso *Diller*, NZA 2007, 1321.
38 Zu beiden Wegen *Kern*, Professionelle Diskriminierungskläger, S. 135 ff.

aa. Restriktives Verständnis des Bewerberbegriffs?

So hat das BAG zu § 611a BGB aF entschieden, Bewerber sei nur, »wer sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt«.[39]

bb. Individueller Rechtsmissbrauch

Diesen Ansatz verfolgt das Gericht nicht mehr: Die *objektive* Eignung sei keine Frage der Bewerbereigenschaft, sondern der vergleichbaren Situation im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG.[40] Wer objektiv ungeeignet ist, den kann der Arbeitgeber nicht unmittelbar benachteiligen.

Bei *subjektiv* nicht ernst gemeinten Bewerbungen helfe der Einwand des Rechtsmissbrauchs.[41] Hat der »Bewerber« allein mit dem Ziel gehandelt, einen Entschädigungsanspruch zu erlangen, kann der – freilich beweisbelastete[42] – Arbeitgeber dem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten.[43] Das Motiv des »Bewerbers« ist Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauchs. Der Achte Senat des BAG bezieht sich hierbei explizit auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs als anerkannten »Grundsatz des Gemeinschaftsrechts« (zu jenem § 4 A.).[44]

cc. Rückversicherung beim EuGH

Mit aktuellem Vorlagebeschluss vom 18.6.2015[45] versichert sich das BAG beim Gerichtshof, dass seine Rechtsmissbrauchslösung unionsrechtskonform ist. Es hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob

> »auch derjenige „Zugang zur Beschäftigung oder zur abhängigen Erwerbstätigkeit“ sucht, aus dessen Bewerbung hervorgeht, dass nicht eine Einstellung und Beschäftigung, sondern nur der Status als Bewerber erreicht werden soll, um Entschädigungsansprüche geltend machen zu können?«.[46]

---

39 BAG 12.11.1998 – 8 AZR 365/97 – NZA 1999, 371.

40 BAG 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 – BeckRS 2012, 65090, Rn. 18 ff.; BAG 19.8.2010 – 8 AZR 466/09 – NZA 2011, 203.

41 BAG 24.1.2013 – 8 AZR 429/11 – NZA 2013, 498, 504; BAG 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 – BeckRS 2012, 65090, Rn. 54; LAG Hamm 25.7.2014 – 10 Sa 503/14 – BeckRS 2014, 72204; *Diller*, NZA 2007, 1321, 1324 f.

42 Zu der auf Indizien basierenden Beweisführung ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 12.

43 BAG 24.1.2013 – 8 AZR 429/11 – NZA 2013, 498, 504

44 BAG 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 – BeckRS 2012, 65090, Rn. 53 mit Hinweis auf EuGH 12.4.1998 – C-367/96 »Kefalas« – Slg. 1998, I-2843 Rn. 20.

45 BAG 18.6.2015 – 8 AZR 848/13 (A) – NZA 2015, 1063.

46 BAG 18.6.2015 – 8 AZR 848/13 (A) – NZA 2015, 1063.

Ziel dieses Vorabentscheidungsersuchens ist dabei vermutlich weniger, sich des dogmatischen richtigen Weges zu versichern. Jener ist für das Unionsrecht irrelevant (noch § 4 C.II.). Vielmehr hat der EuGH zu entscheiden, ob die Ausgangsthese richtig ist, nach der dem Scheinbewerber kein Entschädigungsanspruch zusteht.

3. Koppelungsgeschäfte mit dem Betriebsrat

Die betriebliche Mitbestimmung ist für rechtsmissbräuchliche Gestaltungen anfällig.[47] Gleichwohl führt das Fehlverhalten von Betriebsräten selten vor Gericht.[48]

Besonders umstrittener Fall eines möglichen Rechtsmissbrauchs durch Betriebsräte sind die sog. Koppelungsgeschäfte.[49] Dabei handelt es sich um Konstellationen, in denen der Betriebsrat seine Zustimmung in einer notwendig mitbestimmten Angelegenheit (v.a. § 87 Abs. 1 BetrVG) an eine Gegenleistung koppelt, auf die er keinen Anspruch hat.[50] Vorgekommen ist etwa die Forderung nach unbefristeter Übernahme befristet eingestellter Mitarbeiter als Gegenleistung für den Aufbau eines Gleitzeitsystems.[51] Der Arbeitgeber ist faktisch oftmals dazu gezwungen, sich auf das Koppelungsgeschäft einzulassen, weil nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen[52] Maßnahmen zum Nachteil des Arbeitnehmers unwirksam sind, wenn dabei Mitbestimmungsrechte verletzt wurden.[53]

Die wenigen Entscheidungen, die zu Koppelungsgeschäften ergingen, verneinten eine rechtsmissbräuchliche Koppelung[54], etwa weil die vom Betriebsrat für seine Zustimmung geforderte Gegenleistung in sachlichem Zusammenhang zu seinem Mitbestimmungsrecht stand (dazu noch § 7.B.II.1.c.).

---

47 Überblick bei *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 62 ff.

48 Empirisch untersucht von *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 1.

49 Dazu: *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 281 ff.; monographisch: *Fritz*, Koppelungsgeschäfte; *Konzen*, FS Zöllner, S. 799; *Brossette* ZfA 1992, 379; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch.

50 Zu einer Definition des Koppelungsgeschäfts: *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 7; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 76.

51 Beispiel aus *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 9.

52 Dazu *Wiebauer*, Sicherung der Mitbestimmung, Rn. 5 ff. m.w.N.; *ders.*, RdA 2013, 364.

53 BAG ständig, nur: 7.9.1956 – 1 AZR 646/54 – BAGE 3, 207.

54 LAG Düsseldorf 12.12.2007 – 12 TaBVGa 8/07 – ArbuR 2008, 270 f; LAG Hessen 13.10.2005 – 5/9 TaBV51/05 – ArbuR 2007, 315 f.; sogar die Existenz eines Koppelungsverbots abgelehnt bei LAG Hamm 9.2.2007 – 10 TaBV54/06 – ArbuR 316, 318; Koppelungsverbot wohl bejaht von ArbG Bielefeld 29.10.1982 – 3 BV 10/82 – Orientierungssatz abrufbar über juris.

4. »Missbrauch« tariflicher Normsetzungsbefugnis

Rechtsmissbrauch durch Gewerkschaften hat die Gerichte für Arbeitssachen bisher jedenfalls nicht unter dem Stichwort »Rechtsmissbrauch« beschäftigt. Rechtsmissbrauch durch Gewerkschaften wird stattdessen unter dem Begriff der Tariffähigkeit diskutiert. Bekannt sind die verschiedenen Statusfeststellungsverfahren (*CGM*, *GKH* und *CGZP*) nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG.[55] Teile der Literatur meinten in diesem Zusammenhang, es handele sich um einen »Missbrauch der tariflichen Normsetzungsbefugnis«, welcher eine Missbrauchskontrolle des einzelnen Tarifvertrages rechtfertige (dazu noch § 7.B.I.)

B. Leitlinien der Untersuchung – Grenzen des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung

Die Arbeit soll der Rechtsunsicherheit und teils willkürlichen Rechtsfindung entgegenwirken, die Folgen eines zunehmenden Rückgriffs auf Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung sind. Dazu werden die beiden Argumente auf ihre (arbeitsrechtsspezifischen) Aufgaben hin untersucht.

I. Die Herausforderung des Rechtsmissbrauchs

Die Herausforderung des Rechtsmissbrauchs besteht darin, ihn rechtssicher und damit vorhersehbar vom Rechtsgebrauch abzugrenzen und zugleich dem Geltungsanspruch der Rechtsordnung effektiv zur Durchsetzung zu verhelfen.

Hier soll anhand der zivil- und arbeitsrechtlichen Judikatur und Literatur aufgezeigt werden, in welchen Fällen mit Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung argumentiert wird. Dabei ist zu untersuchen, ob Gerichte gesetzgeberischen Wertentscheidungen unberechtigt die Geltung versagen oder dem Gesetz Wertungen unterschieben, die sich normativ nicht begründen lassen, wenn sie das Argument des Rechtsmissbrauchs anführen.

II. Die Leitlinien der Arbeit

Zwei Leitlinien der Arbeit ziehen die Motivkontroll- und Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs.

Die Flankierungsfunktion wirft die Frage auf, ob der Missbrauchseinwand entbehrlich ist, weil es sich entweder um Rechts*gebrauch* oder Rechts*bruch* handelt. Die Instrumente der Auslegung, insbesondere der Analogie und teleologischen Reduktion, können dem Normzweck zur Geltung ver-

55 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 »CGM« – NZA 2006, 1112; BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 »GKH« – NZA 2011, 300; BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 »CGZP« – NZA 2011, 289.

helfen. Insofern ist der Rechtsmissbrauch mit der Gesetzesumgehung, die umfassend *Arndt Teichmann*[56] als Problem der Auslegung und Analogie erkannte, zu vergleichen.

Bei der Motivkontrollfunktion ist fraglich, ob dem Rechtsmissbrauch eine solche zukommt und falls ja, wie weit sie reicht.

Um den Arbeitsrechtsmissbrauch auf seine Konsistenz zu untersuchen, sind in einem ersten Teil die Grundlagen der heutigen Rechtsmissbrauchs- und Umgehungslehre sowie ihr Verhältnis zueinander aufzuzeigen (§§ 2,3). In § 4 ist der Einfluss des Unionsrechts auf die deutsche Rechtsmissbrauchs- und Umgehungslehre zu untersuchen. Sodann ist anhand einiger prominenter Beispiele des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung auf die Funktionalität dieser Instrumente im Arbeitsrecht einzugehen. Dabei ist der Arbeitsrechtsmissbrauch auf seine Übereinstimmung mit den im Grundlagenteil gefundenen Ergebnissen zu untersuchen (§ 6). In § 7 werden schließlich die Besonderheiten des kollektiven Arbeitsrechts aufgezeigt.

56 *Teichmann*, Gesetzesumgehung, passim; ebenso Sieker, Umgehungsgeschäfte, S. 8 ff.; weitergehend *Benecke*, Gesetzesumgehung, §§ 11, 12.

§ 2 Die Gesetzesumgehung

Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung sind eng miteinander verwandt. Sie tauchen in nahezu jeder Rechtsordnung und jedem Rechtsgebiet auf.[57] Hier soll in einem ersten Schritt die zivilrechtliche Lehre der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs beleuchtet werden, bevor in einem zweiten Schritt zu untersuchen ist, inwiefern das Arbeitsrecht eine Sonderbetrachtung erfordert oder zumindest erlaubt.

A. Was ist Gesetzesumgehung?

Die Frage der bereits im römischen Recht bekannten[58] Gesetzesumgehung lautet: Wann ist eine Norm auf eine rechtliche Gestaltung anwendbar? Mit anderen Worten: Wie weit reicht der Geltungsanspruch einer Norm?

Die Schwierigkeit der Umgehungslehre besteht darin, unzulässige Umgehung von zulässiger Vermeidung oder »Ausweichoption«[59], (die unzulässige Erschleichung von dem berechtigten Berufen auf eine begünstigende Norm)[60] zu unterscheiden.

I. Untaugliche Definitionsversuche

Gemeinhin werden mit dem Begriff der Gesetzesumgehung solche rechtlichen Gestaltungen umschrieben, die zwar nicht gegen den Buchstaben, wohl aber gegen den Sinn eines Verbots- oder zumindest zwingenden Gesetzes verstoßen.[61] Es soll zu unterscheiden sein, ob das Gesetz einen bestimmten Erfolg oder nur einen bestimmten Weg zu einem Erfolg verbietet. Ist der *Erfolg* verboten, soll unerheblich sein, auf welchem Weg dieser erreicht wird. Das Rechtsgeschäft sei als Umgehungsgeschäft nichtig. Ist ein bestimmter *Weg* verboten, ist das Rechtsgeschäft, das einen anderen Weg wählt, wirksam.[62] Für eine Erfassung der Gesetzesumgehung genügt das noch nicht. Unbeantwortet bleibt, was ein verbotener Weg sein kann oder nach welchen Kriterien der verbotene Weg zu bestimmen ist.

---

57 Für das Strafrecht etwa *Schröder*, Gesetzesumgehung im Strafrecht, passim.

58 *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 3: »in fraudem legis agere« oder »fraudem legi facere« m.w.N.

59 BVerfG 15.1.2008 – 1 BvL 2/04 – NVwZ 2008, 1102, 1110.

60 Spiegelbildlich zur Gesetzesumgehung existiert das Problem der Tatbestandserschleichung oder -ergehung, das methodisch wie die Gesetzesumgehung zu lösen ist.

61 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 15.

62 BAG 26.8.2009 – 5 AZR 522/08 – NZA 2009, 1205, 1207.

Der Begriff Gesetzesumgehung wird mit einer negativen Konnotation verwendet:

»Richtigerweise« müsste der betreffende Sachverhalt von der umgangenen Norm erfasst sein, doch das wird er (zunächst) »fälschlicherweise« nicht. Zu Recht weist *Klaus Schurig* auf die Nähe der Gesetzesumgehung zu ihren *Schwestern Tatbestandsvermeidung* und *Tatbestandsplanung* hin.[63]

II. Abgrenzungsfälle: Tatbestandsplanung und -vermeidung

Denkt man an den Lehrbuchfall des Kautelarjuristen, der einen Erblasser berät, welcher dem unliebsamen Kind einen möglichst schmalen bis gar keinen Pflichtteil hinterlassen will, liegt es am Kautelarjuristen, den Tatbestand des § 2303 BGB zu »planen«. Das geschieht z.B. durch Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB, (rechtzeitige[64]) Schenkungen oder Schaffung neuer Pflichtteilsberechtigter[65]. Ist das eine zu missbilligende Umgehung des Pflichtteilsanspruchs des unliebsamen Kindes? Immerhin ist § 2303 BGB zwingendes Recht.

Oder: Umgeht ein Unternehmer einen Tariflohn, wenn er Reinigung und Logistik per Werk- oder Dienstvertrag fremdvergibt, weil er den Tariflohn, den er dafür seinen Arbeitnehmern zahlen müsste, als zu hoch empfindet?

Oder: Umgeht ein Arbeitgeber(-verband), der mit einer Gewerkschaft einen Tarifvertrag schließt, um Leiharbeitnehmer geringer bezahlen zu können als Stammarbeitnehmer des Einsatzbetriebes, das Equal-pay-Gebot der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, 9 Nr. 2 Satz 1 Hs. 1 AÜG?

III. Abgrenzung: Die gesetzlich eröffnete Gesetzesumgehung

Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Möglichkeit an, belastenden Normen auszuweichen. Es setzt sie sogar voraus: Eine belastende (im konkreten Fall: steuerrechtliche) Vorschrift beeinträchtigt den Bürger in geringerem Maße und ist gleichheitsrechtlich (Art. 3 Abs. 1 GG) eher zu rechtfertigen, wenn der Bürger die Vorschrift durch eine zweifelsfrei legale Gestaltung vermeiden (!) kann. Die Umgehung der belastenden Steuervorschrift ist dort nicht nur gleichheitsrechtlich gewünscht, sondern wird auch belohnt.[66] Diese »gesollte Gesetzesumgehung« zeigt, dass sich mit dem Begriff der *Umgehung* weder ein Unwerturteil verbinden lässt noch

63 *Schurig*, FS Ferid, S. 375.

64 Zu beachten ist die Vermeidung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach § 2325 BGB.

65 (Wieder)Heirat, Schaffung neuer Abkömmlinge.

66 BVerfG 15.1.2008 – 1 BvL 2/04 – NVwZ 2008, 1102, 1110; dazu *Epping/Hillgruber/Kischel*, Art. 3 GG Rn. 60 f.

eine inhaltliche Aussage getroffen ist. Allein aus dem Begriff der Umgehung lässt sich keine eigene Rechtsfolge ableiten. Das ist folgerichtig, denn es fehlt ein subsumtionsfähiger Tatbestand.

B. Dogmatische Erfassung der Gesetzesumgehung

I. Gesetzliche Grundlagen der Gesetzesumgehung

In zahlreichen, vor allem »modernen« Normen, ist das Verbot der Gesetzesumgehung ausdrücklich erwähnt: §§ 241a Abs. 3 Satz 2, 306a, 312k Abs. 1 Satz 2, 475 Abs. 1 Satz 2, 487, 511 Satz 2, 651m, 655e Abs. 1 BGB, § 42 AO oder § 8 FernUSG. Nur wann die mit dem Umgehungsverbot flankierte Norm *umgangen* wird, bleibt stets offen – mit gutem Grund, wie zu zeigen sein wird. Eine allgemeine Normierung jenseits der genannten Spezialfälle fehlt.

II. Die Gesetzesumgehung als Rechtsinstitut »sui generis«

Vor allem *Theo Mayer-Maly* und *Oliver Heeder* meinten, dass es ein eigenständiges Rechtsinstitut der Gesetzesumgehung gebe.[67] Für die Anerkennung eines eigenen Instituts der Gesetzesumgehung sprächen nicht nur die kodifizierten Umgehungsverbote, sondern auch die Tatsache, dass eine rechtsgebietsübergreifende Lösung der Gesetzesumgehung nur möglich sei, wenn man sie als eigenständiges Rechtsinstitut anerkenne.[68] Die Gegenansicht, die Umgehungsversuche mittels Auslegung und Analogie lösen wolle, überschreite die rechtsstaatlichen Grenzen der Gesetzesanwendung.[69]

III. Die Gesetzesumgehung als Frage der Simulation und Sachverhaltsauslegung

Bereits *Arndt Teichmann* erkannte sowohl die Simulation (§ 117 BGB) als auch die Sachverhaltsauslegung für unzureichend, um Ausweichbewegungen einzufangen.[70] Die Simulation nach § 117 BGB scheitert in den meisten Fällen an der von den Parteien gewünschten Wirksamkeit des Umgehungsgeschäfts. Kennzeichnend für die Simulation ist, dass die Parteien die Rechtswirkung ihrer Erklärungen nicht wollen.[71] Bei der Gesetzesumgehung ist das Gegenteil der Fall. Die Sachverhaltsauslegung ist zwar geeignet, einige Umgehungsversuche einzufangen, findet ihre Grenzen aber

67 MünchKommBGB/*Mayer-Maly/Armbrüster* 4. Aufl., § 134 Rn. 16; *Heeder*, Fraus legis, S. 78 ff.; ebenso *Schick*, Gesetzesumgehung, S. 123 ff.
68 *Heeder*, Fraus legis, S. 82 ff.
69 MünchKommBGB/*Mayer-Maly/Armbrüster* 4. Aufl., § 134 Rn. 13.
70 *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 7 ff.
71 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 117 Rn. 1; Staudinger/*Singer*, § 117 Rn. 1.

in den Möglichkeiten, Parteierklärungen oder Sachverhalte auszulegen.[72] Das Gesetz ist auf den Sachverhalt anzuwenden und nicht umgekehrt.

IV. Die Gesetzesumgehung als Frage der Auslegung und Analogie

In Betracht kommt, dem Problem der Gesetzesumgehung mit den bekannten Instrumenten der Methodenlehre zu begegnen.

1. Gesetzesumgehung als Frage der Normgeltung

Zutreffend erkannten zunächst *Teichmann*[73] und in jüngerer Zeit *Susanne Sieker*[74] und *Martina Benecke*[75] die Gesetzesumgehung als Problem der Normgeltung. Die Normgeltung ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, so dass namentlich die teleologische Auslegung einschließlich der analogen Gesetzesanwendung jedem Umgehungsvorwurf vorausgehen muss. Dem folgen sowohl die Rechtsprechung[76] als auch die herrschende Literatur.[77]

Ob die rechtsstaatlichen Grenzen der Gesetzesanwendung überschritten werden, wenn Umgehungsversuche mittels Auslegung und Analogie »eingefangen« werden, ist kein Problem der Gesetzesumgehung, sondern der Methodenlehre.

Keinesfalls sind bei einer identifizierten Umgehung automatisch immer die Voraussetzungen für eine Analogie gegeben. Es ist gerade umgekehrt: Nur wenn die Analogievoraussetzungen gegeben sind, handelt es sich um einen (erfolglosen) Umgehungsversuch. Sind die Voraussetzungen der Analogie hingegen nicht gegeben, handelt es sich um eine (erfolgreiche) Tatbestandsmeidung.

Sieht man in der Gesetzesumgehung hingegen ein eigenes Institut, gibt man die Gesetzesbindung auf, weil die potentiell umgangene Norm sich nicht selbst Geltung verschaffte. Überzeugende Kriterien, anhand derer

72 *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 43 ff.
73 *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 15 ff; *ders.*, JZ 2003, 762, 765 ff.
74 *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 8 ff.
75 Weitergehend *Benecke*, Gesetzesumgehung, §§ 11, 12.
76 Ständig, nur: BGH 15.1.1990 – II ZR 164/88 – NJW 1990, 982. Grundlegend: BAG GS 12.10.1960 – 1/59 – NJW 1961, 798.
77 Deutlich jetzt: MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 15; *Medicus*, BGB AT, Rn. 660; *Flume*, BGB AT II, § 17 Ziff. 5; Palandt/*Ellenberger*, § 134 Rn. 28; *Wolf/Neuner*, BGB AT § 45 Rn. 27; Soergel/*Hefermehl*, § 134 Rn. 37; auch schon *Schnorr von Carolsfeld*, Arbeitsrecht, S. 228; **diff.**: Staudinger/*Sack/Seibl*, § 134 Rn. 144 ff.; *Najdecki*, Umgehung, S. 24 ff.

sich ein eigenständiges Institut der Gesetzesumgehung identifizieren ließe, fehlen.[78]

2. Keine Notwendigkeit einer Umgehungsabsicht

Ist die Gesetzesumgehung eine Frage der objektiven Normgeltung, kann es für die Wirksamkeit einer rechtlichen Gestaltung nicht darauf ankommen, mit welchem Motiv der Gestaltende handelt, insbesondere ob er zwingenden Normen ausweichen will.

a. Objektive versus subjektive Theorie

Mayer-Maly fordert als Voraussetzung für das von ihm postulierte Institut der Gesetzesumgehung eine solche Umgehungsabsicht, weil erst die »Umgehungsfunktion eines Geschäfts dessen Nichtigkeit auslöst.«.[79] Wäre das richtig, entschiede in zwei objektiv vergleichbaren Fällen die Gesinnung bzw. das Motiv über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Normgeltung wäre der Privatautonomie zugänglich.[80]

Im Gefolge von *Teichmann* besteht heute weitgehend Einigkeit, dass es für die Gesetzesumgehung keiner subjektiven Voraussetzungen bedarf, erst recht keiner Absicht.[81]

Subjektive Elemente sind allenfalls berücksichtigungsfähig, wenn die umgangene Norm selbst auf subjektive Merkmale abstellt. So wären etwa bei einer potentiellen Umgehung des § 7 AGG subjektive Elemente berücksichtigungsfähig, aber nicht weil eine Umgehung droht, sondern, weil das AGG explizit auf die Motive des Rechtsausübenden, genauer deren Auswirkungen abstellt. Ebenso wären subjektive Elemente bei einer Umgehung des § 613a Abs. 4 BGB berücksichtigungsfähig, weil jene Vorschrift mit dem Wort »wegen« ausdrücklich auf das Motiv einer Kündigung hinweist.[82] Umgehungsfragen sind das nicht.

Für die Umgehung genügt eine Umgehungsabsicht nie, da eine zwingende Norm oder Verbotsnorm entweder einen bestimmten Sachverhalt erfasst oder nicht. Der Geltungsanspruch einer Norm ist »kein Gegenstand der

78 *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 69 ff.
79 MünchKommBGB/*Mayer-Maly/Armbrüster* 4. Aufl., § 134 Rn. 18.
80 *U.Huber*, JurA 1970, 784, 797.
81 *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 69 f.; BGH 15.1.1990 – II ZR 164/88 NJW 1990, 982, 986; Soergel/*Hefermehl*, § 134 Rn. 40; *Mader*, Rechtsmißbrauch, S. 141; jetzt richtig: MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 16; **a.A.** noch MünchKommBGB/*Mayer-Maly/Armbrüster*, 4. Aufl., § 134 Rn. 18; *Najdecki*, Umgehung, S. 30 f.
82 *Lipinski*, NZA 2002, 75, 77.

Privatautonomie«.[83] Wer das Problem der Gesetzesumgehung als Frage der Normgeltung erkennt, muss subjektive Kriterien für irrelevant halten.

b. Objektiv-subjektiv-gemischte Theorie

Schurig ist der Ansicht, subjektive Elemente könnten in Fällen der Gesetzesumgehung Wertungsgesichtspunkt sein, wenn Umgehungsfälle mit Auslegung und Analogie gelöst würden.[84] Die subjektiven Elemente würden die üblichen Methoden der Auslegung und Analogie erweitern, mithin aus der objektiven Theorie eine objektiv-subjektiv-gemischte Theorie machen.[85] *Schurig* meint, dass das *Rechtsgefühl* (!) uns sage, dass innere Tatsachen nicht unerheblich sein könnten. Derjenige, der sich der Unangemessenheit einer Norm bewusst sei, habe ein geringeres »Beharrungsinteresse« als derjenige, der dies nicht wisse.[86] In ähnlicher Weise hat auch das BAG ausgeführt, bei der Prüfung einer Umgehung könnten »subjektive Momente den Ausschlag geben«.[87]

Diese These wirft Fragen auf: Wann soll eine Norm unangemessen sein? *Schurig* stellt die Frage nach der Umgehung einer Norm schlicht neu. Die Unangemessenheit einer Norm und erst recht das Wissen darum lässt sich nur feststellen, wenn zuvor feststeht, ob der angestrebte Erfolg objektiv unangemessen ist.[88] Die Ansicht *Schurigs* gerät nahe an Gesinnungsrecht (»Rechtsgefühl«). Motive und Gesinnungen sind nicht kontrollfähiger Inhalt eines Rechtsgeschäfts, sondern liegen einem rechtlichen Handeln zugrunde. Umgekehrt würde *Schurigs* Ansicht die Frage aufwerfen, was im Fall eines »zivilrechtlichen Wahndelikts« zu gelten habe, d.h. wenn der vermeintliche Umgehungstäter davon ausginge, für seinen Fall gölte eine Norm, was tatsächlich nicht der Fall ist. Soll die Gestaltung dann unter dem Gesichtspunkt »subjektiver Umgehung« unwirksam sein?[89] Richtig ist: Die »Wahnumgehung« kann im Zivilrecht keinen Einfluss auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften haben. Selbst das Strafrecht kennt keine Strafbarkeit des Wahndelikts.[90]

---

83 *U.Huber*, JurA 1970, 784, 797.

84 *Schurig*, FS Ferid, S. 375, 403 f. mit Hinweis auf MünchKommBGB/*Mayer-Maly*, 4. Aufl. § 134 Rn. 14.

85 *Schurig*, FS Ferid, S. 375, 403 f.

86 *Schurig*, FS Ferid, S. 375, 403 f.

87 BAG 26.8.2009 – 5 AZR 522/08 – NZA 2009, 1205, 1207.

88 Auf diese Tautologie hinweisend: Tamussino, Umgehung, S. 76.

89 Das würde *Schurig* freilich nicht vertreten, hält er doch grundsätzlich Umgehungkonstellationen auch für mit der Methodenlehre lösbar, *Schurig*, FS Ferid, S. 375, 398 ff.

90 BGH 1.4.1960 – 4 StR 450/59 – NJW 1960, 1820, 1821; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 621 ff. m.w.N.

c. Subjektive Elemente zum Auffinden der potentiell umgangenen Norm

Zu unterscheiden ist die Frage der Umgehungsabsicht von der Frage, ob subjektive Elemente berücksichtigt werden können, um die potentiell umgangene Norm aufzufinden. Das ist richtigerweise zu bejahen.[91] Um die potentiell umgangene Norm aufzufinden, kann es hilfreich sein, zu wissen, welchen Zweck die Parteien mit einer Gestaltung verfolgt haben. Ob die so aufgefundene Norm auf den Umgehungssachverhalt anzuwenden ist, kann nur die Auslegung der Norm beantworten. Für die Lösung von Umgehungskonstellationen ändert sich dadurch nichts.

d. Zwischenergebnis

Die Gesetzesumgehung ist rein objektiv zu beantwortende Frage nach dem Geltungsbereich des Gesetzes. Subjektive Elemente sind für die Gesetzesumgehung irrelevant, wenn die umgangene Norm nicht selbst auf die Motive des Rechtsausübenden abstellt.

3. Gesetzesumgehung und Analogieverbot

Existiert in einem Rechtsgebiet ein Analogieverbot, leidet die Umgehungsbekämpfung an einer strukturellen Schwäche, weil der mit der Auslegung ermittelbare Geltungsbereich einer Norm an ihrem Wortlaut endet.[92] Verdeckte und offene Gesetzeslücken bleiben. Teleologie und Funktion einer Norm kommen nicht voll zur Geltung. Es bleibt der Verweis auf den Gesetzgeber.

a. Strafrecht

Im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht ist das Problem bekannt (Art. 103 Abs. 2 GG).[93]

Die juristische Person, der wegen einer Kartellabsprache ein Bußgeld nach § 30 OWiG droht, entkommt jenem durch Verschmelzung, wenn keine wirtschaftliche Identität zwischen alter und neuer juristischer Person besteht. Das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verhindert eine Erstre-

91 Ausführlich: *Reiser*, Umgehung, S. 59.

92 Zu Art. 103 Abs. 2 GG: BVerfG 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82 – NJW 1986, 1671 ff. zu einem Ordnungsgeld wegen fehlenden Aufsichtsratsberichts bei irregulär nicht existentem Aufsichtsrat: BVerfG 9.1.2014 – 1 BvR 299/13 – NJW 2014, 1431, 1432 f.

93 *Schröder*, Gesetzesumgehung im Strafrecht, S. 347 ff.

ckung auf den Rechtsnachfolger.[94] Die »Umgehung« glückt. Die kartellrechtliche Rechtsberatung wird zu dieser »Umgehungsstrategie« raten.[95]

b. Steuerrecht: § 42 AO

§ 42 AO ist eine der seltenen kodifizierten Umgehungsnormen, die Regelungswirkung entfalten kann.

Im Steuerrecht ist umstritten, ob für steuerverschärfende Normen ein Analogieverbot besteht.[96] Das strafrechtliche Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG gilt dort jedenfalls nicht.[97]

aa. Folgen eines steuerrechtlichen Analogieverbotes

Ist die Analogie zu Lasten des Steuerpflichtigen wegen eines allgemeinen Analogieverbotes unzulässig, wäre ohne § 42 AO erfolgreicher Umgehung der Weg geebnet.

Diesen strukturellen Mangel der Umgehungsbekämpfung beseitigt § 42 AO, dem die Erlaubnis zur ausnahmsweisen Analogiebildung zu entnehmen ist.[98] Die Analogievoraussetzungen ändern sich dadurch nicht. § 42 AO überwindet allein ein etwaiges Analogieverbot.[99] Auslegung und Analogie bleiben die maßgeblichen Instrumente, um Gesetzesumgehungen zu bekämpfen.

bb. Folgen bei Ablehnung eines steuerlichen Analogieverbotes

Bejaht man die grundsätzliche Möglichkeit auch der steuerverschärfenden Analogie[100], ist der Innentheorie[101] der Weg geebnet, weil die teleologische Rechtsfortbildung den Zweck der Norm flankiert.[102] § 42 AO bedarf es für die ausnahmsweise Zulässigkeit der Analogiebildung dann nicht. Die Norm erweist sich nach dieser Ansicht als überflüssig. Selbst Vertreter der Außentheorie, die § 42 AO als Umgehungsnorm mit eigenständigem Regelungsgehalt ansehen, sehen seinen Anwendungsbereich in dem Maß

94 BGH 10.8.2011 – KRB 55/10 – NJW 2012, 164, 166.
95 *Reichling*, NJW 2012, 166, 167.
96 Für ein Analogieverbot etwa: BFH 9.7.1997 – VIII B 40/97 – juris; **a.A.** Klein/*Ratschow*, § 42 AO Rn. 36; Koenig/*ders.*, § 42 AO Rn. 3.; *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 28 f. jeweils mit umfangreichen Nachweisen zu beiden Ansichten.
97 Klein/*Gersch*, § 4 Rn. 37.
98 *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 29 und 35.
99 *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 28 ff.; ähnlich Koenig/*ders.*, § 42 AO Rn. 3.
100 BFH 20.10.1983 – IV R 175/79 – BB 1984, 515; Tipke/Lang/*Englisch*, § 5 Rn. 82 ff.; Klein/*Gersch*, § 4 Rn. 37 f; Koenig/*ders.*, § 4 Rn. 112 ff.
101 *Weber-Grellet*, Steuern, S. 222 ff.
102 Ähnlich *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 27 ff.

schrumpfen, in dem sich die Anwendung von Steuergesetzen an teleologischen Kriterien orientiert.[103]

4. Vergleich zu kodifizierten Umgehungsnormen

Ein Vergleich zu den spezialgesetzlich kodifizierten Umgehungsnormen (§ 2 B.I.) bestätigt das bisher gefundene Ergebnis.

a. Deklaratorische Funktion versus erweiterter Anwendungsbereich

Diese haben deklaratorische Funktion[104] und müssen sich den Vorwurf gefallen lassen, aus einer »übertriebenen Ängstlichkeit« (*Medicus*: »Angstklausel des Gesetzgebers«[105]) zu resultieren.[106] *Teichmann* zieht den Vergleich zu »mancher Medizin: Sie nutzt nichts, sie schadet aber auch nicht, und deshalb kann man sie, wenn man daran glaubt, auch weiterhin verwenden.«[107]

aa. Grundsatz: Keine erweiterte Methodenlehre

Tatsächlich schaden sie: Das spezialgesetzliche Umgehungsverbot verleitet zu der Annahme, aus ihm sei eine eigene Rechtsfolge abzuleiten. Besser wäre auf ihre Normierung zu verzichten.

Einen Regelungsgehalt hätten kodifizierte Umgehungsnormen nur, wenn ihnen die Erlaubnis entnommen werden könnte, auch jenseits der Auslegungs- und Analogiegrenzen Fallgestaltungen, die den von der Norm erfassten Gestaltungen nur ähnlich sind, als von der Norm erfasst zu behandeln.[108] Um einen Regelungsgehalt aufzuweisen, müssten kodifizierte Umgehungsnormen die Möglichkeiten der Methodenlehre erweitern.

Ludwig Gramlich und *Thomas Zerres* sind der Ansicht, die »Achtung vor dem demokratischen Gesetzgeber erfordert es zudem, (kodifizierte Umgehungs-)Normen „ernst“ zu nehmen, ihnen also (im Zweifel) einen eigenen Geltungsanspruch zuzuerkennen.«.[109]

Im Grundsatz haben sie damit Recht, doch bedeutet Achtung vor dem demokratischen Gesetzgeber auch, deklaratorisch verfasste Normen als solche hinzunehmen.

---

103 Tipke/Lang/*Englisch*, § 5 Rn. 122.
104 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, § 306a Rn. 1.
105 *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie, S. 11.
106 Zu § 306a BGB: Staudinger/*Schlosser*, § 306a Rn. 1.
107 *Teichmann*, JZ 2003, 762, 767.
108 So *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 73 ff.
109 *Gramlich/Zerres*, ZIP 1998, 1299, 1304.

Dafür, dass der Gesetzgeber mit spezialgesetzlichen Umgehungsverboten die Methodenlehre „erweitern“ will, bedürfte es im Einzelfall des Nachweises.

Dem durch Gesetz vom 20. September 2013[110] neu kodifizierten Umgehungsverbot des § 241a Abs. 3 Satz 2 BGB schreibt der Gesetzesentwurf der Bundesregierung ausdrücklich nur »erläuternden Charakter« zu.[111] Auch *Gramlich* und *Zerres* kommen mit Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien zu dem von ihnen besprochenen § 5 Abs. 1 HWiG aF zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber sich bei Normierung der Umgehungsverbote nicht ihrer Bedeutung bewusst war.[112]

Gegen eine mit kodifizierten Umgehungsverboten einhergehende „erweiterte“ Methodenlehre spricht ein Vergleich zu Schutzvorschriften, die nicht mit einem spezialgesetzlichen Umgehungsverbot flankiert werden. Besteht der Gesetzgeber bei solchen Schutzvorschriften nicht darauf, dass sie gelten? Lässt er eine Umgehung zu?

Auch der Vergleich zu § 42 AO spricht gegen eine erweiterte Methodenlehre: § 42 AO lässt die Voraussetzungen der Analogie unberührt. Er überwindet nur ein etwaiges Analogieverbot. (soeben § 2 B.IV.3.b.aa.).

bb. Ausnahme: Umgehungs- als Kompensation für ein Analogieverbot?

Ein Regelungsgehalt kann einem kodifizierten Umgehungsverbot allenfalls zukommen, wenn die mit dem Umgehungsverbot flankierte Norm nicht analogiefähig ist, weil ein Analogieverbot besteht.

Ein kodifiziertes Umgehungsverbot, das eine nicht analogiefähige Norm schützt, ist dem BGB nicht bekannt. Anders kann das allenfalls im Straf- und Steuerrecht zu beurteilen sein (soeben § 2 B.IV.3.).

Dem Umgehungsverbot in § 312k Abs. 1 Satz 2 BGB, das die Schutzvorschriften über Verbraucherverträge und besondere Vertriebsformen flankiert, wird teilweise ein Bedeutungsgewinn prognostiziert, weil im Anwendungsbereich der auf Vollharmonisierung abzielenden Verbraucherrechte-Richtlinie[113] kaum Raum für erweiternde oder einschränkende Auslegung oder Analogien bleibe.[114]

---

110 BGBl. I, S. 3642.

111 BT-Drs. 17/12637, S. 37.

112 *Gramlich/Zerres*, ZIP 1998, 1299, 1305.

113 RL 2011/83/EU.

114 BeckOKBGB/*Maume*, § 312k Rn. 5; **a.A.** NK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312k Rn. 1: »[…]Umgehungsverbot ist überflüssig[…]«.

An dieser Argumentation ist richtig, dass die Verbraucherrechte-Richtlinie auf Vollharmonisierung zielt, Art. 4 RL 2011/83/EU.[115]

Ein Analogieverbot ist aber keine Folge der Vollharmonisierung. Folge einer voll harmonisierenden Richtlinie ist, dass den Mitgliedstaaten der Erlass von abweichenden Regelungen nicht gestattet ist, selbst wenn dadurch das Schutzniveau erhöht würde.[116] Auch die voll harmonisierende Richtlinie benötigt aber einen nationalen Umsetzungsakt und ist »nur« hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel, Art. 288 Abs. 3 AEUV. Die Form und Mittelwahl umfasst auch Analogien. Anders als die Verordnung (Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV) gilt die Richtlinie nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten.

cc. Keine Ausnahme: Nachrang der Analogie

Die kodifizierten Umgehungsverbote gelangen nicht deshalb zu Bedeutung, weil sich durch sie der Rückgriff auf die Analogie erübrigte.[117] Das verkehrte das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Analogie und kodifiziertem Umgehungsverbot. Zwar ließe sich argumentieren, die für eine Analogie nötige planwidrige Regelungslücke fehle stets, wenn ein kodifiziertes Umgehungsverbot existiere.[118] Durch diese Argumentation würde jedoch verkannt, dass auch das spezialgesetzlich kodifizierte Umgehungsverbot nicht grenzenlos anwendbar ist, sondern dem Zweck der Norm dient, die es flankiert.

Gramlich und *Zerres* meinen, anders als die eine Norm »ausdehnende« Analogie, setze ein kodifiziertes Umgehungsverbot eine bereits vorhandene Regelung voraus. Kodifizierte Umgehungsverbote regelten Fälle, in denen der Schutzzweck der Regelung bereits den Sachverhalt erfasse.[119] Wäre das richtig, wären kodifizierte Umgehungsverbote erst recht überflüssig, weil die flankierte Norm selbst den Sachverhalt erfasste.

b. Beispiel: § 306a BGB

Eine Entscheidung des BGH zu § 306a BGB illustriert die Gefahr kodifizierter Umgehungsverbote. Nach § 306a BGB finden die §§ 305 ff. BGB auch dann Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. Diese Anordnung ist nach hier vertretener Ansicht ohne Aussagewert, weil sie mit dem Begriff der »Umgehung« keinen subsum-

115 Siehe auch Erwägungsgrund (2) und (7) der RL 2011/83/EU.
116 Streinz/*Leible/Schröder*, Art. 114 AEUV, Rn. 26.
117 So aber Spindler/Schuster/*Schirmbacher*, § 312k BGB Rn. 8, *Gramlich/Zerres*, ZIP 1998, 1299, 1304.
118 So *Gramlich/Zerres*, ZIP 1998, 1299, 1304.
119 *Gramlich/Zerres*, ZIP 1998, 1299, 1304.

tionsfähigen Tatbestand vor die Rechtsfolge schaltet.[120] § 306a BGB trifft folgende Aussage: »Ergeben Auslegung und eine etwaige Analogie der §§ 305 ff. BGB, dass sie anzuwenden sind, sind sie auch anzuwenden.«

Im einzigen Fall, in dem der BGH § 306a BGB angewandt hat, erwies sich der Rückgriff auf diese Vorschrift als Fehlgriff. Dort ging es um eine bankinterne Anweisung, nach welcher bei der Rückgabe von Lastschriften mangels Deckung ein pauschalierter Schadenersatz gegenüber den Kunden geltend gemacht werden sollte. Zwar verneinte der BGH die AGB-Eigenschaft der internen Anweisung, unterzog sie aber gleichzeitig unter dem Gesichtspunkt der Umgehung einer AGB-Kontrolle.[121] Die Widersprüchlichkeit der Vorgehensweise drängt sich auf. Eine unternehmensinterne Bankanweisung kann, da ihr die Eigenschaft als Rechtsgeschäft fehlt, nicht der AGB-Kontrolle unterworfen werden. Der bankinternen Anweisung hätte allenfalls lauterkeitsrechtlich (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG) begegnet werden können.[122] Die Anwendung des § 306a bzw. von AGB-Recht ist mit *Robert Freitag* schon deshalb falsch, »weil dieses [Anm.: das AGB-Recht] so zu einem universellen Allheilmittel gegen rechtswidriges Verhalten von Unternehmern im Verbraucherverkehr umfunktioniert und seinerseits missbraucht wird […]«.[123]

V. »Rechtsfolge« der Gesetzesumgehung

Da die Gesetzesumgehung eine objektive Frage der Normgeltung ist, ergibt sich die Rechtsfolge der Gesetzesumgehung aus der umgangenen Verbotsnorm oder zwingenden Norm. Ergeben Auslegung oder Analogie, dass die umgangene Norm den Sachverhalt erfassen sollte, wird das gesetzliche Verbot oder die zwingende Norm auf das Umgehungsgeschäft angewendet.[124] Im Fall von Verbotsnormen ist das Umgehungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig.[125]

120 Ähnlich Ulmer/Brandner/Hensen/*H.Schmidt*, § 306a Rn. 5; MünchKommBGB/*Basedow*, § 306a Rn. 3; Palandt/*Grüneberg*, § 306a Rn. 2.

121 BGH 8.3.2005 – XI ZR 154/04 – NJW 2005, 1645 ff.; zu dem damit verbundenen inneren Widerspruch: Staudinger/*Schlosser*, § 306a Rn. 5. Ähnlich wie der BGH und noch dazu überflüssig eine Umgehungsabsicht prüfend: OLG Düsseldorf 13.2.2014 – I-6 U 84/13 – NZA-RR 2014, 729, 730 f.

122 *Freitag*, ZIP 2005, 2052, 2054; *Borges*, ZIP 2005, 185, 187 ff.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, § 306a Rn. 8.

123 *Freitag*, ZIP 2005, 2052, 2053; in diese Richtung auch: Ulmer/Brandner/Hensen/*H.Schmidt*, § 306a Rn. 6.

124 Soergel/*Hefermehl*, § 134 Rn. 41.

125 BGH 23.9.1982 – VII ZR 183/80 – NJW 1983, 109, 110.

VI. Darlegungs- und Beweislast

Normgeltungsfragen sind Rechtsfragen und damit von Amts wegen zu beantworten. Für Darlegung und Beweis des Sachverhalts, der zur Anwendung der potentiell umgangenen Norm führen soll, gelten die allgemeinen Regeln, nach denen diejenige Partei die Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat, die sich auf eine Gesetzesumgehung beruft.[126] Nur im Einzelfall ist der beweisbelasteten Partei mit den Grundsätzen der »sekundären Darlegungs- und Beweislast« im Rahmen des § 138 Abs. 3 ZPO zu helfen, soweit es um innere Tatsachen des Gegners geht, auf die die beweisbelastete Partei keinen Zugriff hat.[127] Spezifische Umgehungsfragen sind das nicht.

VII. Zwischenergebnis – Objektive Lehre der Gesetzesumgehung

Die Gesetzesumgehung ist objektive Normgeltungsfrage. Umgehungsversuche lassen sich teilweise durch Auslegung der Parteierklärungen und teilweise durch teleologische Auslegung und Analogie der umgangenen Norm eingrenzen. Jenseits der Auslegungs- und Analogiegrenzen beginnt das Feld zulässiger Meidung und Gestaltung. Mit dem Argument der Gesetzesumgehung lässt sich keine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (extra legem) rechtfertigen. Existiert ein Analogieverbot, leidet die Umgehungsbekämpfung an einer strukturellen Schwäche, sofern ein spezialgesetzliches Umgehungsverbot nicht das Analogieverbot überwindet (§ 42 AO).

126 BGH 26.1.2005 – VIII ZR 175/05 – NJW 2005, 1039, 1040 f.
127 Für den Verbraucherschutz MünchKommBGB/*S.Lorenz*, § 475 Rn. 37.

§ 3 Der Rechtsmissbrauch

Jedes Recht kann missbräuchlich ausgeübt werden. Die Frage nach dem Missbrauch eines Rechts ist die Frage nach seiner Reichweite. Hier soll aufgezeigt werden, inwiefern sich das Argument des Rechtsmissbrauchs eingrenzen lässt, um Rechtsmissbrauch und Rechtsgebrauch sicher voneinander abgrenzen zu können.

A. Untaugliche Definitionsversuche

I. Bedeutung des Wortes Rechtsmissbrauch

Nach der Definition des *Creifeldschen* Rechtswörterbuchs ist Rechtmissbrauch eine Rechtsausübung bzw. rechtliche Gestaltung, die formal dem Gesetz entspricht (Abgrenzung zum Rechtsbruch), aber aufgrund der Umstände des Einzelfalls oder wegen eines zweckwidrigen Einsatzes gegen den Sinn des Gesetzes verstößt.[128]

II. Rechtsmissbrauch als »Handeln ohne Recht«

Nach *Wolfgang Siebert* ist Rechtsmissbrauch »Handeln ohne Recht«.[129] Der BGH stimmt *Siebert* zu und meinte bereits 1951, dass »unzulässige Rechtsausübung ein Handeln ohne Recht oder wider das Recht ist. Jedes Recht geht seinem Inhalt nach nur so weit, wie die guten Sitten und Treu und Glauben dies gestatten. Der im französischen Recht geltende Satz: „Le droit cesse, ou l'abus commence“ gilt auch im deutschen Recht.«[130]

III. Rechtmissbrauch als Einfallstor »rechtsethischer Minima«

Larenz und *Canaris* bezeichnen den Rechtsmissbrauch als gesetzesübersteigende richterliche Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien.[131] Nach *Rüthers, Fischer* und *Birk* beruht das Verbot des Rechtsmissbrauchs »auf anerkannten Grundwerten der Sozialmoral«.[132] Beide Aussagen zielen auf den »Gerechtigkeitsanspruch des Rechts«[133] und sind wenigstens für den rechtsethische Minima berücksichtigenden individuellen Rechtsmissbrauch (zu jenem § 3 D.I.) richtig.

---

128 *Creifelds*, Stichwort »Rechtsmissbrauch«.
129 *Siebert*, Verwirkung S. 89 ff. deutlich auf S. 97; *ders.*, Rechtsmißbrauch, S. 17.
130 BGH 12.7.1951 – III ZR 168/50 – BGHZ 3, 94, 103.
131 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 241. *Larenz*, Methodenlehre, S. 422.
132 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 336.
133 So der Titel der FS *Mayer-Maly*.

IV. Ursachen der Untauglichkeit

Die angeführten Definitionen sind einerseits hilfreich bei der Eingrenzung des Rechtsmissbrauchs, weil sie einen Problemkreis beschreiben. Andererseits sind sie untauglich für den konkreten Fall, weil sie keine Subsumtion ermöglichen.

Eine allgemeingültige Definition des Rechtsmissbrauchs, die es ermöglichte, zu subsumieren, kann es nicht geben.

1. Abhängigkeit vom einzelnen Recht

Seine Rechtsnatur als immanente Schranke des einzelnen Rechts (Innentheorie) bedingt, dass der Rechtsmissbrauch einer allgemeingültigen Definition ebenso wenig zugänglich ist wie einem subsumtionsfähigen Tatbestand.[134] Die Grenze zwischen *Gebrauch* und *Missbrauch* ist nur im konkreten Fall der Rechtsausübung zu erkennen.[135] Ziel kann nur sein, die Aufgabe(n) und Grenzen des Einwands herauszuarbeiten, Wertungskriterien offenzulegen, berücksichtigungsfähige Merkmale aufzuzeigen und dadurch eine Systematisierung und weitest mögliche Rechtssicherheit bzw. Prognostizierbarkeit für die Frage der Zulässigkeit einzelner Rechtsausübungen bzw. rechtlicher Gestaltungen herbeizuführen.

a. Außentheorie

Die Außentheorie[136] meint, jedes Recht bestehe »an sich« unbegrenzt, der Rechtsmissbrauchseinwand trete von außen als kollidierendes Recht an das ausgeübte Recht heran.

b. Innentheorie

Hingegen versteht die ganz herrschende Innentheorie[137] den Rechtsmissbrauchseinwand als eine jedem Recht immanente Schranke.

134 Allgemein zu § 242 BGB: MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 2.

135 Schon *Rüdy*, Rechtsmißbrauch, S. 67 f.; ebenso für die Gesetzesumgehung: *Westerhoff*, Gesetzesumgehung, S. 184.

136 *Wolf/Neuner*, BGB AT, Rn. 68 ff.; PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme*, § 242 Rn. 33; *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, S. 352 ff.

137 Grundlegend *Siebert*, Verwirkung, S. 87 ff.; in diese Richtung auch schon *v.Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 15 f.; Erman/*G.Hohloch*, BGB, § 242 Rn. 101 f.

c. Stellungnahme

Beide Theorien gelangen auf unterschiedlichen Wegen zu weitgehend gleichen Ergebnissen, erkennen insbesondere identische Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs (zur Kategorisierung § 3 D.) an:

Die Außentheorie argumentiert mit § 903 Satz 1 BGB, dessen Wortlaut ([...] »soweit nicht [...]«) auf ein zunächst unbegrenzt bestehendes subjektives Recht hinweise und die Schranke zur Ausnahme erkläre.[138] Sie hat dabei aber Schwierigkeiten, den Maßstab für einen Rechtsmissbrauch darzulegen (höherrangiges Recht, »überlegale Rechtsordnung« o.ä.).[139]

Die Innentheorie orientiert sich an der potentiell missbrauchten Norm, weil nur das Recht selbst Auskunft über die Grenzen seines Gebrauchs geben kann. Der Rechtsmissbrauch bleibt abhängig vom einzelnen Recht.[140]

Haferkamp meint dagegen, die Außentheorie sei methodisch vorzuziehen, weil sie zu einer am Einzelfall orientierten Rechtsmissbrauchssystematik führe.[141] Die Grenzen setze dabei eine überlegale, korrigierende Rechtsordnung.[142]

Diese Argumentation überzeugt im Hinblick auf die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs nicht. Ein Recht wird missbraucht, wenn es formal, aber nicht material besteht. Hätte die Außentheorie Recht, wäre der Rechtsmissbrauch kein Missbrauch, weil das Recht formal und (an sich auch) material bestünde.

Wolf und *Neuner* werfen der Innentheorie zu Unrecht vor, jedes Recht unter Generalvorbehalt zu stellen.[143] Es ist kein Generalvorbehalt, jede Norm entsprechend ihres Geltungsbereichs anzuwenden. Ebenso wenig überzeugt der gegen die Innentheorie vorgebrachte Einwand, die Begründungslasten zu verschieben und den Ausnahmecharakter des Rechtsmissbrauchs zu verkennen.[144] Sowohl die Beweis- als auch die Begründungslast trifft nach der Innentheorie denjenigen, der Rechtsmissbrauch einwendet.[145]

---

138 *Wolf/Neuner*, BGB AT, Rn. 70.
139 *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, S. 352 f.
140 Statt vieler *Bork*, BGB AT, Rn. 343.
141 *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, S. 353.
142 *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, S. 352 f.
143 *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 70.
144 *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 70.
145 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 329 f.; allg.: Saenger/*ders.*, § 286 Rn. 52 ff.; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rn. 97 ff.

2. Zirkelschlussgefahr

Versucht man den Rechtsmissbrauch abstrakt zu definieren, führt das zu Zirkelschlüssen. Der zu definierende Begriff des Rechtsmissbrauchs ist allgemeingültig nur durch Begriffe zu ersetzen, die ihrerseits zu definieren sind. Ersetzt man Rechtsmissbrauch durch unangemessen, ist damit nichts gewonnen. Wer definiert, was angemessen ist?

V. Regelbeispielstechnik als Alternative zu (untauglichen) Definitionsversuchen

Alternative zu einer untauglichen Missbrauchsdefinition ist eine Regelbeispielstechnik.

So geben im Kartellrecht § 19 GWB und (der bei Sachverhalten mit zwischenstaatlichem Bezug[146] vorrangige) Art. 102 AEUV Anhaltspunkte für eine Systematisierung dort relevanter Rechtsmissbrauchskonstellationen.

1. Kartellrechtliche Missbrauchsverbote

Das Kartellrecht akzeptiert im Grundsatz marktbeherrschende Unternehmen und marktstarke Stellungen, solange sie den Wettbewerb nicht beeinträchtigen oder ausschalten, indem sie wirtschaftliche Handlungsfreiheit Dritter beeinträchtigen.[147] § 19 GWB und Art. 102 AEUV bezwecken, den Missbrauch einer solchen Marktstellung zu Lasten des funktionierenden Wettbewerbs zu verhindern.[148]

a. Generalklausel

Wie in jedem Fall eines potentiellen Rechtsmissbrauchs besteht im Kartellrecht die Schwierigkeit darin, die Grenzen zulässigen Gebrauchs abzustecken.[149] Die Generalklauseln des § 19 Abs. 1 GWB (»Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.«) und Art. 102 Abs. 1 AEUV (»Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.«) helfen bei der Abgrenzung kaum.

146 Dazu Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art. 102 AEUV Rn. 22.
147 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art 102 Rn. 2; *Emmerich*, § 27 Rn. 6, 63.
148 *Emmerich*, § 27 Rn. 63 f.
149 *Emmerich*, § 10 Rn. 4 f.

b. Regelbeispiele und ihr Nutzen

Um die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Ge- und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu erleichtern, enthalten beide genannten Vorschriften Regelbeispiele (§ 19 Abs. 2 GWB: » Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn [...]«; Art. 102 Abs. 2 AEUV: »Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen: [...]«).

aa. Nutzen von Regelbeispielen im Kartellrecht

Die kodifizierten Regelbeispiele geben Anhaltspunkte zur Konkretisierung der im jeweils ersten Absatz enthaltenen Generalklausel.

Aus ihrer Rechtsnatur als Regelbeispiel folgt freilich, dass sie unvollständig sind und nicht jeden denkbaren Missbrauchsfall auch nur andeuten können.[150] So kritisieren *Fuchs* und *Möschel*, dass die Regelbeispiele des Art. 102 Abs. 2 AEUV vor allem Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs (Vertikalverhältnis), nicht aber die typischen Fälle des (gegen Konkurrenten gerichteten) Behinderungsmissbrauchs regeln, so dass in jenen Fällen der Rückgriff auf die Generalklausel nötig sei.[151] Weiterhin sind sie der Ansicht, die Regelbeispiele führten nicht dazu, dass ein Missbrauch leichter festzustellen sei, weil sie eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe enthielten, Lücken und Überschneidungen aufwiesen. Aus diesem Grund sei nur ein fallgruppenbezogenes Vorgehen richtig.[152]

bb. Allgemeiner Nutzen von Regelbeispielen

Die Kritik von *Fuchs* und *Möschel* spricht zwar gegen die konkrete Ausgestaltung der Regelbeispiele. Sie besagt indes nicht, dass Regelbeispiele zur Missbrauchskonkretisierung ungeeignet sind.

Unbestimmte Rechtsbegriffe sind notwendiger Bestandteil von Regelbeispielen, die den Rechtsmissbrauch konkretisieren sollen. Denn der Begriff des Rechtsmissbrauchs ist ebenfalls unbestimmt. Würde der Gesetzgeber bei Regelbeispielen keine unbestimmten Rechtsbegriffe nutzen, müsste er versuchen, jeden potentiellen Missbrauchsfall (wenigstens andeutungsweise) zu kodifizieren. Das kann nicht gelingen.

Durch kodifizierte (Rechtsmissbrauchs-)Regelbeispiele, die unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, wird nicht »nur« ein unbestimmter Rechtsbegriff durch einen anderen ersetzt. Denn Regelbeispiele konkretisieren auch in diesem Fall den unbestimmten Begriff des Rechtsmissbrauchs.

150 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art. 102 AEUV Rn. 132.
151 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art. 102 AEUV Rn. 132 f.
152 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art. 102 AEUV Rn. 133.

Die Aufgabe der Regelbeispiele ist nicht maximale, sondern erhöhte Transparenz herzustellen. Das tun sie bereits, wenn sie Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch normieren. Im Vergleich zu einer Generalklausel weisen sie für den Rechtsanwender höhere Transparenz auf.

Dass im Einzelfall ein Rückgriff auf die Generalklausel notwendig bleibt, ist gerade die Eigenart von Regelbeispielen, bei denen der Gesetzgeber nicht für sich in Anspruch nimmt, eine abschließende Regelung zu treffen (»insbesondere«).

Zuletzt spricht nichts dagegen, Regelbeispiele weiter zu untergliedern und Fallgruppen zu bilden.

2. Zwischenergebnis

Regelbeispiele helfen nicht nur dem Rechtsgestaltenden, präventiv Missbrauch und Gebrauch zu unterscheiden, sondern führen, soweit es den Rechtsmissbrauch betrifft, zu größtmöglicher richterlicher Legitimation, weil der Richter konkrete Vorgaben für den Maßstab des Missbrauchs erhält und nicht orientierungslos auf Grundlage einer Generalklausel Recht sprechen muss.

B. Abgrenzung: Rechtsmissbrauch versus unzulässige Rechtsausübung

Die meist synonym verwandten Begriffe *Rechtsmissbrauch* und *unzulässige Rechtsausübung* meinen die »missbilligte Inanspruchnahme eines Rechts oder eine zu missbilligende rechtliche Gestaltung«, wobei der Begriff *Rechtsmissbrauch* eher den Tatbestand bezeichnet, während der Begriff *unzulässige Rechtsausübung* bereits die Rechtsfolge ausdrückt.[153]

Die Begriffe *Rechtsmissbrauch* und *unzulässige Rechtsausübung* synonym zu verwenden, ist missverständlich, weil letzterer nur einen Teilausschnitt dessen bezeichnet, was unter den Begriff »Rechtsmissbrauch« gefasst wird. Der Einwand *unzulässiger Rechtsausübung* bezieht sich buchstäblich nur auf die *Ausübung* subjektiver Rechte. Die Lehre des Rechtsmissbrauchs ist hingegen auf jede Rechtsposition oder rechtliche Gestaltung anzuwenden.[154]

So erfasst die Lehre vom Rechtsmissbrauch mit der Kategorie des institutionellen Rechtsmissbrauchs das Rechtsinstitut. Dieses bildet sich aus den einzelnen Vorschriften, die das Rechtsverhältnis betreffen.[155] Die §§ 14 ff. TzBfG regeln etwa das Rechtsinstitut des befristeten Arbeitsvertrages.

153 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 197.
154 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 198; ausführlich § 3 D.
155 *Köhler*, BGB AT, § 17 Rn. 1 f.

Während das subjektive Recht die Befugnis ist, welche die Rechtsordnung dem Einzelnen zur Befriedigung bestimmter Interessen verleiht (Rechtsmacht),[156] ergibt sich das objektive Recht aus den geltenden Rechtsnormen.[157] Das Rechtsinstitut (der Anknüpfungspunkt des institutionellen Rechtsmissbrauchs) als Gesamtheit der ein bestimmtes Rechtsverhältnis betreffenden Normen ist dem objektiven Recht zuzurechnen.

Es überzeugt nicht, den Rechtsmissbrauch allein mit dem Begriff der unzulässigen Ausübung (subjektiver Rechte) zu bezeichnen und gleichzeitig den Einwand des institutionellen Rechtsmissbrauchs anzuerkennen, weil jener gerade nicht auf die Ausübung subjektiver Rechte beschränkt ist (ausführlich § 3 D.II.).

C. Historische Grundlagen der Rechtsmissbrauchslehre

Wie die Gesetzesumgehung ist der Rechtsmissbrauch ein jeder Rechtsordnung[158] bekanntes Argument, weil jedes Gesetz seinen potentiell zweckwidrigen Einsatz in sich trägt, anders gewendet eine Rechtsordnung – was entsprechende Versuche gezeigt haben[159] – nie jede potentiell missbräuchliche Rechtsausübung normieren kann.

I. Römisch-rechtliche Grundlagen

Auch wenn das aktionenbasierte und prozessrechtlich geprägte römische Recht ein subjektives Recht und eine Rechtsmissbrauchslehre im heutigen Sinne nicht kannte[160], war ihm ein Schutz gegen Rechtsmissbrauch nicht unbekannt.[161] Die heutige materiell-rechtliche[162] Rechtsmissbrauchslehre

156 *Köhler*, BGB AT, § 17 Rn. 5.

157 *v.Thur*, BGB AT I, S. 53; *Rüthers/Stadler*, BGB AT, § 4 Rn. 1.

158 Rechtsvergleichend *Zimmermann*, Rechtsmißbrauchsverbot, S. 64 ff.

159 Vgl. das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten, mit seiner strengen Wortlautorientierung; dazu *Hucko*, NJW 1994, 1449.

160 *v.Thur*, BGB AT Band I, S. 53; Die endgültige Trennung von Anspruch als Ausprägung des subjektiven Rechts und Prozessrecht wird maßgeblich *Windscheid* zugeschrieben, z.B. *Chelidonis*, Jura 2010, 726, 728 mit Hinweis auf *Windscheid*, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, S. 1 ff.; ebenso *Raiser*, summum ius, S. 145, 155 f.

161 *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, S. 20 ff.; *Rüdy*, Rechtsmißbrauch, S. 7 ff.; *Zimmermann*, Rechtsmißbrauchsverbot, S. 66 ff.; *Mader*, Rechtsmißbrauch, S. 36 ff. m.w.N.

162 Der allgemeine Rechtsmissbrauchseinwand ist nach allgemeiner Ansicht eine materiell-rechtliche Einwendung. Möglich wäre es, den Rechtsmissbrauchseinwand im Rahmen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses oder seinen besonderen Ausformungen wie z.B. dem Feststellungsinteresse zu berücksichtigen. So vertreten einige Stimmen in der Literatur für den speziellen Missbrauchstatbestand des § 8 Abs. 4 UWG, dass es sich um eine prozessuale Ein-

wird auf den aus dem römischen und dem gemeinen Recht bekannten Arglisteinwand, die sog. »exceptio doli generalis« oder »praesentis« (gegenwärtige Arglist) und »specialis« oder »praeteriti« (vergangene Arglist/Arglist bei Rechtserwerb) zurückgeführt.[163]

II. Kodifikation des Rechtsmissbrauchseinwands im BGB

Eine ausdrückliche Regelung der exceptio doli erfolgte im BGB nicht, da man davon ausging »durch dieselbe werde in höchst bedenklicher Weise an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt«.[164] Sogar mit der Einführung eines aus dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (Titel 6, § 37 ALR) bekannten Schikaneverbots[165] hatte man sich schwer getan, wie die Arbeiten der Vorkommission des Reichsjustizamtes belegen.[166] Bei einem besonderen Verbot schikanöser Rechtsausübung befürchtete man, dass der Richter einem »dunklen, rein subjektiven Rechtsgefühl folge«, »statt sich von klaren scharfen Entscheidungsgründen leiten zu lassen«.[167] Gemeint war die Gesetzesbindung des Richters (heute: Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG).

Bekanntermaßen schaffte es das eng formulierte Schikaneverbot in den § 226 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Jenes war indes von Anfang an von geringer Bedeutung. Die maßgebenden Normen für die Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs waren von Anfang an § 826 und vor allem § 242 BGB.[168]

Das Reichsgericht erkannte die aus dem gemeinen Recht bekannte exceptio doli generalis kurz nach Inkrafttreten des BGB an.[169] Hierbei stützte es sich auf das Prinzip von Treu und Glauben[170] und die §§ 242, 826 BGB.[171]

---

wendung handele: *Köhler,* FS Schricker, S. 725.; ähnlich für dolo-agit-Fälle *Esser/Schmidt* SR I AT I, S. 174 in Fn. 191.

163 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 204; PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme*, § 242 Rn. 31; *Zimmermann*, Rechtsmißbrauchsverbot, S. 75; zum gemeinen Recht: *Fleischer*, JZ 2003, 865, 866, mit Hinweis auf *Wendt*, AcP 100 (1906), 1 ff.

164 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Band 1, 35., VII. (S. 239 f.).

165 Zu jenem *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, S. 37.

166 Mit entsprechenden Hinweisen bereits *Fleischer*, JZ 2003, 865, 867.

167 *Jakobs/Schubert*, AT II, S. 1171.

168 *Siebert*, Rechtsmißbrauch, S. 12 f.; *ders.*, Verwirkung, S. 106 ff.

169 *Fleischer*, JZ 2003, 865, 867.

170 RG 17.9.1904 – V 61/04 – RGZ 58, 425, 428 f.

171 RG 17.3.1932 – IV 372/31 – RGZ 135, 374, 376.

III. Rechtsmissbrauch in der Zeit des Nationalsozialismus

In der nationalsozialistischen Zeit machte die auf § 242 BGB gestützte Lehre vom Rechtsmissbrauch »Karriere«.[172] Treu und Glauben sah man als willkommene Einbruchstellen für nationalsozialistisches Gedankengut.

1. Literaturauffassung

So meinte *Siebert*, es sei nun nicht mehr im Anschluss an *Hedemann* von einer (von *Hedemann* scharf kritisierten[173]) »Flucht in die Generalklauseln« zu sprechen, vielmehr »stellen die Generalklauseln heute einen Weg dar, auf dem die neuen Rechtsgedanken in das geltende Recht eindringen und es, wenigstens zu einem Teile, in eine Übereinstimmung mit dem wesentlichen Inhalt der konkreten völkischen Gemeinschaftsordnung bringen können.«[174] Dem stimmten weite Teile der damaligen Rechtswissenschaft zu.[175]

Nach Ansicht *Haferkamps* ist eben *Siebert* Wegbereiter der heutigen Rechtsmissbrauchslehre, die maßgeblich in der Zeit des Nationalsozialismus entwickelt und dort zur Verwirklichung der nationalsozialistischen Ideologie ihrerseits missbraucht worden ist.[176] Bereits die Tatsache, dass der Rechtsmissbrauchseinwand nach Ansicht einiger Stimmen in der Literatur während der Zeit des Nationalsozialismus als willkommenes Einfallstor für nationalsozialistisches Unrecht und Gedankengut diente, zeigt, dass die Lehre des Rechtsmissbrauchs in der Vergangenheit genutzt werden sollte und wurde, um Gesinnungsrecht zu sprechen und die Rechtsprechung an die herrschende Ideologie anzupassen, mithin ideologisch geprägt (Un)Recht zu sprechen.[177]

2. Die Rechtsprechung

Das Reichs- und das Reichsarbeitsgericht nutzten die §§ 138, 242 BGB, um nationalsozialistischem Gedankengut zur Geltung zu verhelfen.

Das Reichsarbeitsgericht urteilte etwa am 7. März 1936[178]:

> »Von ausschlaggebender Bedeutung bei Beurteilung dieser Fragen [**Anm**: von Treu und Glauben und Sittenwidrigkeit] sind dabei die Ziele, die sich der Na-

172 *Rüthers*, Auslegung, S. 216 ff.
173 *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 66: »*Verweichlichung, Unsicherheit und Willkür*«.
174 *Siebert*, Rechtsmißbrauch, S. 15 bezugnehmend auf: *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln.
175 Nachweise bei *Rüthers*, Auslegung, S. 214 in Fn. 6.
176 *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmissbrauchslehre, S. 183 ff., 339 f.
177 Umfangreiche Nachweise bei *Rüthers*, Auslegung, S. 224 ff
178 RAG 7.3.1936 – 218/35 – ARS 26, 125, 135;

> tionalsozialismus gestellt hat und die in den seit der Erhebung erlassenen Gesetzen Ausdruck gefunden haben.«

Der Große Senat für Zivilsachen des Reichsgerichts urteilte am 13. März 1936[179] zu dem Begriff der guten Sitten in §§ 138, 826 BGB:

> »Der Begriff eines „Verstoßes gegen die guten Sitten", wie er in § 138 und § 826 BGB enthalten ist, erhält seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung. [...] Nun tragen aber gerade die Sinnesart der Beteiligten, ihre Beweggründe und Ziele dazu bei, dem einzelgeschäft seine Eigenart zu geben.«

3. Zwischenergebnis

Der historische Überblick zeigt: Zum einen trat der Gesetzgeber dem Einfluss von Rechtsgefühl auf die Rechtsordnung kritisch gegenüber und suchte ihn zu verhindern. Zum anderen nutzten Rechtsprechung und Wissenschaft in der Zeit des Nationalsozialismus den § 242 BGB als Einfallstor, um Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der herrschenden Ideologie zu ermöglichen. Die Richter entbanden sich mit Hilfe des Rechtsmissbrauchs vom Gesetz.

IV. Heutige Rechtsmissbrauchslehre

1. Gesetzliche Grundlagen

a. Disparate Regelungen zu rechtsmissbräuchlichen Verhaltensweisen

Eine Regelung, die den Rechtsmissbrauch definiert oder gar für unzulässig erklärt, ist dem BGB fremd.

aa. Schikaneverbot

Das Schikaneverbot des § 226 BGB (*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*) normiert einen eng begrenzten Teilausschnitt der Rechtsmissbrauchslehre.[180] Das Ausschließlichkeitskriterium (*nur ... haben kann*) führt dazu, dass nahezu keine Rechtsausübung als schikanös beurteilt werden kann.[181]

---

179 RG 13.3.1936 – V 184/35 – RGZ 150, 1, 4 f.

180 Deshalb ist es nachvollziehbar, wenn die Rechtsprechung § 242 BGB und § 226 BGB vermengt, etwa BGH 14.7.2008 – II ZR 204/07 – NJW 2008, 3438 f.; ebenso Jauernig/*Mansel*, § 226 Rn. 4.

181 MünchKommBGB/*Grothe*, § 226 Rn. 1.

bb. Spezialfälle des Rechtsmissbrauchs im BGB

Ausdrückliche Missbrauchsverbote finden sich im BGB für Sonderfälle (§§ 1353 Abs. 2, 1447 Nr. 1, 79 Abs. 3 u. 4, 675 l, 675m, 675v, 825 BGB). Weil sie jeweils einen eng begrenzten Sachverhalt regeln, lässt sich aus ihnen kein Rechtsmissbrauchsverbot verallgemeinern.

[1] § 1353 Abs. 2 BGB

Im Eherecht normiert § 1353 Abs. 2 BGB: *Ein Ehegatte ist nicht verpflichtet, dem Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft Folge zu leisten, wenn sich das Verlangen als Missbrauch seines Rechts darstellt oder wenn die Ehe gescheitert ist.*

Jenes Rechtsmissbrauchsverbot beruht noch auf dem im Eherecht zwischenzeitlich aufgegebenen Verschuldensprinzip und hat seit Einführung des Zerrüttungsprinzips keinen eigenen Anwendungsbereich mehr.[182]

[2] § 1447 Nr. 1 BGB

Im Recht der Gütergemeinschaft gestattet § 1447 Nr. 1 BGB dem Ehegatten, der das Gesamtgut nicht verwaltet, auf Aufhebung der Gütergemeinschaft zu klagen,

wenn seine Rechte für die Zukunft dadurch erheblich gefährdet werden können, dass der andere Ehegatte zur Verwaltung des Gesamtguts unfähig ist oder sein Recht, das Gesamtgut zu verwalten, missbraucht.

Der in § 1447 Nr. 1 BGB kodifizierte Rechtsmissbrauch meint vor allem Fälle, in denen der das Gesamtgut verwaltende Ehegatte gegen die Einwilligungserfordernisse der §§ 1423-1425 BGB verstößt, d.h. ohne nötige Einwilligung des anderen Teils handelt. So sah der BGH in einem Urteil vom 6. Oktober 1967, das eine fortgesetzte Gütergemeinschaft betraf, die von § 745 ZPO ermöglichte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung als missbräuchlich an, weil hierdurch die nach § 1424 nötige Einwilligung für Verfügungen über Grundstücke umgangen wurde.[183]

Des Weiteren meint der Missbrauch in § 1447 Nr. 1 BGB Fälle, in denen der verwaltende Ehegatten in der Absicht handelt, den anderen Teil zu schädigen.[184]

Einen verallgemeinerungsfähigen Missbrauchstatbestand enthält § 1447 Nr. 1 BGB schon wegen seiner systematischen Stellung im Recht der Gütergemeinschaft nicht. Vor allem gibt der Wortlaut des § 1447 Nr. 1 BGB

182 MünchKommBGB/*Roth*, § 1353 Rn. 44.
183 BGH 6.10.1967 – IV ZR 39/66 – NJW 1968, 496.
184 Palandt/*Brudermüller*, § 1447 Rn. 3.

keine Hinweise auf Merkmale, anhand derer ein Rechtsmissbrauch im Einzelfall konkretisiert werden könnte.

cc. Kodifizierte Missbrauchsverbote außerhalb des BGB

Auch außerhalb des BGB widmen sich einige Normen dem Missbrauch von Rechten (§ 42 AO, § 19 GWB, § 8 Abs. 4 UWG, § 2 Abs. 3 UKlaG). Ein allgemeines Prinzip des Missbrauchsverbots lässt sich aus diesen disparaten Normen nicht ableiten. Ihre Existenz belegt aber immerhin, dass dem deutschen Recht der Rechtsmissbrauch als Argument bekannt ist.

[1] § 42 AO

§ 42 AO wird hauptsächlich unter dem Begriff der »Umgehung« (§ 2 B.IV.3.b.) diskutiert.[185] Die Norm regelt ebenso den Rechtsmissbrauch im Steuerrecht. Nach der zirkulären Definition[186] in § 42 Abs. 2 AO findet ein Missbrauch statt,

wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt.

Der vom Gesetz vorgesehene Vergleich mit einer angemessenen Gestaltung ist zirkulär, weil für den vom Gesetz geforderten Vergleich zwischen angemessener und unangemessener Gestaltung feststehen müsste, was angemessen ist.[187]

Ein Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO ist nach der Rechtsprechung des BFH gegeben, »wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die – gemessen an dem erstrebten Ziel – unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist«.[188] Den Begriff des »Missbrauchs« durch jenen der »Angemessenheit« oder durch »unpassend«[189] zu ersetzen, ist zwar zirkulär, doch konkretisiert der BFH, eine rechtliche Gestaltung sei erst dann unangemessen, »wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel

185 Tipke/Lang/*Englisch*, § 5 Rn. 116.
186 Klein/*Ratschow*, § 42 Rn. 46.
187 Klein/*Ratschow*, § 42 Rn. 46; *Leisner-Egensperger*, DStZ 2008, 358, 359 ff.
188 BFH 29.5.2008 – IX R 77/06 – DStR 2008, 1586 f. m.w.N.
189 BFH 19.8.1999 – I R 77/96 – DStR 1999, 1849, 1850.

nicht erreichbar sein soll.«[190] Der ungewöhnliche und unangemessene Weg sei der umständliche, komplizierte, schwerfällige, gekünstelte o.ä.[191]

Weil das Steuerrecht der zivilrechtlichen Gestaltung nachgelagert ist, passt der Begriff des Rechtsmissbrauchs dort nicht ohne weiteres. Zivilrechtlich kann die steuerrechtlich missbräuchliche Gestaltung ohne weiteres zulässig sein. Der Missbrauchsvorwurf ergibt sich bei § 42 AO daraus, dass eine zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeit entgegen ihres steuerrechtlich gedachten Sinn und Zwecks genutzt wird.

[2] § 19 GWB

Der schon vorgestellte § 19 GWB (§ 3 A.V.1.) bezweckt, den Missbrauch einer vom Kartellrecht grundsätzlich hingenommenen marktbeherrschenden Stellung zu sanktionieren. Sein Regelungsanliegen ist auf Wettbewerbsschutz beschränkt und daher nicht auf andere Rechtsgebiete übertragbar. Die Regelbeispiele des § 19 Abs. 2 GWB bestätigen das, weil sie den Rechtsmissbrauchsvorwurf an ein bestimmtes Marktverhalten knüpfen.

[3] § 8 Abs. 4 UWG

§ 8 Abs. 4 UWG normiert einen individuellen Missbrauchstatbestand, der dem gegen unzulässige geschäftliche Handlungen gerichteten Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG entgegengesetzt werden kann und damit einen stark begrenzten Anwendungsbereich hat:

Die Geltendmachung eines Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 UWG *»ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen* (§ 8 Abs. 4 UWG).

§ 8 Abs. 4 UWG dient ausweislich seines Wortlautes insbesondere der Abwehr der missbräuchlichen Abmahnpraxis, die nur dazu dienen soll, Aufwendungsersatz- oder Rechtsverfolgungskostenersatzansprüche entstehen zu lassen. Die Norm sanktioniert die aus verwerflichen Motiven erfolgende Abmahnung (zur Motivkontrollfunktion § 3 F.II.3.d.cc.).

[4] § 2 Abs. 3 UKlaG

Die Regelung in § 2 Abs. 3 UKlaG ist nahezu wortgleich mit dem in § 8 Abs. 4 UWG geregelten Missbrauchsverbot, so dass beide Vorschriften

190 BFH 29.5.2008 – IX R 77/06 – DStR 2008, 1586 f. m.w.N.
191 BFH 19.8.1999 – I R 77/96 – DStR 1999, 1849, 1850.

entsprechend auszulegen sind.[192] Der Rechtsmissbrauchseinwand ist folglich dem von einer anspruchsberechtigten Stelle nach § 3 UKlaG geltend gemachten Unterlassungsanspruch entgegenzuhalten, wenn letzterer von einem verwerflichen Motiv getragen ist.

b. Kein pauschales gesetzliches Missbrauchsverbot

Ein pauschales gesetzliches Missbrauchsverbot, wie es beispielsweise das schweizerische ZGB in seinem Art. 2 enthält (*Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz*), kennt die deutsche Rechtsordnung nicht.

Ein allgemein normiertes Rechtsmissbrauchsverbot steigerte die Effektivität der Missbrauchsbekämpfung nicht. Die Regelung litte an demselben Mangel, an dem spezialgesetzliche oder allgemeine Umgehungsverbote leiden. Sie verkäme zur petitio principii. Eine solche Norm kann als Bekenntnis gegen Rechtsmissbrauch verstanden werden, Rechtsfolgen lassen sich aus ihrem »Tatbestand« nicht ableiten.

Das spezialgesetzliche Missbrauchsverbot des § 42 AO bestätigt die mit normierten Missbrauchsverboten verbundene Zirkelschlussgefahr (soeben § 3 C.IV.1.a.cc.[1].).[193]

2. § 242 BGB als Fundament der heutigen Rechtsmissbrauchslehre

Da die deutsche Rechtsordnung ein pauschal normiertes Rechtsmissbrauchsverbot nicht kennt, bleiben zwei Möglichkeiten, ein solches zu begründen. Entweder erkennt man den Rechtsmissbrauch als eigenständiges, ungeschriebenes Rechtsinstitut an oder verankert ihn in Generalklauseln.

a. Herrschende Meinung

Die heute absolut herrschende Ansicht stützt den Rechtsmissbrauch auf die Generalklausel des § 242 BGB, auch wenn dieser nach seinem dafür zu eng geratenen Wortlaut (*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*) nur die Art und Weise der Leistungsbewirkung (und nicht die Ausübung subjektiver Rechte) regelt.[194]

192 *Köhler*/Bornkamm, § 2 UKlaG Rn. 23.
193 Zu dieser auch *Leisner-Egensperger*, DStZ 2008, 358, 359 ff.
194 *Wolf/Neuner*, BGB AT, Rn. 81.

Tatsächlich wird der Wortlaut des § 242 BGB weitgehend ignoriert, weil eine Subsumtion unter den Tatbestand kaum möglich ist.[195] Allein die Begriffe »Treu und Glauben« dienen als Anknüpfungspunkt richterlicher Rechtsfortbildung und der durch jene entwickelten Fallgruppen.[196]

b. Gegenansicht

Die Gegenansicht *Teichmanns*, die im Verbot des Rechtsmissbrauchs ein eigenes Rechtsinstitut sieht, das auf einem allgemeinen Prinzip beruht, hat heute kaum noch Anhänger. Nach seiner Ansicht »handelt es sich bei dem Mißbrauchsverbot um ein eigenständiges, systematisch zum Allgemeinen Teil des BGB gehörendes Rechtsinstitut, das über die Stellung in einer Sonderbeziehung hinaus alle Rechte erfaßt und von dem aus lediglich Wertungsbrücken zu dem Grundsatz von Treu und Glauben bestehen«.[197]

c. Stellungnahme

Die Unterschiede zwischen der Verankerung in § 242 BGB einerseits und einem eigenständigen Rechtsinstitut andererseits sind nicht zu überschätzen. Auch die herrschende Meinung nimmt die Begriffe »Treu und Glauben« nur als Ausgangspunkt der Systematisierung. Die beiden Theorien haben keine divergierenden Maßstäbe, um einen Rechtsmissbrauch zu identifizieren.

Für die Ansicht *Teichmanns* spricht die tatsächliche Ausweitung des Missbrauchsverbotes auf alle Rechtsgebiete. Weiterhin ließe sich die Innentheorie (§ 3 A.IV.1.b.) als Argument für ein allgemeines Prinzip des Rechtsmissbrauchs anführen. Für den Rückgriff auf § 242 BGB spricht, dass das Rechtsmissbrauchsverbot jedenfalls im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses mit dem Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB in Zusammenhang steht.[198]

Auf eine Entscheidung kommt es nicht an. Wer § 242 BGB als Rechtsgrundlage anerkennt, hat damit wegen dessen unergiebigen Wortlauts nichts gewonnen und umgekehrt. Missbrauchsbezogener Erkenntnisgewinn, Transparenz, Vorhersehbarkeit oder richterliche Legitimation sind mit § 242 BGB ebenso wenig verbunden wie mit einem allgemeinen Prinzip des Rechtsmissbrauchs.

195 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 2.
196 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 5.
197 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 274.
198 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 214.

Dem Rechtsanwender und der Rechtsentwicklung bleibt allein, die gebildeten Fallgruppen zu kategorisieren, auf ihre verallgemeinerungsfähigen Wertungskriterien zu untersuchen und zu systematisieren.[199]

D. Kategorisierung des Rechtsmissbrauchs

Die heute herrschende Ansicht unterscheidet im Anschluss an *Josef Esser*[200] und *Ludwig Raiser*[201] zwischen individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch.[202] Individueller Rechtsmissbrauch knüpft an eine Einzelfallabwägung an, während der institutionelle Rechtsmissbrauch an die »untragbaren« Ergebnisse anknüpft, die sich aus den Rechtsfolgen eines Rechtsinstituts oder einer Rechtsausübung ergeben.[203]

I. Individueller Rechtsmissbrauch

Der auf die Ausübung subjektiver Rechte bezogene individuelle Rechtsmissbrauch knüpft an das individuelle Verhalten des Rechtsausübenden an.

Der Verstoß gegen Treu und Glauben folgt aus einer Interessenabwägung im Einzelfall.[204] Der Rechtsausübende bewegt sich im Rahmen des Wortlautes einer Norm, verletzt dabei aus einzelfallbezogenen, in seiner Person liegenden Gründen, die Interessen anderer.[205]

1. Primäres Schutzobjekt: Gegner der Rechtsausübung

Der individuelle Rechtsmissbrauch als Garant der »Grundwerte der Sozialmoral« steht in einem engen Zusammenhang mit gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB), die sich aus einem Schuldver-

199 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 4.
200 Zuletzt etwa *Esser/Schmidt*, SR I AT I, § 10 III.
201 *Raiser*, summum ius, S. 145, 151 ff.
202 Allg. Meinung: BGH 22.5.1989 – II ZR206/88 – NJW 1989, 2689, 2691 f.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 217 m.w.N.; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 27 und 205; Soergel/*Teichmann* § 242 Rn. 13 ff.; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 40; Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 51; HK-BGB/*Schulze*, § 242 Rn. 22; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 34; *Bokelmann*, BB 1972, 733, 737.
203 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 217.
204 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 217; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 205; NK-BGB/*Krebs*, § 242 Rn. 69; Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 49 ff.
205 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 25.

hältnis oder einer rechtlichen Sonderverbindung ergeben.[206] Er zielt mit seiner Interessenbewertung primär auf Gegnerschutz. Sekundär verteidigt der individuelle Rechtsmissbrauch den Geltungsanspruch der Rechtsordnung.

Ob Gegnerschutz im Einzelfall geboten ist, folgt aus der Bewertung der gegenläufigen rechtlich geschützten Interessen, an deren Anfang das Prinzip der Risikozuordnung[207] steht. Nach jenem Prinzip hat der erste Schritt der Interessenabwägung in einer Prüfung zu bestehen, ob ein Nachteil verteilungswürdig ist oder allein in den Risikobereich einer Partei fällt.[208]

Weil der Rechtsmissbrauch »rechtsethische Notwendigkeiten« betrifft, ist weiterhin das Verschuldensprinzip[209] zu berücksichtigen, nach welchem auch subjektive Elemente berücksichtigungsfähig sind. Relevant ist jenes Prinzip vor allem für Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs, die nicht allein an objektive Interessenbewertung (atypische Interessenlage), sondern an das konkrete Verhalten des Rechtsausübenden anknüpfen.[210]

2. Fallgruppen des individuellen Rechtsmissbrauchs

Rechtsprechung und Literatur behelfen sich mit Fallgruppen, deren gemeinsamer Nenner die Arglist ist. Jene sind notwendig, um den Rechtsmissbrauch handhabbar zu machen, weil es an einem subsumtionsfähigen Tatbestand fehlt und die Definitionsversuche für die konkrete Rechtsfindung untauglich sind (§ 3 A.).

Die Fallgruppen wirken regelbeispielsähnlich. Sie beruhen auf individualisierender Interessenwertung, die zu »angemessenen« Ergebnissen führen soll. Eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist diese Interessenabwägung nicht. Solche wäre mit der Privatautonomie nicht vereinbar. Der Rechtsmissbrauchseinwand ist auf Ausnahmefälle beschränkt. Allgemeine Billigkeitserwägungen finden keine Berücksichtigung, da der Richter die Interessenbewertung extensivierte und gegen seine Gesetzesbindung verstieße.[211]

206 *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 13; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 214.
207 Dazu: *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 479 ff.
208 Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 19; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 50.
209 Dazu: *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 476 ff.
210 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 222; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 206.
211 *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 688; *Köhler*, BGB AT, § 17 Rn. 39.

Der individuelle Rechtsmissbrauch lässt sich in drei (Ober)Kategorien einteilen:[212] den Rechtsmissbrauch aufgrund früheren unredlichen Verhaltens (*exceptio doli praeteriti*), den Rechtsmissbrauch aufgrund gegenwärtigen unredlichen Verhaltens (*exceptio doli praesentis*) und zuletzt den Rechtsmissbrauch aufgrund widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*).

a. Das frühere unredliche Verhalten

In den Fällen der vergangenen Arglist beruht der Rechtsmissbrauchseinwand auf dem in den §§ 162, 817 Satz 2, 861 Abs. 2 BGB enthaltenen rechtsethischen Prinzip, dass niemand einen Vorteil aus einer treuwidrig herbeigeführten Lage ziehen darf (*turpitudinem suam allegans non auditur*).[213]

aa. Die Unterfallgruppen des früheren unredlichen Verhaltens

Das frühere unredliche Verhalten kann nach h.M. auf drei Arten verwirklicht werden: Einem unredlichen Erwerb der eigenen Rechtsstellung (Rechtsgedanke des § 162 Abs. 2 BGB[214]), der unredlichen Vereitelung von Gegnerrechten (Rechtsgedanke der §§ 162 Abs. 1, 815 BGB[215]) und im Einzelfall einem eigenen gesetzes- oder vertragswidrigen Verhalten (auch sog. *tu quoque-Einwand*).[216]

[1] Unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung

Wird ein Vertrag in missbilligenswerter Weise geschlossen, z.B. durch Missbrauch der Vertretungsmacht (Kollusion), kann der Rechtsdurchsetzung aus diesem Vertrag der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengehalten werden.[217] Dem Vertragspartner des Vertretenen würde sein eigenes rechtsuntreues Verhalten (die Beteiligung an der Kollusion) zum Vorteil gereichen, wenn er den zustande gekommenen Vertrag ungehindert durchsetzen könnte.

---

212 Die Einteilung folgt der herrschenden Meinung: *Teichmann*, JA 1985, 497, 498 ff.; Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 27 und Rn. 274 ff.; *Bork*, BGB AT Rn. 349 ff.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 234 ff.; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 235 ff.; *Zimmermann*, Rechtsmißbrauchsverbot, S. 133 ff.

213 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 234; *Esser/Schmidt*, SR I AT I, S. 179; *Wieacker*, S. 31 ff.

214 Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 45.

215 Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 46.

216 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 281 ff.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 234 ff.; *Wieacker*, S. 30 f.

217 BGH 30.1.2002 – IV ZR 23/01 – NJW 2002, 1497, 1498.

[2] Unredliche Vereitelung von Gegnerrechten

Das Lehrbuchbeispiel der unredlichen Vereitelung von Gegnerrechten ist die Vereitelung des Zugangs von Willenserklärungen.[218] Wer den Zugang einer Willenserklärung in missbräuchlicher Weise verhindert, kann sich gegenüber dem Erklärenden nicht darauf berufen, dass die Willenserklärung nicht wirksam zugegangen ist.[219]

[3] Eigenes gesetzes- oder vertragswidriges Verhalten

Ein eigenes gesetzes- oder vertragszweckwidriges Verhalten (Einwand der »unclean hands«[220] oder »equity must come with clean hands«[221]) begründet den Rechtsmissbrauchseinwand nicht ohne weiteres, sondern bedarf ebenso einer Interessenabwägung, weil das BGB rechtsuntreues Verhalten nicht generell sanktioniert.[222]

So urteilte der BGH am 28.10.2009[223] zur eigenen Vertragsuntreue des Rechtsausübenden:

> »Nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten führt stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung. Lässt sich [...] ein solches zielgerichtet treuwidriges Verhalten nicht feststellen, so muss durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob und inwieweit einem Bet. die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll. [...] Dies muss umso mehr gelten, wenn beiden Seiten ein Rechtsverstoß zur Last fällt.«

Spezialfall des eigenen gesetzes- oder vertragswidrigen Verhaltens ist der sog. *tu quoque-Einwand*, wonach es dem Gegner verwehrt ist, sich gerade mit jenem Rechtssatz zu verteidigen, den er selbst ebenso wenig einhält.[224]

So konnte nach altem Schuldrecht demjenigen, der von einem gegenseitigen Vertrag zurücktreten wollte, der *tu-quoque-Einwand* entgegengehalten werden, wenn der Zurücktretende seiner eigenen Leistungspflicht nicht nachkam, weil nur demjenigen ein Rücktrittsrecht zustehen sollte, der sich selbst vertragstreu verhielt.[225] Jener Beispielsfall hat seit der Schuldrechtsreform einen verminderten Anwendungsbereich: Das kodifi-

---

218 Dazu MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 278; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 46.
219 BGH 3.11.1976 – VIII ZR 140/75 – NJW 1977, 194, 195.
220 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 286.
221 *Wieacker*, S. 31.
222 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 250 ff.; Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 287; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 46.
223 BGH 28.10.2009 – IV ZR 140/08 – NJW 2010, 289, 290 f.
224 *Wieacker*, S. 31.
225 So noch BGH 13.11.1998 – V ZR 386/97 – NJW 1999, 352 f.

zierte Leistungsstörungsrecht ist vorrangig und enthält mit den §§ 323 Abs. 6, 324, 314 BGB vorrangige Sonderregelungen.[226] Insbesondere in § 323 Abs. 6 BGB lässt sich die Interessenbewertung, die eine eigene Vertragstreue des Gläubigers berücksichtigt, verorten.[227]

Bestehen keine vorrangigen Sonderregelungen, ist der *tu-quoque-Einwand* zu berücksichtigen. Es entspricht ohne weiteres der Wertung des § 162 BGB, aus einem eigenen rechtswidrigen Verhalten keinen Vorteil ziehen zu dürfen.

bb. § 162 BGB als Sonderfall des treuwidrigen Verhaltens

Wie das Schikaneverbot trifft § 162 BGB eine mit § 242 BGB eng verwandte Regelung. Der in § 162 BGB enthaltene Rechtsgrundsatz, nach dem niemand aus einem treuwidrigen Verhalten Vorteile ziehen können soll, ist Ausprägung des § 242 BGB.[228] § 162 BGB ist spezialgesetzliche Ausprägung der individuellen Missbrauchskategorie »Vereitelung von Rechten der Gegenpartei«.[229] Eine erhebliche Bedeutung genießt die auf den in § 162 BGB enthaltenen Rechtsgrundsatz gestützte analoge Anwendung der Norm, bei der sich ähnliche Fragen stellen wie beim Rechtsmissbrauch. So stellt der Wortlaut des § 162 BGB mit den Begriffen »Treu und Glauben«, die sich auf eine Interessenabwägung beziehen, eine Verbindung zu dem sich aus Treu und Glauben ergebenden Rechtsmissbrauchseinwand her. Entsprechend sind die in § 162 BGB getroffenen Wertungen im Rahmen des Rechtsmissbrauchseinwands berücksichtigungsfähig.

Gleichzeitig ist der Bereich, in dem eine analoge Anwendung des § 162 BGB möglich ist, deutlich einzugrenzen. Denn der Zweck des § 162 BGB besteht darin, den Regelungswillen der Parteien (bei bedingten Geschäften) zu flankieren, nicht hingegen in allgemeiner Billigkeitskontrolle.[230] Auch § 162 BGB bzw. seine analoge Anwendung dürfen nicht dazu verleiten, persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen zur Durchsetzung zu verhelfen und Ergebnisse zu erreichen, die bei wortlautstrenger Gesetzesanwendung nicht zu erreichen sind.[231]

226 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 250 f.; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 47.

227 MünchKommBGB/*Ernst*, § 323 Rn. 257.

228 BAG 12.12.2007 – 10 AZR 97/07 – NJW 2008, 872, 876 f.; Staudinger/*Bork*, § 162 Rn. 15; HK-BGB/*Dörner*, § 162 Rn. 1; MünchKommBGB/*H.P.Westermann*, § 162 Rn. 18; Jauernig/*Mansel*, § 162 Rn. 3; Erman/*Armbrüster*, § 162 Rn. 1; Palandt/*Ellenberger*, § 162 Rn. 6.

229 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 277; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 245.

230 MünchKommBGB/*H.P.Westermann*, § 162 Rn. 3, 18.

231 Deutlich zur Gefahr einer ergebnisorientierten Rechtsfindung, die sich auf das Gerechtigkeitsgefühl stützt: MünchKommBGB/*H.P.Westermann*, § 162 Rn. 18.

In seinem Anwendungsbereich ist § 162 BGB als spezialgesetzliche Regelung gegenüber dem Rechtsmissbrauchseinwand vorrangig.

cc. Beispiel: Rechtsmissbrauch wegen pflichtwidrigen Unterlassens

Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs wegen eigenen gesetzes- oder vertragswidrigen Verhaltens ist der Rechtsmissbrauch wegen Unterlassens.

Rechtsausübung geschieht nicht nur durch aktives Tun, sondern ebenso durch Unterlassen.[232] Erkennt man mit der herrschenden Meinung an, dass durch Schweigen eine Willenserklärung abgegeben und damit ein Recht ausgeübt werden kann[233], ist es folgerichtig, die Möglichkeit des Rechtsmissbrauchs durch Unterlassen zu bejahen. Kommt dem Schweigen ein Erklärungswert zu, tritt es an die Stelle der ausdrücklichen Erklärung (»Schweigen an Erklärung statt«[234]). Ein Rechtsmissbrauch durch Unterlassen ist ohne weiteres möglich.

Der Rechtsmissbrauch knüpft in diesem Fall an pflichtwidrige Untätigkeit an.

[1] Pflichtwidriges Unterlassen nur bei Handlungspflicht

Der Vergleich zum Strafrecht zeigt, dass ein Unterlassen nur bei bestehender Handlungspflicht (Garantenstellung) pflichtwidrig ist. Eine Handlungspflicht ergibt sich für Fälle des *Rechtsmissbrauchs wegen Unterlassens* vor allem aus Gesetz oder Vertrag.

[2] Aufklärungspflicht als Ausnahmefall

Pflichtwidrige Untätigkeit betrifft vor allem den Themenkomplex der Aufklärungspflichten, bei denen sich im Nachhinein herausstellt, dass den Rechtsausübenden eine Informationspflicht getroffen hätte[235] und ihm deshalb aus Treu und Glauben die Berufung auf eine für ihn günstige Position versagt wird.

---

232 Z.B. die Fälle, in denen das Schweigen als Annahmeerklärung angesehen werden kann, dazu MünchKommBGB/*Busche*, § 147 Rn. 6 ff. m.w.N.

233 BGH 19.9.2002 – V ZB 37/02 – NJW 2002, 3629, 3630; Staudinger/*Singer*, Vor §§ 116 ff. Rn. 60; MünchKommBGB/*Armbrüster*, Vor §§ 116 Rn. 8 f.; Palandt/*Ellenberger*, Einf. v. § 116 Rn. 7 f.; *Flume*, BGB AT II, § 5 unter 2.; *P.Hanau*, AcP 165 (1965), 220, 222 ff.

234 Palandt/*Ellenberger*, Einf. v. § 116 Rn. 8 schreibt den Ausdruck *Karl Larenz* zu.

235 Zur Terminologie und der retrospektiven Betrachtungsweise bei Aufklärungspflichten: MünchKommBGB/*Bachmann/Roth*, § 241 Rn. 130; Staudinger/*Olzen*, § 241 Rn. 437 ff.; *Pohlmann*, Aufklärungspflichten, S. 29.

In einer privatautonomen Rechtsordnung hat jeder das Recht, sein Handeln primär nach seinen Interessen auszurichten und kann einen Informationsvorsprung zu seinem Vorteil nutzen.[236] Die Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners ist zwar von § 241 Abs. 2 BGB angeordnet; eine umfassende Verpflichtung auf die Interessen der anderen Vertragspartei, etwa sie umfassend aufzuklären, lässt sich daraus nicht ableiten. Normalfall einer liberalen Rechtsordnung ist, dass eine Partei die andere nicht zu ihrem eigenen Nachteil aufzuklären hat.[237] Insofern ist bei der Annahme einer Aufklärungspflicht Zurückhaltung geboten.[238]

Ob eine solche im Einzelfall besteht, lässt sich allein anhand einer Interessenabwägung beurteilen, bei der es maßgeblich auf Vertrauensschutzgesichtspunkte (*Medicus/Petersen*: Garantenstellung[239]) ankommt.[240] So bejaht der BGH eine Aufklärungspflicht im Rahmen einer Vertragsanbahnung, »wenn der andere Teil nach *Treu und Glauben* [Anm: Hervorhebung nur hier] unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung *redlicherweise* [Anm: Hervorhebung nur hier] die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind […]. Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können […]. Eine Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung kann auch dann vorliegen, wenn sie geeignet ist, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.« Aus diesem Grund ist beim Gebrauchtwagenkauf etwa über einen Unfall aufzuklären, in den der Wagen verwickelt war.[241]

[3] Verletzung der Aufklärungspflicht als Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauchs

Besteht ausnahmsweise eine Aufklärungspflicht, kommt ein Rechtsmissbrauch *wegen* Unterlassens in Betracht, wenn die aufklärungspflichtige Partei sich ihr Versäumnis zum Vorteil machen will. Das entspricht dem Rechtsgedanken des § 162 BGB, wonach niemand einen Vorteil aus einer selbst rechtswidrig herbeigeführten Lage haben soll.[242]

236 Staudinger/*Singer*, § 123 Rn. 10.
237 MünchKommBGB/*Bachmann/Roth*, § 241 Rn. 136.
238 Im Ergebnis ähnlich, aber mit der entgegengesetzten (und fragwürdigen) Begründung, dass Aufklärungspflichten sich zum Nachteil des Aufzuklärenden auswirken könnten, weil der Aufgeklärte für weniger schutzwürdig gehalten werde, *Grunewald*, AcP 190 (1990), 616 ff.
239 *Medicus/Petersen*, Rn. 150.
240 Staudinger/*Singer*, § 123 Rn. 11.
241 BGH 7.6.2006 – VIII ZR 209/05 – NJW 2006, 2839.
242 MünchKommBGB/*H.P.Westermann*, § 162 Rn. 18.

Darüber hinaus meinte der BGH, es sei im Einzelfall rechtsmissbräuchlich, ein Angebot anzunehmen, von dem der Annehmende wisse, dass es auf einem schwerwiegenden Kalkulationsirrtum beruhe, welcher den Anbietenden in erhebliche wirtschaftliche Bedrängnis brächte.[243] Selbst ohne positive Kenntnis von dem Kalkulationsirrtum könne aus dem Rechtsgedanken des § 162 BGB eine Obliegenheit des Angebotsempfängers folgen, sich positive Kenntnis über Umstände zu verschaffen, die ihn selbst benachteiligen.[244]

[4] Die pflichtwidrige Nichtaufklärung am Beispiel von Ausschlussklauseln im Arbeitsrecht

Der Rechtsmissbrauch wegen eines Unterlassens ist im Arbeitsrecht im Zusammenhang mit Ausschlussklauseln bekannt.

[a] Ansicht des BAG

Das BAG meint, ein Arbeitnehmer berufe sich missbräuchlich auf eine Ausschlussfrist, wenn er den Arbeitgeber nicht auf eine Zuvielzahlung (und mittelbar dessen Kondiktionsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) hinweise und ihn damit in eine einzel- oder tarifvertraglich geltende Ausschlussfrist laufen lasse.[245] Das gelte selbst dann, wenn der Arbeitnehmer allein die Zuvielzahlung, nicht aber den Irrtum des Arbeitgebers unmittelbar erkenne. Das folge aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers und seiner Pflicht, Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden. Habe der Arbeitnehmer diese Pflicht verletzt, könne er sich nicht auf eine Ausschlussfrist berufen (§ 242 BGB) und der Arbeitgeber die überzahlte Vergütung herausverlangen.[246]

[b] Einwände gegen die BAG Ansicht

Damit steht der aufmerksame Arbeitnehmer womöglich schlechter als der unaufmerksame, der nicht einmal die Zuvielzahlung bemerkt. Überspitzt gesagt, muss der Arbeitnehmer als Anwalt des Arbeitgebers auftreten. Auch droht die Ansicht des BAG, die fahrlässige Verletzung einer Aufklärungspflicht zu sanktionieren[247], denn auch dem Arbeitnehmer, der die

243 BGH 7.7.1998 – X ZR 17/97 – NJW 1998, 3192, 3194.

244 Im konkreten Fall offen gelassen BGH 7.7.1998 – X ZR 17/97 – NJW 1998, 3192, 3194 f.

245 BAG 23.5.2001 – 5 AZR 374/99 – AP Nr. 25 zu § 812 BGB; BAG 1.6.1995 – 6 AZR 912/94 – NZA 1996, 135, 136 f.

246 BAG 1.6.1995 – 6 AZR 912/94 – NZA 1996, 135, 136.

247 Für vorvertragliche Informationspflichten vertritt *Grigoleit* die These, dass nur deren vorsätzliche Verletzung eine Haftung auslösen könne, in: Vorvertragliche Informationshaftung, S. 16 ff.

Zuvielzahlung nicht bemerkt, würde das BAG wohl den Vorwurf machen, während des gesamten Laufs der Ausschlussfrist die Abrechnung des Arbeitgebers bzw. seinen eigenen Kontostand nicht überprüft zu haben.

[c] Zustimmende Würdigung der BAG-Ansicht

Freilich ist es gerade Voraussetzung einer jeden Aufklärungspflicht, über mehr Wissen zu verfügen als die andere Vertragspartei. Wer keinen Wissensvorsprung hat, hat keine Aufklärungspflicht. Außerdem entsteht dem Arbeitnehmer durch die Aufklärungspflicht kein reeller „Schaden", weil er die Zuvielzahlung ohne Rechtsgrund erlangt hat.

Allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer überspitzt gesagt als Anwalt des Arbeitgebers auftreten muss, spricht nicht gegen die Ansicht des BAG. Auf fremde Interessen Rücksicht zu nehmen, ist charakteristisch für jede Aufklärungspflicht.

So fordert darüber hinaus der BGH mit seiner Rechtsprechung zur Sekundärhaftung von Rechtsanwälten, die eigenen Interessen den Interessen der Gegenpartei unterzuordnen. Jene müssen Mandanten auch auf gegen sie selbst gerichtete Schadenersatzansprüche hinweisen.[248] Jene Rechtsprechung rechtfertigt sich dadurch, dass der Anwaltsvertrag von vornherein auf fremde Interessenwahrnehmung gerichtet ist und das Verhältnis von Anwalt und Mandant einer besonderen Treueprägung unterliegt.[249] Zumindest die besondere Treueprägung ist auch Bestandteil des Arbeitsverhältnisses.

Zuletzt spricht auch die Funktion der Ausschlussfrist dafür, dem Arbeitnehmer im Fall der vom Arbeitgeber nicht bemerkten Überzahlung, das Sich-Berufen auf die Ausschlussfrist zu versagen.[250] Die Ausschlussfrist legt die Rechtsdurchsetzungslast dem Anspruchsinhaber auf.[251] Sie regelt hingegen nicht das Rechtsexistenzrisiko.

[d] Verbleibender Widerspruch der BAG-Rechtsprechung

Während die Verletzung der auf § 241 Abs. 2 BGB gestützten arbeitnehmerseitigen Aufklärungspflicht die Berufung auf eine Ausschlussfrist hindern soll, gilt das nach Ansicht des BAG für eine Verletzung des § 2 Abs. 1 NachwG durch den Arbeitgeber und ein entgangenes Entgelt des

248 BGH 12.12.2002 – IX ZR 99/02 – NJW 2003, 822, 823.
249 MünchKommBGB/*Bachmann/Roth*, § 241 Rn. 137.
250 **A.A.** *Löwisch/Rieble*, TVG, Rn. 1761: »Die Ausschlußfrist verschärft nur das Überzahlungs- und Rückforderungsrisiko des Arbeitgebers.«
251 *Löwisch/Rieble*, TVG, Rn. 1637.

Arbeitnehmers nicht.[252] Gleichzeitig gesteht das BAG dem Arbeitnehmer einen Verzugsschadenersatzanspruch in Höhe des erloschenen Vergütungsanspruchs wegen Verletzung der Nachweispflicht zu und hilft dem Arbeitnehmer mit einer Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens über etwaige Kausalitätsprobleme hinweg.[253]

Warum die Verletzung einer auf der Treuepflicht basierenden Aufklärungspflicht einen Rechtsmissbrauch begründen kann und die Verletzung einer gesetzlichen Nachweispflicht nicht, erschließt sich nicht.

b. Das gegenwärtige unredliche Verhalten

Die Fälle des gegenwärtigen unredlichen Verhaltens bilden die mit Abstand größte Fallgruppe des individuellen Rechtsmissbrauchs. Zu ihnen existieren zahlreiche, teilweise uneinheitlich benannte Unterfallgruppen.

So gehören zu den Fällen gegenwärtigen unredlichen Verhaltens jene Rechtsausübungen, bei denen der Rechtsausübende gar kein, ein sehr geringfügiges oder ein nicht schutzwürdiges Eigeninteresse an der Rechtsausübung hat, die Geltendmachung des Rechts unverhältnismäßig, gesetzes- oder vertragszweckwidrig ist.[254]

aa. Fehlendes, geringfügiges, nicht schutzwürdiges Eigeninteresse und Unverhältnismäßigkeit

Zentrale Unterfallgruppe des gegenwärtigen arglistigen Verhaltens ist die des fehlenden, geringwertigen, nicht schutzwürdigen Eigeninteresses.

[1] Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses

Fehlt ein schutzwürdiges Eigeninteresse des Rechtsausübenden, ist die Nähe zum Schikaneverbot des § 226 BGB offenkundig.

Auch das Schikaneverbot beruht auf einer Interessenabwägung im Einzelfall: Ob sein Tatbestand gegeben ist, hängt davon ab, ob der Rechtsausübende ein Interesse an der Rechtsausübung haben kann. Falsch wäre es deshalb, das Schikaneverbot als *institutionellen* Rechtsmissbrauch anzusehen.[255]

252 BAG 17.4.2002 – 5 AZR 89/01 – NZA 2002, 1096, 1098; BAG 5.11.2003 – 5 AZR 676/02 – NZA 2005, 64, 65; **a.A.** LAG SH 8.2.2000 – 1 Sa 563/99 – NZA-RR 2000, 196.

253 BAG 17.4.2002 – 5 AZR 89/01 – NZA 2002, 1096, 1098 f.

254 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 290 ff.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 255 ff.

255 So aber *Bokelmann*, Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts, S. 133 ff.

Der Rechtsmissbrauchseinwand fungiert als Auffangfallgruppe für die Fälle, die den engen Tatbestand des § 226 BGB wegen des dort geforderten Ausschließlichkeitskriteriums nicht erfüllen.[256] § 226 BGB ist *lex specialis* zur Fallgruppe des gegenwärtigen arglistigen Verhaltens wegen fehlenden oder geringwertigen Eigeninteresses.

[2] Beispiel: Dolo agit qui petit quod statim redditurus est

So ist der sog. Dolo-agit-Einwand (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*) ein Fall objektiv fehlenden Eigeninteresses, weil niemand ein Interesse daran haben kann, etwas zu verlangen, was er ohnehin sofort zurückzugewähren hat.[257] Bereits die objektiv gegenüberstehenden Interessen begründen den (individuellen) Rechtsmissbrauch.

[3] Geringwertiges und nicht schutzwürdiges Eigeninteresse

Eine Bewertung der widerstreitenden, vor allem grund- (und unions)rechtlich geschützten Interessen (mittelbare Drittwirkung), erfordert die Fallgruppe des geringfügigen oder nicht schutzwürdigen Eigeninteresses, bei welcher der Rechtsausübende zwar ein Eigeninteresse hat, das Interesse seines Gegners aber derart überwiegt, dass eine Geltendmachung treuwidrig wäre und zu einem schlechthin unerträglichen Ergebnis führte.[258]

[4] Die Unverhältnismäßigkeit

Vom Rechtsmissbrauch wegen eines geringwertigen Eigeninteresses kaum zu trennen ist die unverhältnismäßige Rechtsausübung, weil beide Unterfallgruppen auf Interessenabwägung beruhen.

Rechtsmissbräuchlich ist die Rechtsausübung, die der Gegenpartei unverhältnismäßige Nachteile zufügt, obwohl dem Rechtsausübenden mildere, gleich effektive Mittel zur Erreichung seiner Interessen zur Verfügung gestanden hätten (Übermaßverbot).[259]

Die von *Medicus* geäußerte Kritik[260], nach der sich das Schuldrecht durch eine ausufernde Verhältnismäßigkeitsprüfung von der Privatautonomie

256 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 258; Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 81; Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 298.
257 *Hohmann*, JA 1982, 112, 114; Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 298 ff.
258 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 262 ff.; Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 80 ff. mit umfangreichen Nachweisen mangelnder Schutzwürdigkeit in Rn. 91 ff.
259 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 417; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 54.
260 *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie, passim.

verabschiedet, ist hier sehr ernstzunehmen: In einer privatautonomen Rechtsordnung wird es stets Ungleichgewichte geben – auch »verdiente«.[261] Allein aus einem festgestellten Ungleichgewicht oder einer gestörten Vertragsparität lassen sich sinnvoll keine Rechtsfolgen ableiten.[262] Das Argument des Rechtsmissbrauchs lässt sich mit gestörter Vertragsparität nicht begründen (noch § 3 F.III.1.c.).

Andererseits lässt sich spätestens seit der Schuldrechtsreform nur schwer bestreiten, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip partiell im Schuldrecht angelegt ist. Die §§ 281 Abs. 1 Satz 3, 320 Abs. 2, 323 Abs. 5 Satz 2 BGB sind nur einige Vorschriften, die dieses Verhältnismäßigkeitsprinzip widerspiegeln.[263] Ein allgemeines Prinzip, nach dem jede Rechtsausübung auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen wäre, folgt daraus freilich nicht.[264] Das Übermaßverbot ist zurückhaltend zu handhaben. Allein bei gravierender Diskrepanz zwischen den jeweils grundrechtlich geschützten Interessen kann es gegen die Rechtsausübung in Stellung gebracht werden.

bb. Die zweckwidrige Rechtsausübung

Anders als in Dolo-agit-Fällen, in denen die objektive Interessenabwägung den Rechtsmissbrauch begründet, knüpft die Unterfallgruppe der gesetzes- bzw. vertragsfremde Zwecke verfolgenden Rechtsausübung im Rahmen der Interessenabwägung (auch) an subjektive Merkmale an:

Sowohl die objektive Zweckverfehlung als auch die vom »falschen« Motiv getragene Rechtsausübung können den Missbrauchsvorwurf begründen. Die Missbrauchskontrolle sanktioniert hier die subjektive (Fehl)Einstellung des Rechtsausübenden (zur beschränkten Motivkontrollfunktion § 3 F.II.3).

[1] Beispiele der subjektiven Verfehlung des Gesetzeszwecks

So hat der BGH schon früh Antrag auf Aufhebung der Ehe wegen arglistiger Täuschung nach dem alten § 33 EheG als unzulässige Rechtsausübung angesehen, wenn der Aufhebungstatbestand zwar objektiv gegeben war, der Antragsteller indes bezweckte, sich einer neuen Frau zuzuwenden. Demnach kann der Zweckwidrigkeits- und damit Missbrauchsvorwurf nicht allein anhand objektiver Merkmale, sondern auch anhand der Motive des Rechtsausübenden begründet werden.[265]

261 Instruktiv *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie, S. 21 f.
262 Zu Recht *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie, S. 19 ff.
263 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 277 m.w.N.
264 Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 54.
265 BGH 21.2.1952 – IV ZR 120/51 – NJW 1952, 701 f.

Die aktienrechtliche Anfechtungsklage gegen Hauptversammlungsbeschlüsse mit dem einzigen Ziel, sich das Anfechtungsrecht abkaufen zu lassen (ausführlich § 3 F.II.3.e.bb.[2].), ist nach Ansicht des BGH ebenso ein Fall des individuellen Rechtsmissbrauchs, in dem gesetzesfremde Zwecke zu sanktionieren sind.[266]

Beide Beispielsfälle werfen die Frage nach subjektiver Zweckbindung von Rechten auf, die allein eine Motivkontrolle rechtfertigte (dazu noch § 3 F.II.3.e.).

[2] Beispiel der Vertragszweckverfehlung

Ein Beispiel der Vertragszweckverfehlung findet sich in der Rechtsprechung des BGH zur Ehegattenbürgschaft. So hat der BGH eine unzulässige, weil vertragsfremde Zwecke verfolgende Rechtsausübung darin gesehen, eine Bürgin in Anspruch zu nehmen, die nie zu Vermögen gelangt war, weil die Bürgschaft (der Ehegattin) nur dazu dienen sollte, den Gläubiger vor einer Vermögensverlagerung zu schützen. Der Gerichtshof führte aus[267]:

> »Die Ausübung gesetzlicher oder vertraglicher Rechte ist ausnahmsweise nicht gestattet, wenn sie dem Zweck der Norm oder der getroffenen Vereinbarung eindeutig nicht entspricht sowie beachtliche Belange des anderen verletzt und der Berechtigte kein schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung des erhobenen Anspruchs hat.«

c. Das widersprüchliche Verhalten

Die dritte Fallgruppe des individuellen Rechtsmissbrauchs bildet das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.

aa. Übergeordnetes Prinzip

Das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens ist übergeordnetes rechtsethisches Prinzip, das die ganze Rechtsordnung durchzieht und sich auch in anderen Rechtsordnungen findet.

So ähnelt das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens dem im Unions- und Völkerrecht bekannten Estoppel-Prinzip.[268]

---

266 Dazu BGH 22.5.1989 – II ZR 206/88 – NJW 1989, 2689, 2691 f.

267 BGH 23.1.1997 – IX ZR 69/96 – NJW 1997, 1003, 1004.

268 Beispielsweise im Fall der umgekehrt vertikalen unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, vgl. Calliess/Ruffert/*ders.*, Art. 288 AEUV Rn. 57; Schlussanträge des GA *Mazak* in der Rechtssache »Griechenland/Kommission« v. 8.5.2008 – C-203/07 – Slg. 2008, I-8161 Rn. 81.

bb. Ausnahmecharakter des venire contra factum proprium

Die Fallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) verdeutlicht den Ausnahmecharakter des Rechtsmissbrauchs. Denn im Grundsatz lässt die Rechtsordnung widersprüchliches Verhalten zu. Privatautonomie gewährleistet das Recht des Einzelnen, seine Meinung und Rechtsansichten zu ändern.[269] Ausnahmen sind nur zu machen, ein Widerspruch zwischen früherem und gegenwärtigem Verhalten mithin rechtsmissbräuchlich und unzulässig, wenn der Rechtsausübende einen Vertrauenstatbestand gesetzt hat[270] oder besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen.[271]

cc. Interessenabwägung versus rechtsgeschäftlicher Verzicht

Wie bei allen Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs ist eine Interessenabwägung im Einzelfall maßgebend.[272] Die Gegenansicht *Wielings*[273], die das *venire contra factum proprium* rechtsgeschäftlich über einen Verzicht lösen wollte, hat sich zu Recht nicht durchgesetzt. Sie kann nicht nur die Fragen nach unverzichtbaren Rechten nicht beantworten.[274] Unverzichtbare Rechte sind dem *venire contra factum proprium* zugänglich.[275] Sie können etwa verwirkt werden.[276] Das rechtsgeschäftliche Konzept setzte weiterhin einen im Schuldrecht nach dem eindeutigen Wortlaut des § 397 Abs. 1 BGB (*Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt*) nicht vorgesehenen einseitigen Verzicht voraus.[277] Der Verzicht nach § 397 Abs. 1 BGB ist zweiseitiger Vertrag.

dd. Kriterien der Interessenabwägung

[1] Der gesetzte Vertrauenstatbestand

Damit ist entweder der gesetzte Vertrauenstatbestand in eine bestimmte Tatsachen- oder Rechtslage Anknüpfungspunkt, um den Handelnden an

269 BGH 5.6.1997 – X ZR 73/95 – NJW 1997, 3377, 3379.
270 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 287 ff.
271 BGH 5.6.1997 – X ZR 73/95 – NJW 1997, 3377, 3380 m.w.N.
272 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 289.
273 *Wieling*, AcP 176 (1976), 334 ff.
274 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 285.
275 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 293.
276 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 312.
277 Staudinger/*Rieble*, § 397 Rn. 6: »Der Wunsch nach Ausdehnung der Privatautonomie kann nicht am eindeutigen Wortlaut des § 397 vorbei.«; MünchKommBGB/*Schlüter*, § 397 Rn. 1.

seiner früheren Auffassung festzuhalten.[278] So handelt der Arbeitgeber rechtsmissbräuchlich, der sich auf den Verfall von Vergütungsansprüchen aufgrund Ausschlussfrist beruft, wenn er selbst die Untätigkeit des Arbeitnehmers veranlasst hat.[279]

[2] Der Selbstwiderspruch

Oder die Treuwidrigkeit des widersprüchlichen Verhaltens ergibt sich (auch ohne gesetzten Vertrauenstatbestand) aus anderen besonderen Umständen, beispielsweise einem nicht lösbaren Selbstwiderspruch[280]: So ist es unzulässig, im Schiedsgerichtsverfahren auf die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zu verweisen und im anschließenden Verfahren vor den ordentlichen Gerichten die Einrede des Schiedsvertrages zu erheben.[281]

ee. Die Verwirkung

Unterform des *venire contra factum proprium* ist die Verwirkung, bei welcher der Rechtsausübende sein Recht längere Zeit nicht ausgeübt hat und der Verpflichtete aufgrund besonderer Umstände davon ausgehen durfte, dass der Berechtigte sein Recht nicht mehr ausüben werde (Zeit- und Umstandsmoment).[282] Jene fordert mit dem Umstandsmoment neben dem Verstreichen einer bestimmten Zeit der Untätigkeit des Rechtsinhabers ebenfalls einen gesetzten Vertrauenstatbestand.[283]

II. Institutioneller Rechtsmissbrauch

Der institutionelle Rechtsmissbrauch, auch »Institutsmißbrauch«[284] oder »Normenmißbrauch«[285] genannt, bezieht sich auf den funktionswidrigen

278 *Teichmann*, JA 1985, 497, 500 f.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 296 f.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 290 ff.
279 BAG 5.6.2003 – 6 AZR 249/02 – NJOZ 2004, 1270, 1272 f.
280 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 296 ff.; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 319.
281 BGH 20.5.1968 – VII ZR 80/67 – NJW 1968, 1928, 1929.
282 BGH 19.12.2000 – X ZR 150/98 – BGHZ 146, 217, 220; *Köhler*, BGB AT, § 17 Rn. 42; *Wieacker*, S. 28; **a.A.** *Salzmann*, Die zivilrechtliche Verwirkung, S. 60 ff., der jene als eigenständige Fallgruppe des § 242 BGB ansieht; weitergehend *Deeg*, Die Verwirkung, S. 55 ff., der jene als eigenständiges von § 242 BGB gelöstes Rechtsinstitut ansieht.
283 *Esser/Schmidt*, SR I AT I, S. 176 f.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 304 ff.
284 *Raiser*, summum ius, S. 145, 164.
285 Soergel/*Teichmann* § 242 Rn. 13 ff.; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 34.

Einsatz einer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit, eines Rechtsinstituts oder einer Norm.[286]

1. Eingrenzende Definition

Der Rechtsausübende missbraucht eine Rechtsnorm oder eine rechtliche Gestaltungsmöglichkeit institutionell, wenn er sie objektiv (!) normzweck- oder sinnwidrig nutzt. Ein Verstoß gegen Sinn und Zweck ist gegeben, wenn die Rechtsfolgen, die sich aus dem Rechtsinstitut oder der Rechtsnorm ergeben, zu einem mit Treu und Glauben »unvereinbaren, schlechthin untragbaren Ergebnis« führen.[287] Das BAG definiert institutionellen Rechtsmissbrauch als »Ausübung von Ansprüchen außerhalb ihres sozialen Schutzzwecks oder des Schutzbereichs der anspruchsbegründenden Norm.«[288]

2. Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauchsvorwurfs

Der Vorwurf eines mit Treu und Glauben unvereinbaren Handelns folgt beim institutionellen Rechtsmissbrauch nicht aus Umständen, die in der Person des Rechtsausübenden liegen. Sinn, Zweck und Funktion der Rechtsnorm/des Rechtsinstituts sind Maßstab des institutionellen Rechtsmissbrauchs.[289] Der institutionelle Rechtsmissbrauch verlangt generalisierende Interessenabwägung, die gelöst von den auf Arglist basierenden Fallgruppen des § 242 BGB stattfindet.[290] Die generalisierende Interessenabwägung prüft, ob bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Rechtsausübung und das mit ihr erzielte Ergebnis noch vom Sinn der Norm erfasst ist.[291]

Der institutionelle Rechtsmissbrauch ist nicht nur bei der Ausübung subjektiver Rechte (z.B. kollektive Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB)[292], sondern bei jeder zweckwidrigen Nutzung von

286 Bereits BGH 12.7.1951 – III ZR 168/50 – BGHZ 3, 94, 103 f.; *Raiser*, summum ius, S. 145, 151 ff.; Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 14; *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 47; *Tamussino*, Umgehung, S. 112; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 40.

287 Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 51; Palandt/*Grüneberg* § 242 Rn. 40.

288 BAG 8.3.1984 – 6 AZR 600/82 – NZA 1984, 197, 199.

289 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 217; *Raiser*, summum ius S. 145, 151 ff., 163 f.; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 27 und 205.

290 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 14.

291 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 14.

292 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43; BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2009, 89, 94.

Normen, rechtlichen Instituten und Gestaltungen zu berücksichtigen (z.B. Missbrauch des Instituts »befristeter Arbeitsvertrag«).[293]

a. Sonderfall: Rechtsformenmissbrauch

Eine diskutierte Fallgruppe des institutionellen Rechtsmissbrauchs ist der sog. »Rechtsformenmissbrauch«.[294] Gemeint sind Fälle, in denen die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts (vermeintlich) zweckwidrig eingesetzt werden.[295] Das kann die Wahl einer bestimmten oder »atypischen« Gesellschaftsform betreffen, z.B. als Mitbestimmungs-[296] oder Haftungsvermeidungsstrategie (zumindest bis zur Trihotel-Doktrin des BGH[297]).

Inwiefern eine Gesellschaftsform indes objektiv zweckwidrig eingesetzt werden kann, erschließt sich nicht, weil im von Privatautonomie geprägten Gesellschaftsrecht in den Grenzen zwingenden Rechts und den §§ 134, 138 BGB umfassende Gestaltungsfreiheit möglich ist, die atypische Gestaltungsformen gestattet; ein Typenzwang kennt das Gesellschaftsrecht nicht.[298] Der subjektiv verfolgte Zweck einer gesellschaftsrechtlichen Gestaltung ist jedenfalls für den institutionellen Rechtsmissbrauch unbeachtlich.[299]

Andere[300] sehen den Rechtsformenmissbrauch als individuellen Rechtsmissbrauch (Fallgruppe der arglistigen Vereitelung von Gegnerrechten als Unterfall der exceptio doli praeteriti) und wollen die Zulässigkeit der Gestaltung von den mit ihr verfolgten Motiven abhängig machen.

293 *Raiser*, summum ius, S. 145, 151 ff. Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 14; *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 47; *Tamussino*, Umgehung S. 112; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 40.

294 Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 34 mit Hinweis auf »uneinheitliche Terminologie«.

295 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 281.

296 Dazu Ulmer/Habersack/Henssler/*Habersack*, MitbestR, § 1 DrittelbG Rn. 16, 10 m.w.N.

297 Zur auf § 242 BGB gestützten Durchgriffshaftung noch: BGH 4.5.1977 – VIII ZR 298/75 – NJW 1977, 1449 f.; diesen Ansatz hat der BGH aufgegeben und prüft seit der Trihotel-Entscheidung die Existenzvernichtungshaftung im Rahmen des § 826 BGB, BGH 16.7.2007 – II ZR 3/04 »Trihotel« – NJW 2007, 2689.

298 *K.Schmidt*, GesellschaftsR, § 5 III. 3.

299 *K.Schmidt*, GesellschaftsR, § 5 III. 3.

300 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 246; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 281.

Der Einsatz der SE (Societas Europaea) als Strategie, um Mitbestimmung zu vermeiden[301] oder Tendenzschutz beizubehalten[302], ist möglicherweise ein Gestaltungsmissbrauch der (vorbehaltlich § 43 SEBG) an institutionellen und individuellen Missbrauchsmaßstäben zu messen wäre (noch § 4 B.II.2.b.).

Institutioneller und individueller Rechtsmissbrauch schließen einander nicht aus (noch § 2 D.III.2.c.). Deswegen bleibt beim Rechtsformenmissbrauch, selbst wenn ein objektiv zweckwidriger Einsatz in Anbetracht der strengen gesetzlichen Vorgaben kaum möglich ist,[303] noch der Maßstab des individuellen Rechtsmissbrauchs. Darauf deutet auch § 43 SEBG hin, der seinem Wortlaut nach (und anders als der institutionelle Rechtsmissbrauch) auf das Motiv des Rechtsgestaltenden abstellt.[304]

b. Sonderfall: Steuerrechtlicher Gestaltungsmissbrauch

Der steuerrechtliche Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO lässt sich allenfalls dem institutionellen Rechtsmissbrauch zurechnen, da im Steuerrecht nicht das individuelle Fehlverhalten, sondern die zweckwidrige (unangemessene) Gestaltung sanktioniert wird.

c. Sonderfall: Kein institutioneller Missbrauch der Privatautonomie

Ein Sonderfall des institutionellen Rechtsmissbrauchs ist der »Missbrauch der Privatautonomie«.[305]

Bei der Unterkategorie des »Missbrauchs der Privatautonomie« wird die Gefahr des institutionellen Rechtsmissbrauchs besonders deutlich: Einer Norm oder einem Rechtsinstitut eine Funktion zuzuschreiben, die sie nicht hat bzw. die sich aus der Rechtsordnung nicht ableiten lässt, aber zu einem gewünschten, für zweckmäßig gehaltenen Ergebnis führt.[306]

aa. Vertragsfreiheit versus Zweckbindung

Jener »Missbrauch« ist atypisch, weil Vertragsfreiheit nicht »zweckentfremdet« oder »objektiv funktionswidrig« eingesetzt werden kann.[307] Frei-

301 Dazu *Rieble*, BB 2006, 2018; *ders.*, BB 2014, 2997; *Olbertz/Sturm*, GmbHR 2014, 1254.
302 Dazu *Rieble*, AG 2014, 224.
303 MünchKommAktG/*Jacobs*, § 43 SEBG Rn. 2a.
304 Ulmer/Habersack/Henssler/*ders.*, MitbestR, § 43 SEBG Rn. 7 m.w.N.; krit. zu Art. 11 SE-RL: *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 868 ff.
305 Zu diesem: *Mader*, Rechtsmißbrauch, S. 147.
306 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 50.
307 So auch *Mader*, Rechtsmißbrauch, S. 147.

heit und Zweckbindung sind Gegenspieler, weshalb die Vertragsfreiheit keine zweckgebundene Grenze kennt.[308] Eine Funktionszuweisung fehlt der Privatautonomie. Sie gilt umfassend und ist dem Einzelnen nicht mit einem immanenten Vorbehalt verliehen. Schranken der Privatautonomie sind Außenschranken in Gestalt von Verbotsnormen oder zwingenden Normen (etwa §§ 134, 138 BGB).

Auch wenn man den institutionellen Rechtsmissbrauch als Missbrauchskategorie anerkennt, hilft die Missbrauchsperspektive nicht, weil sich aus der Privatautonomie keine Kriterien für den Rechtsmissbrauch ableiten lassen.[309] Der Rechtsmissbrauch ist normgebunden. Wo keine Norm ist, die von ihr gewährte Befugnisse an Voraussetzungen bindet, kann keine Norm missbraucht werden. Alles andere wäre mit der Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs nicht zu vereinbaren. Wer meint, Privatautonomie dürfe nur »richtig« gebraucht werden, stellt sie damit zur Disposition.[310]

Zu Recht weist *Sieker* für die Umgehung darauf hin, dass selbst wenn man der Privatautonomie den immanenten Zweck zugestehen wollte, die Umgehung zwingender Normen durch Vertragsgestaltung zu verhindern, damit nichts gewonnen, vielmehr die Frage nach der Identifikation und Bewältigung von Umgehungskonstellationen neu gestellt wäre.[311]

bb. Umgehungsperspektive als Lösung

Die Lösung der Fälle, die unter dem Begriff »Missbrauch der Privatautonomie« diskutiert werden, ergibt sich aus der Umgehungsperspektive, denn bei Umgehungssachverhalten kommt es auf die Reichweite einer Verbotsnorm oder zwingenden Norm an.

Das illustrieren die Fälle der Umgehung des § 613a BGB durch Aufhebungsvertrag und Neuvertrag.[312] Schließt ein Arbeitnehmer mit dem Betriebsveräußerer einen Aufhebungsvertrag, um mit dem Betriebserwerber (meist einer Transfergesellschaft) einen neuen Arbeitsvertrag zu schlechteren Bedingungen einzugehen, wird der durch § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB angeordnete Übergang des unveränderten Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber vermieden. Für die Lösung dieser Fälle hilft die Missbrauchsperspektive nicht, weil die Möglichkeit, Aufhebungsverträge (und anschließend Neuverträge) zu schließen, an keine besonderen Vorausset-

308 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 17. Auch mit rechtsvergleichenden Hinweisen: *Mader*, Rechtsmißbrauch, S. 147 ff.; **a.A.** *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 400 ff.

309 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 48 ff.

310 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 50.

311 *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 14.

312 Dazu monographisch *Reiser*, Umgehung des § 613a durch Aufhebungsvertrag und Neuvertrag.

zungen gebunden, sondern Ausdruck privatautonomer Gestaltungsfreiheit ist. Es hilft nur die Umgehungsperspektive, namentlich die Reichweite der Verbotsnorm des § 613a Abs. 4 BGB bzw. der zwingenden Norm des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zu ermitteln.[313]

3. Beliebigkeit als Gefahr des institutionellen Rechtsmissbrauchs

Die Gefahr des institutionellen Rechtsmissbrauchs ist Beliebigkeit. Ob die Folgen einer Rechtsausübung zu mit Treu und Glauben unvereinbaren, schlechthin untragbaren Ergebnissen führen, lässt sich kaum vorhersagen. Ebenso unklar ist, wie weit der soziale Schutzzweck oder Schutzbereich einer Norm nach § 242 BGB reichen kann. Eine Eingrenzung des institutionellen Rechtsmissbrauchs muss sich an seinem Schutzobjekt orientieren (dazu sogleich) und ihn auf seine Funktionen untersuchen (§ 3 F.III.).

4. Geltungsanspruch der Rechtsordnung als Schutzobjekt des institutionellen Rechtsmissbrauchs

Da der Vorwurf aus »objektiver Zweckwidrigkeit« und nicht individuellem (Fehl-)Verhalten folgt, zielt der institutionelle Rechtsmissbrauch nicht primär auf Gegnerschutz. Er steht nicht in einem gleichermaßen engen Zusammenhang zu dem Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) wie der individuelle Rechtsmissbrauch.[314] Der institutionelle Rechtsmissbrauch schützt vorrangig den Geltungsanspruch der Rechtsordnung. Der Einwand greift, wenn die Rechtsordnung sich selbst keine Geltung verschaffen kann, weil ein Gesetz nach seinem Zweck eine Rechtsausübung nicht erfassen dürfte, sein Wortlaut die Rechtsausübung aber gestattet. Die Folgefrage, ob eine Norm – wie in Umgehungskonstellationen (§ 2 B.IV.) – dem Rechtsunterworfenen nicht aus eigener Kraft sagen müsste, ob sie Geltung beansprucht, drängt sich auf (dazu § 3 F.III.).[315]

III. Unschärfe der Missbrauchskategorien

Die hier vorgestellte Abgrenzung der Missbrauchskategorien ist freilich nicht immer trennscharf durchzuhalten. Die Rechtsprechung des BAG verdeutlicht, wie die Kategorien ineinander übergehen.

313 *Reiser*, Umgehung, passim.
314 Ähnlich MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 27 und 205.
315 So *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 77; ähnlich Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 14.

1. Beispiel: Institutionell rechtsmissbräuchliche Sachgrundbefristung

Der »Missbrauchsrechtsprechung« des BAG wirft *Greiner*[316] vor, nicht konsequent zwischen individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch bzw. objektiven und subjektiven Missbrauchskriterien zu unterscheiden und so Wertungskriterien miteinander zu vermengen. Während die institutionelle Rechtmissbrauchskontrolle, der Kettenbefristungen unterfallen, für die Frage des Missbrauchs allein auf objektive Kriterien abstellt, legt das BAG in den Fällen des Gestaltungsmissbrauchs zur Umgehung des Anschlussbefristungsverbotes nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einen subjektiven Maßstab an (ausführlich § 6 C.I.1.). Das stiftet Verwirrung: *Bruns* hält die Missbrauchsindizien in den (Sachgrund)Kettenbefristungsfällen nicht nur für willkürlich, sondern darüber hinaus für Aspekte des individuellen Rechtsmissbrauchs.[317]

2. Zweckwidrigkeit als bedingt geeignetes Unterscheidungskriterium

Ursächlich für die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch ist das Kriterium der Zweckwidrigkeit, weil in keiner der Kategorien ein Recht seinem Zweck gemäß ausgeübt wird. Zweckwidrigkeit lässt sich nicht allgemein einer Missbrauchskategorie zuordnen. Erkennt man mit der h.M. die Existenz von individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch an, gibt es sowohl individuelle als auch institutionelle Zweckentfremdung. Der Unterschied ist der Grund für das Missbrauchsurteil. Während letzteres beim individuellen Rechtsmissbrauch aus der Gesamtheit der Einzelfallumstände und damit auch der subjektiven Motivationslage des Rechtsausübenden folgen kann, folgt es beim institutionellen Rechtsmissbrauch allein aus der objektiv gewählten rechtlichen Gestaltung, ohne dass es auf die in der Person des Rechtsausübenden liegenden Umstände ankäme.

Für die Abgrenzung des individuellen vom institutionellen Rechtsmissbrauch sind der objektive Gesetzeszweck und der subjektive Zweck, den der Rechtsausübende verfolgt, zu unterscheiden.

a. Institutioneller Rechtsmissbrauch und Zweckwidrigkeit

Institutioneller Rechtsmissbrauch sanktioniert das Auseinanderfallen von Gestaltung oder Rechtsausübung und objektivem Gesetzeszweck bei objektiver Betrachtung:

316 *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990.
317 *Bruns*, NZA 2013, 769, 771 f.

Zieht man etwa die missbräuchliche Kettenbefristung heran (ausführlich dazu unten § 6 D.I.1.b.), findet dort objektive Zweck- oder Funktionskontrolle statt. Die Befristung des Arbeitsvertrages ist objektiv zweckwidrig und damit *institutionell* rechtsmissbräuchlich, wenn die Gesamtzahl und Gesamtdauer befristeter Arbeitsverträge zu hoch wird. Der (vermeintliche) Gesetzeszweck, eine (un)gewisse Gesamtzahl und –dauer befristeter Arbeitsverhältnisse zu verhindern, wird objektiv verfehlt, wenn das befristete Arbeitsverhältnis die Regel wird.

b. Individueller Rechtsmissbrauch und Zweckwidrigkeit

Die subjektive Zweckverfehlung, d.h. die Rechtsausübung aus dem »falschen« Motiv, kann nur der *individuelle* Rechtsmissbrauch sanktionieren. Freilich nicht voraussetzungslos. Subjektive Zweckverfehlung ist nur bei (auch negativer) subjektiver Zweckbindung eines Rechts möglich (zur subjektiven Zweckbindung als Voraussetzung der Motivkontrolle § 3 F.II.3.e.). So entschied das Reichsgericht bereits am 27. Juni 1919[318], dass es eine unzulässige Rechtsausübung sei, Aktien einer bestimmten Nummer statt angebotener gleichartiger Aktien herauszuverlangen, wenn die Aktien ohnehin wertlos seien, weil das Herausgabeverlangen subjektiv an den (negativen) Zweck gebunden sei, den Herausgabepflichtigen nicht zu schädigen.

c. Kein Exklusivitätsverhältnis von individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch

Individueller und institutioneller Rechtsmissbrauch schließen einander nicht aus. Ein und derselbe Sachverhalt kann sowohl einen institutionellen als auch einen individuellen Missbrauchstatbestand verwirklichen.

aa. Beispiel: Anfechtungsklage nach § 246 AktG

Das exemplifiziert der BGH geradezu lehrbuchhaft in einer Entscheidung zur missbräuchlichen Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen von Aktiengesellschaften: Der BGH prüfte zunächst die Argumente für einen institutionellen und anschließend die Argumente für einen individuellen Missbrauch des Anfechtungsrechts aus § 246 AktG.[319] Einen *institutionellen* Rechtsmissbrauch lehnte der BGH ab, weil der objektive Zweck der Anfechtungsklage (Kontrollzweck) trotz der normzweckfremden Motive des Anfechtungsklägers erreicht worden wäre. Der Kläger wollte sich die Anfechtungsklage »abkaufen« lassen. Das begründete einen *individuellen* Rechtsmissbrauch.

318 RG 27.6.1919 – VII 98/19 – RGZ 96, 184, 186.
319 BGH 22.5.1989 – II ZR 206/88 – NJW 1989, 2689, 2691 f.

bb. Beispiel: § 8 Abs. 4 UWG

Eine Parallele hierzu findet sich bei § 8 Abs. 4 UWG. Nach der Norm ist die Geltendmachung eines Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 UWG unzulässig, »wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen«. Bei den dort mit dem Missbrauchsverdikt belegten Abmahnern (oder Klägern) scheitert ein *institutioneller* Rechtsmissbrauch, weil der objektive Zweck der Abmahnung oder einer etwaigen Klage (Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs) erreicht wird. Das Missbrauchsurteil ergibt sich – schon nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut (»dazu dient«) – aus dem Motiv des Abmahnenden (oder Klägers).[320] Das ist *individueller* Rechtsmissbrauch.

So entschied der BGH am 6. April 2000[321], dass es missbräuchlich sei, wenn mehrere Konzernunternehmen, vertreten durch dieselbe Anwaltskanzlei eine Unterlassungsklage gegen einen Mitbewerber anstreben, weil diese Mehrfachverfolgung keine Vorteile bringen und nur dazu dienen konnte, den Unterlassungsschuldner mit höheren Kosten und Gebühren zu belasten.

cc. Beispiel: Dolo agit qui petit quod statim redditurus est

Esser, Schmidt und *Raiser* sehen den »Dolo-agit-Einwand« als institutionellen Rechtsmissbrauch: Die Sinnhaftigkeit einer Rechtsausübung (eine Forderung geltend zu machen) erscheine hier *per se* fragwürdig, da der *Zweck* der Forderungsgewährung unterlaufen werde[322] bzw. es an einem schutzwürdigen Interesse des Betroffenen fehle.[323] Ein fehlendes Eigeninteresse als Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauchs indiziert, dass eine individuelle Interessenabwägung stattfindet. Der Dolo-agit-Einwand ist daher mit der h.M.[324] als Fallgruppe des individuellen Rechtsmissbrauchs (gegenwärtiges arglistiges Verhalten) einzuordnen (oben § 3 D.I.2.b.aa.). Betroffen ist das allgemeine Prinzip, keine sinnlosen Leistungen zu fordern.

320 *Ohly*/Sosnitza, UWG, § 8 Rn. 158.
321 BGH 6.4.2000 – I ZR 76/98 – NJW 2000, 3566, 3568 ff. »Mißbräuchliche Mehrfachverfolgung«.
322 *Esser/Schmidt*, SR I AT I, S. 174.
323 *Raiser*, summum ius, S. 145, 151.
324 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 279; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 408 ff; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 52; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 39; *Teichmann*, JA 1985, 497, 499.

dd. Beispiel: Kollektiver Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB

Ob die kollektive Ausübung des Widerspruchrechts nach § 613a Abs. 6 BGB (ausführlich § 6 B.I.) ein *individueller* oder *institutioneller* Rechtsmissbrauch ist, wird unterschiedlich beurteilt: Eine Ansicht sieht im Kollektivwiderspruch einen individuellen Rechtsmissbrauch (Arg.: verwerfliches Motiv)[325], während das BAG[326] darin einen institutionellen Rechtsmissbrauch erblickt (Arg.: Zweckwidrigkeit).

Das BAG prüft zwar institutionellen Rechtsmissbrauch, legt dafür aber die Maßstäbe des individuellen Rechtsmissbrauchs an. Es zitiert § 226 BGB und das fehlende Eigeninteresse, benennt aber ausdrücklich den institutionellen Rechtsmissbrauch als Maßstab.[327] Sodann stellt das Gericht auf den subjektiven Zweck des Widersprechenden ab, führt mithin eine Motivkontrolle durch.[328]

3. Zwischenergebnis – Kategorisierung des Rechtsmissbrauchs

Es gibt den *institutionellen* Rechtsmissbrauch, bei dem es nur darauf ankommt, ob eine rechtliche Gestaltung oder Rechtsausübung objektiv mit dem Gesetzeszweck übereinstimmt. Daneben steht der *individuelle* Rechtsmissbrauch, bei dem das Missbrauchsverdikt aus den Umständen des Einzelfalls folgt und neben objektiven Umständen auch subjektive zu berücksichtigen sind. Abgrenzungsschwierigkeiten beruhen auf der Zweideutigkeit des Merkmals »Zweckwidrigkeit«: Es lässt eine subjektive Deutung zu, die auf das Motiv des Rechtsausübenden abstellt, und eine objektive Deutung, die nur Gesetzeszweck und Rechtsausübung bzw. rechtliche Gestaltung objektiv in den Blick nimmt.

Beiden Kategorien des Rechtsmissbrauchs kommt eine Flankierungsfunktion zu: Beim institutionellen Rechtsmissbrauch ist jene objektiv. Der individuelle Rechtsmissbrauch sanktioniert das Auseinanderfallen von Gesetzeszweck und Motivationslage des Rechtsausübenden, wenn das Gesetz eine Zweckbindung enthält. Darüber hinaus sichert der individuelle Rechtsmissbrauch rechtsethische Minima durch (eng begrenzte) negative subjektive Zweckbindung (ausführlich § 3 F.II.3.).

---

325 Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 94.
326 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43; BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2010, 89, 94.
327 BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2010, 89, 94.
328 Deutlich *Rieble*, NZA 2005, 1, 3.

E. Rechtsmissbrauch und Methodenlehre

Kommt dem Rechtsmissbrauchseinwand eine Funktion zu, die über die allgemeinen Regeln restriktiver Normauslegung hinausgeht?

Falls nicht, ist der Rechtsmissbrauchseinwand »echtes Auslegungsproblem des Willens der Rechtsordnung an Hand der rechtlichen Zielsetzung, orientiert an der Güte des möglichen Ergebnisses und den Abwägungen der Interessen, also [...] kein selbständiges Institut.« (*Schnorr von Carolsfeld*).[329]

I. Rechtsmissbrauch zwischen Gesetzestreue und Einzelfallgerechtigkeit

Die Rechtsmissbrauchslehre zielt darauf, einerseits im Einzelfall zu angemessenen, d.h. interessengerechten Ergebnissen zu kommen und andererseits das Recht möglichst vorhersehbar und sicher zu machen.

1. Gewaltenteilung und Gesetzesbindung des Richters

Die Existenz und Notwendigkeit einer missbrauchsbezogenen Methodenlehre, d.h. der Möglichkeit, über § 242 BGB Judikate zu rechtfertigen, die mit den herkömmlichen Instrumenten der Methodenlehre nicht zu erreichen sind, scheint niemand anzuzweifeln. Andererseits besteht Einigkeit, dass der Einwand des Rechtsmissbrauchs auf besonders gelagerte Ausnahmefälle zu beschränken[330] und nicht dazu gedacht ist, persönliche Gerechtigkeitsvorstellungen durchzusetzen. Dass § 242 BGB kein »ideologisches oder sozialpolitisches Programm zugrunde liegt«[331] und die Rechtsmissbrauchskontrolle keine interventionistische Rechtsfindung hergibt, ist eine Selbstverständlichkeit.

Der Rechtsmissbrauch mag für manchen ein willkommenes Einfallstor sein, eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellungen zu verwirklichen:

> „Die Versuchung liegt für manchen Richter nahe, um dieses Ziels (**Anm**: der gerechten Fallentscheidung) willen den umständlichen und nicht immer befriedigenden Weg über die Auslegung und Anwendung des Gesetzes beiseite zu lassen und die gesuchte Entscheidung unmittelbar seinem richterlichen »Judiz«, seinem durch die Erfahrung seiner richterlichen Tätigkeit geschärften Gerechtigkeitsempfinden, seinem eigenen Verständnis dessen, was hier »gerecht« und »billig« sei, zu entnehmen. Die Begründung der so gewonnenen Entscheidung erfolgt dann im nachhinein, wobei das Ziel, eben die vorweggenommene Entscheidung, den Weg bestimmt.“[332]

329 *Schnorr von Carolsfeld*, Arbeitsrecht, S. 228.
330 Statt aller: Erman/*Hohloch*, § 242 Rn. 104.
331 Ausdrücklich: MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 BGB Rn. 3.
332 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 169.

Das BVerfG tritt dem entgegen und führt im Anschluss an *Gustav Radbruch* zur materiellen Gerechtigkeit als Maßstab der Rechtsfindung aus[333]:

> »Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat.«

a. Kompetenzverteilung zwischen Judikative und Legislative

Wenn geteilte Gewalten agieren, darf die rechtsprechende Gewalt nicht ihre politischen Vorstellungen durch- und an die Stelle der gesetzgeberischen Vorstellungen setzen. Das führte zu einer Rechtslage, die in einem demokratischen Verfahren nicht erreichbar gewesen wäre.

Eine Minderheit darf sich nicht über den Umweg der Gerichte (für Arbeitssachen) doch noch dem demokratischen Willen der Mehrheit widersetzen.[334] Wie allgemein § 242 BGB die Frage nach dem »Verhältnis des Richters zum geschriebenen Recht« aufwirft[335], so gilt das in besonderem Maße für den auf § 242 BGB gestützten Rechtsmissbrauchseinwand als richterliche Rechtsfortbildung.

Es ist Kennzeichen der demokratischen Ordnung, dass die Minderheit Entscheidungen der Mehrheit grundsätzlich hinzunehmen hat, bis sie möglicherweise selbst zur Mehrheit wird und die getroffene Regelung ändern kann.[336] Bis dahin kann die demokratische Mehrheit »im Rahmen der Kompetenz- und Verfahrensordnung prinzipiell alles entscheiden«.[337] Zu Recht auf Ablehnung gestoßen ist deshalb etwa die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur echten Rückwirkung durch „Klarstellung“ des geltenden Rechts, in welcher der Erste Senat aus dem Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip ableitet, dass der Gesetzgeber keine die Vergangenheit (offene Altfälle) betreffenden unklaren Rechtsfragen regeln können soll, selbst wenn die Betroffenen kein schutzwürdiges Vertrauen gefasst hätten.[338]

---

333 BVerfG 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 – BVerfGE 3, 225, 233.
334 *Kissel*, NJW 1982, 1777, 1778 f.
335 *Wieacker*, S. 21.
336 *O.Lepsius*, JZ 2014, 488, 494.
337 *O.Lepsius*, JZ 2014, 488, 494.
338 BVerfG 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 – NVwZ 2014, 577 mit Sondervotum des Richters Masing; zu Recht kritisch: *O.Lepsius*, JZ 2014, 488, 492 ff.

b. Die Bindung der Judikative an Gesetz und Recht

Auch wenn das Argument des Rechtsmissbrauchs zur praktischen Wirksamkeit einer Norm beiträgt und die Autorität einer Rechtsordnung stützt, sind Rechtssicherheit und Rechtstransparenz als Grundfesten jeder rechtsstaatlichen Ordnung gerade hier nicht aufzugeben. Das fordert nach deutschem Recht nicht nur das Rechtsstaatsprinzip[339], sondern auch die Bindung der Judikative an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 Hs. 2, 97 Abs. 1 GG.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Dreiteilungsmethode dem Richter seine Grenzen im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip aufgezeigt:

> »*Art. 20 Abs. 2 GG* verleiht dem Grundsatz der Gewaltenteilung Ausdruck. Auch wenn dieses Prinzip im Grundgesetz nicht im Sinne einer strikten Trennung der Funktionen und einer Monopolisierung jeder einzelnen bei einem bestimmten Organ ausgestaltet worden ist [...], schließt es doch aus, dass die Gerichte Befugnisse beanspruchen, die von der Verfassung dem Gesetzgeber übertragen worden sind, indem sie sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben und damit der Bindung an Recht und Gesetz entziehen [...]. Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt.«[340]

Die Aussage, § 242 BGB sei ein »Stück offengelassener Gesetzgebung«[341] oder auch eine Delegationsnorm[342], mag zwar richtig sein, darf aber nicht zu der These verleiten, dass der Rechtsmissbrauch den Richter zu eigener Rechtssetzung legitimierte. Wo eine gesetzliche Wertung vorhanden ist, ist der Richter an diese Wertung gebunden. Umgekehrt ist der Richter *nur* dort gebunden, wo gesetzliche Wertungen vorhanden sind.[343]

Das gilt ebenso im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Stützt sich die Missbrauchskontrolle auf unionsrechtliche Vorgaben (»Kücük«), fordert

339 Das Verbot von Überraschungs- und damit nicht vorhersehbaren Entscheidungen wird meist im Rahmen von Gehörsverletzungen relevant, ist aber letztlich Ausfluss des Rechtsstaatsgedankens: BVerfG 25.3.1993 – 1 BvR 6/88 – NJW-RR 1994, 188, 189.

340 BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 918/10 »Dreiteilungsmethode« – NJW 2011, 836, 837; so auch BVerfG 11.7.2012 – 1 BvR 3142/07, 1569/08 – NJW 2012, 3081, 3085; mit hier vertretener Deutung *Rüthers*, NJW 2011, 1856 ff.; **diff**. *Rieble* NJW 2011, 819, 820 ff.: »Familienpolitische Intervention«.

341 *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 58; ähnlich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 822.

342 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 822.

343 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 822.

das das vom EuGH entwickelte Gebot der transparenten Richtlinienumsetzung (Transparenzgebot; ausführlich § 4 C.III.).[344]

2. Die Rechtsfortbildungskompetenz der Gerichte

Die Bindung der Judikative an Gesetz und Recht schließt freilich die (teilweise erhebliche) Rechtsfortbildungskompetenz der Gerichte nicht aus. Sie fordert aber, dass Rechtsfortbildung nach klaren, vorhersehbaren und festen Regeln stattfindet.

II. Auslegung, Analogie und richterliche Rechtsfortbildung

Die Rechtsfindung beginnt bei der Auslegung und reicht bis zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung.

Es gilt zu klären, wann eine Norm nach ihrem Wortlaut widerspruchsfrei anwendbar wäre, Gerechtigkeitsgründe im Einzelfall aber nach einer Korrektur verlangen, um eine »verdeckte Lücke«[345] zu schließen; wann also eine (potentiell) missbräuchlich eingesetzte Norm flankierenden Schutz benötigt, weil sie sich aus eigener Kraft keine Geltung verschaffen kann, obwohl das ihrem Regelungsanliegen (Telos) oder übergeordneten Prinzipien entspräche.

1. Normimmanenter Wertungsmangel als Auslöser des Rechtsmissbrauchs

In Missbrauchsfällen zeigt die Rechtsausübung einen normimmanenten Wertungsmangel auf. Wertungsmängel sind offene oder verdeckte Gesetzeslücken, die mit der Analogie oder der teleologischen Reduktion zu schließen sind.[346]

Im Fall des Rechtsmissbrauchs sind Auslegung und teleologische Reduktion die vorrangigen Werkzeuge der Methodenlehre. Der Rechtsmissbrauchseinwand selbst greift erst, wenn auch die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung nicht hilft. Er ist gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung und damit der Rechtsfortbildung *praeter legem* (Auslegung und Analogie) stets nachrangig.[347]

Weitgehende Einigkeit besteht über die Grenzen der Rechtsfindung mittels Auslegung (*intra legem*) und Analogie bzw. teleologischer Reduktion (*praeter legem*), auch wenn nicht immer klar zwischen den beiden Stufen

344 EuGH 10.5.2001 – C-144/99 – NJW 2001, 2244 f.; dazu *Latzel*, EuR 2015, 415, 423 ff.

345 Terminologie nach *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 210.

346 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 202 ff.

347 Allg. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 232 f.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 413.

unterschieden wird (werden kann). Jenseits dieser Grenzen beginnt die Rechtsfindung *extra* und *contra legem*, d.h. jenseits des kodifizierten oder gar gegen kodifiziertes Recht, aber innerhalb der Rechtsordnung und ihrer Prinzipien (*intra ius*).[348]

2. Rechtsmissbrauch versus Auslegung und Analogie

a. Rechtsmissbrauch und Auslegung

aa. Reichweite der Gesetzesauslegung

Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung ist der Wortlaut.[349] Daneben sind nach *Savigny* die drei weiteren Kriterien des juristischen Auslegungskanons heranzuziehen: Die Systematik, die Historie und das Telos des Gesetzes.[350] Das Telos des Gesetzes muss dabei der »letzte und verbindliche Maßstab sein«.[351] Freilich nicht über den eindeutigen Wortlaut hinaus, der mithin die absolute Grenze der Auslegung bildet.[352] *Contra legem* kann also auch der Sinn und Zweck einer Norm mit Hilfe der Auslegung keine Geltung beanspruchen. Jenseits des Wortsinnes oder sogar gegen diesen hilft nur noch die Rechtsfortbildung im Wege der Analogie oder der teleologischen Reduktion.

bb. Fehlende Konkurrenz von Rechtsmissbrauch und Auslegung

Eine echte Konkurrenz besteht zwischen dem Rechtsmissbrauchseinwand und der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB nicht. Gegenüber der Anwendung von § 242 BGB und der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ist die Auslegung des Vertrages stets vorrangig.[353] Das ist schon deshalb zwingend, weil eine etwaige Billigkeitskontrolle erst dann durchgeführt werden kann, wenn es einen Kontrollgegenstand gibt. Dazu muss klar sein, welches Rechtsgeschäft die Parteien überhaupt gewollt haben.

Im Übrigen entspricht es privatautonomem Denken, den Parteiwillen für gegenüber der einschränkenden Norm des § 242 BGB für vorrangig zu halten.[354] Ein Beispiel für die klärende Funktion, die mit dem Vorrang der Auslegung gegenüber der Anwendung von § 242 BGB einhergeht, ist die Missbrauchsdebatte, die um den Einsatz von Werk- oder Dienstverträgen

348 *Larenz/Canaris,* Methodenlehre, S.232.
349 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 141 ff.; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 37.
350 Zu diesem Auslegungskanon: *v.Savigny*, System, S. 213 ff.
351 *Graf v.Westphalen*, AnwBl. 2008, 1, 3.
352 *Zippelius*, Methodenlehre, S. 39, 50.
353 BGH 11.10.2005 – XI ZR 395/04 – NJW 2006, 54, 55; MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 118.
354 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 360.

zur *Umgehung des AÜG* geführt wird[355], die im Kern keine Missbrauchsdebatte ist (noch § 6 C.II.1.).

b. Rechtsmissbrauch und generalklauselartige Tatbestände

Enthält eine Norm wie § 315 BGB oder § 106 GewO Tatbestandsmerkmale, die es zulassen, individuelle Besonderheiten zu berücksichtigen (z.B. billiges Ermessen), erübrigt sich eine nachgelagerte Rechtsmissbrauchskontrolle. Das offene Tatbestandsmerkmal berücksichtigt die für die Parteien relevanten Umstände und Wertungsgesichtspunkte.[356] Eine missbräuchliche Rechtsausübung kann, weil der Rechtsmissbrauch auf Interessenabwägung beruht, nie billigem Ermessen entsprechen und umgekehrt kann eine billigem Ermessen entsprechende Rechtsausübung nicht missbräuchlich sein.

Deshalb ist etwa die vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeiten nur an § 106 GewO und § 315 BGB zu prüfen, nicht auf (institutionellen) Rechtsmissbrauch.[357]

c. Rechtsmissbrauch und Störung der Geschäftsgrundlage

Chelidonis[358] sieht Ähnlichkeiten in der Struktur des Rechtsmissbrauchseinwands und der *clausula rebus sic stantibus*, ähnlich dem heutigen § 313 BGB.[359] Der Anspruch als Ausformung des subjektiven Rechts habe – wie das Institut der Verjährung zeige – einen »dauerrechtsähnlichen Charakter«. Bei Dauerrechten bestehe aber immer die Gefahr, dass neue rechtsethische Prinzipien zu berücksichtigen seien. Eine Veränderung der rechtsethischen Prinzipien könne den Missbrauchseinwand begründen, woran die Ähnlichkeit zur »*clausula rebus sic stantibus*« erkennbar sei.[360]

Das von *Chelidonis* angesprochene Problem der sich ändernden rechtsethischen Prinzipien ist indes keine spezielle Frage des Rechtsmissbrauchs, sondern betrifft jede Normauslegung und damit allenfalls mittelbar eine Frage der unzulässigen Rechtsausübung.

---

355 Aus der jüngeren Zeit etwa: *Brose*, DB 2014, 1739; *Hamann*, NZA-Beil. 2014, 3; *Schmitt-Rolfes*, AuA 2013, 631; *Maschmann*, NZA 2013, 1305.

356 Staudinger/*Rieble* § 315 Rn. 305 f.; MünchKommBGB/*Würdinger*, § 315 Rn. 63

357 **A.A.** LAG MV 26.9.2013 – 2 Sa 60/13 – juris: »aus unionsrechtlichen Gründen« sei eine Missbrauchskontrolle nach dem Vorbild der Befristungsrechtsprechung des BAG vorzunehmen.

358 *Chelidonis*, Jura 2010, 726, 733 f.

359 Die »clausula rebus sic stantibus« ist im geltenden Recht zwar kein allgemeingültiger Rechtsgrundsatz mehr, die Entwicklung des § 313 beruht jedoch auch auf diesem Grundsatz, siehe dazu MünchKommBGB/*Finkenauer*, § 313 Rn. 20 ff.

360 *Chelidonis*, Jura 2010, 726, 733 f.

Ein echtes Konkurrenzverhältnis besteht zwischen § 313 BGB und dem Rechtsmissbrauchseinwand nicht, vielmehr sind die beiden Institute nebeneinander anwendbar.[361] Der strengere und vorrangig zu prüfende § 313 Abs. 1 BGB ermöglicht Vertragskorrektur im Wege der Anpassung (oder subsidiär Rücktritt bzw. Kündigung nach Abs. 3), während der Rechtsmissbrauchseinwand den Vertrag unverändert lässt und nur als einzelfallbezogene Ausübungskontrolle fungiert.[362]

Auch im Hinblick auf die Frage, ob die Innen- oder die Außentheorie im Rahmen des Rechtsmissbrauchseinwands zu bevorzugen ist, hilft der Vergleich mit § 313 BGB nicht. Der innentheoretische Ansatz der *clausula rebus sic stantibus*, wonach jedem Vertrag eine Einwendung aufgrund geänderter Umstände innewohnt, gilt im Bürgerlichen Recht gerade nicht.[363]

d. Gesetzesauslegung und gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

Eine Analogie oder teleologische Reduktion (gesetzesimmanente Rechtsfortbildung) setzt eine planwidrige, also unbewusste Regelungslücke voraus. Des Weiteren muss der gegebene Sachverhalt mit dem von der Norm eindeutig geregelten Sachverhalt vergleichbar sein, um die Lücke schließen zu können. Eine Analogie oder teleologische Reduktion kommt indes nicht nur dann in Betracht, wenn der Gesetzeswortlaut unvollständig ist, sondern auch dann, wenn die Wertung des Gesetzes verlangt, das Gesetz entweder auf nicht erwähnte Sachverhalte ebenfalls anzuwenden oder Sachverhalte, die grundsätzlich unter die Norm fallen, aus der Norm auszuklammern.[364] Das sind teleologische Extension bzw. Reduktion.

Auf den ungeschriebenen Einwand des Rechtsmissbrauchs ist als »ultima ratio« nur zurückzugreifen, wenn der konkrete Fall nicht von einem normierten Rechtsmissbrauchsverbot erfasst wird und weder Normauslegung noch gesetzesimmanente Rechtsfortbildung in Form der teleologischen Reduktion oder Analogie Abhilfe schaffen können.[365] Dieses Vorrangverhältnis gebietet der Ausnahmecharakter des Rechtsmissbrauchs.[366]

361 MünchKommBGB/*Finkenauer*, § 313 Rn. 182.
362 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 385 f.
363 RG 11.4.1902 – II 407/01 – RGZ 50, 255, 257.
364 *Zippelius*, Methodenlehre, S. 52.
365 *Mader*, Rechtsmißbrauch, S. 132 ff.; *Fleischer*, JZ 2003, 865, 870; *Merz*, ZfRV 1977, 162, 169 f.
366 Erman/*Hohloch*, § 242 Rn. 104.

3. Richterliche Rechtsfortbildung extra legem

Mit *Larenz und Canaris* gibt es drei Rechtfertigungsmöglichkeiten der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung (*extra legem*)[367]: Die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf »die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs«, »die Natur der Sache« und »auf ein rechtsethisches Prinzip«, wobei erstgenannte Fallgruppe für den Rechtsmissbrauchseinwand ohne Relevanz ist.

a. Natur der Sache

Die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Natur der Sache ist eine Rechtsfortbildung, die nach Sachgerechtigkeit strebt. Es geht bei ihr darum, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Art nach ungleich zu behandeln (Art. 3 Abs. 1 GG).[368] Das ist dem Begriff der Sachgerechtigkeit immanent.

Der Gleichheitssatz bindet die Rechtsprechung freilich auch im Rahmen ihrer rechtsfortbildenden Tätigkeit (Art. 1 Abs. 3 GG). Richterliche Rechtsfortbildung ist stets spezialgesetzliche Ausprägung des Gleichheitssatzes, weil jener den Maßstab dafür bildet, ob die Rechtsfortbildung zulässig ist: Existiert kein zulässiger sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung zweier vergleichbarer Lebenssachverhalte durch eine Norm, hat diese eine Regelungslücke.[369]

Wer aber über die (mittelbaren)[370] Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG hinaus mit der »Natur der Sache« oder dem »Wesen« eines Rechts oder Rechtsinstituts argumentiert, um subjektive Rechte einzuschränken, führt unzulässig Kryptoargumente an.[371] Denn der Begriff der »Natur der Sache« verschleiert wie jener des »Wesens« nur das gegen eine unerwünschte Rechtsposition fehlende Argument.[372]

b. Rechtsethische Prinzipien

Das für den Rechtsmissbrauch vor allem relevante Prinzip ist das rechtsethische, das mit den Tatbestandsmerkmalen »Treu und Glauben« einen Anknüpfungspunkt in § 242 BGB hat und einen »materialen Gerechtig-

367 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.232 ff.; *Larenz,* Methodenlehre, S.413 ff.
368 *Larenz,* Methodenlehre, S. 418; wohl auch: *Neuner*, Rechtsfindung, S. 161.
369 Maunz/*Dürig/Scholz*, Art. 3 Abs. 1 Rn. 401; *Schick*, Gesetzesumgehung, S. 180 f.
370 Zur nach heute h.M. mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte: *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 196 ff.
371 Luzide *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 919 ff.; *Scheuerle*, AcP 163 (1963) 429 ff.
372 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 919 ff.

keitsgehalt«[373] aufweist. Ein Recht oder eine Norm kann im Falle seines/ihres Missbrauchs mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien teleologisch zu reduzieren sein.[374] Freilich unter strengen Voraussetzungen, welche die Trennung von Ethik und Recht berücksichtigen.

aa. Das Verhältnis von Ethik und Recht

Normen der Ethik oder Moral sind von Rechtsnormen zu trennen, auch wenn teilweise Überschneidungen im Hinblick auf Akzeptanz und Geltungsbefehl bestehen, soweit beide Arten von Normen gleiche Verhaltensweisen verurteilen (etwa Mord oder Diebstahl).[375] *Rüthers, Fischer und Birk* definieren Moralnormen als „inneres Sollen", weshalb es primär auf die Gesinnung und Absichten des Handelnden ankommt. Jenen Moralnormen fühlt sich eine Gemeinschaft aufgrund gemeinsamer Wertvorstellungen verpflichtet.[376]

Rechtsnormen hingegen interessieren sich in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nicht für die Absichten und Gesinnungen des Handelnden. Moralische Wertungen fließen nur im Rahmen des rechtsstaatlichen Gesetzgebungsverfahrens in die Rechtsordnung ein.[377]

Die Rechtsordnung legitimiert sich zwar unter anderem dadurch, dass sie von den Rechtsunterworfenen auch vom Standpunkt der Sozialmoral akzeptiert wird. Das entspricht demokratisch geprägtem Denken.[378]

Insofern basiert die Rechtsordnung auf moralischen Wertungen. Die Tatbestandsmerkmale „Treu und Glauben" oder „gute Sitten" drücken das aus.[379]

Dennoch kann es eine absolute Übereinstimmung von Recht und Moral nicht geben. Solche Übereinstimmung fordern allein totalitäre Regime.[380]

Die liberale, auf Vielfalt ausgerichtete Rechtsordnung schützt mit ihren Rechtsnormen allein *rechts*ethische Minima, mithin vor Eingriffen in »höchstrangige „Grundwerte"«.[381]

---

373 *Larenz,* Methodenlehre, S. 421.

374 *Larenz,* Methodenlehre, S. 421 ff; kritisch zu einer solchen teleologischen Reduktion: *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 903a.

375 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 99a; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, § 5 II, § 6 I.

376 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 99a ff., 405.

377 *Zippelius*, Rechtsphilosophie, § 6 II.

378 *Zippelius*, Rechtsphilosophie, § 6 I, II.

379 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 405 f.; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, § 6 I.

380 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 405 f.; ähnlich *Zippelius*, Rechtsphilosophie, § 6 I.

bb. Übertragung auf den Rechtsmissbrauchseinwand

Die Trennung von Ethik und Recht hat mehrere Folgen für die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und damit für den Rechtsmissbrauchseinwand:

Zunächst können Zweckmäßigkeitserwägungen die richterliche Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien ebenso wenig rechtfertigen wie das Bestreben nach Sozialgestaltung.[382]

Die richterliche Rechtsfortbildung, die als rechtfertigendes Argument allein die andernfalls drohende Ungerechtigkeit oder das sachwidrige Ergebnis anführt, entbindet sich in unzulässiger Weise vom Gesetz.[383] Sie führt zu Gefühlsrecht, weil sich eine drohende Ungerechtigkeit nur feststellen lässt, wenn zuvor das gerechte Ergebnis feststeht. Eine allgemeingültige Definition von Gerechtigkeit kann es nicht geben, weil es für die Gerechtigkeit auf den jeweiligen subjektiven Maßstab ankommt. *Hans Kelsen* fasst richtig zusammen:

> »Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muß mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist«.[384]

Jeder Mensch versteht unter dem Begriff »Gerechtigkeit« Unterschiedliches. Gerechtigkeitsfragen sind stets Wertungsfragen. Diese normative Wertung zu treffen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Deshalb ist es gerade die Gesetzesbindung des Richters, die weitest möglich Gerechtigkeit herstellt.[385]

Ebenso wenig reicht die vermeintlich „falsche“ Gesinnung des Rechtsausübenden als Argument, um dessen Rechtsausübung die Wirksamkeit zu versagen.

Rechtsethische Prinzipien können den Rechtsmissbrauchseinwand nur rechtfertigen, soweit rechtsethische Minima betroffen sind. Sie sind keine Rechtfertigung, gefühlte oder als solche empfundene Ungerechtigkeiten zu bekämpfen. Der »materiale Gerechtigkeitsgehalt« des § 242 BGB ist nicht zu strapazieren.

---

381 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 408.

382 *Larenz,* Methodenlehre, S. 427 f.

383 *Rüthers*, NJW 2011, 1856 ff. mit Hinweis auf ein entsprechendes Zitat des ehemaligen Präsidenten des BGH, Günter Hirsch.

384 *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, S. 43.

385 *Rieble*, NJW 2011, 819, 820.

Die von *Rüthers, Fischer und Birk* wenig konkretisierten »höchstrangigen „Grundwerte“« finden ihren Ausdruck vor allem in den Grundrechten, weshalb vor allem die grundrechtlichen Wertungen maßgebend auch für die richterliche Rechtsfortbildung aufgrund rechtsethischer Prinzipien sind.

Der (individuelle) Rechtsmissbrauchseinwand ist mit *Larenz und Canaris* methodisch gesehen eine gesetzesübersteigende richterliche Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien.[386] Er ist Rechtsfortbildung *extra legem* für Fälle, in denen gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (und erst recht die Auslegung) versagen.

4. Grenzen auf § 242 BGB gestützter, richterlicher Rechtsfortbildung

Wann eine auf § 242 BGB gestützte, richterliche Rechtsfortbildung im Einzelfall zulässig ist, ist damit noch nicht gesagt.

a. Rechtsprechung des BVerfG zu einer richterlichen Rechtsfortbildung gestützt auf § 242 BGB

Die Rechtsprechung des BVerfG steckt die Grenzen ab.

Zentral für den Rechtsmissbrauchseinwand ist ein Beschluss des BVerfG vom 24. Februar 2015[387], in dem der Erste Senat die Grenzen einer explizit auf § 242 BGB gestützten, richterlichen Rechtsfortbildung herausgearbeitet hat.

aa. Der Fall

Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Entscheidungen des AG Bad Segeberg und des OLG Schleswig[388], mit welchen die Beschwerdeführerin der Verfassungsbeschwerde verpflichtet worden war, dem Scheinvater ihres mit einem anderen Mann gezeugten Kindes Auskunft über die Identität des wahren Kindsvaters zu erteilen, damit der Scheinvater Unterhaltsregress nach § 1607 Abs. 3 BGB fordern könnte. Der Scheinvater, der zunächst nach § 1592 Nr. 1 BGB (Ehe mit der Mutter) rechtlicher Vater war, hatte zuvor die Vaterschaft erfolgreich angefochten.

Der BGH gestand bis zur Entscheidung des BVerfG in mittlerweile ständiger Rechtsprechung dem Scheinvater einen Auskunftsanspruch über die Identität des biologischen Vaters zu. Der Gerichtshof stützte diesen auf Treu und Glauben (§ 242 BGB). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der

386 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre S. 241.
387 BVerfG 24.2.2015 – 1 BvR 472/14 – NJW 2015, 1506.
388 OLG Schleswig 28.1.2014 – 15 UF 165/13 – BeckRS 2014, 17443.

Mutter wiege in der Regel nicht schwerer als das Recht des Scheinvaters auf effektiven Rechtsschutz.[389]

Dieser Rechtsprechung folgend hatten AG Bad Segeberg und OLG Schleswig dem Scheinvater einen auf § 242 BGB gestützten Auskunftsanspruch zuerkannt.

bb. Wesentliche Erkenntnisse des Beschlusses

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hielt beide Entscheidungen für verfassungswidrig. Er stützt sich im Wesentlichen auf zwei Begründungsstränge:

Zum einen hätten die Gerichte die abzuwägenden Grundrechte im konkreten Fall verkannt, zum anderen gebe § 242 BGB einen Auskunftsanspruch des Scheinvaters unabhängig vom konkreten Fall nicht her.

[1] Erkenntnisse für den konkreten Fall

Zunächst hätten die Zivilgerichte die abzuwägenden Grundrechte verkannt. Dem Interesse des Scheinvaters an Durchsetzung seines Regressanspruchs (effektiver Rechtsschutz) sei das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter gegenüberzustellen. Jenes umfasse, die Identität des echten Vaters geheim zu halten. Im konkreten Fall habe das allgemeine Persönlichkeitsrecht überwogen, weil es der Mutter zustehe, zu entscheiden, inwiefern sie Einblick in ihr Intim- und Geschlechtsleben gewähre.[390]

[2] Erkenntnisse für die allgemeinen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Ein Auskunftsanspruch des Scheinvaters lasse sich im Fall des Unterhaltsregresses nach § 1607 Abs. 3 BGB generell nicht auf § 242 BGB stützen, weil hierdurch die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten würden (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). Es fehle eine hinreichend deutliche Grundlage im geschriebenen Recht.[391]

Grundsätzlich sei gegen auf § 242 BGB gestützte Auskunftsansprüche in Sonderverbindungen nichts einzuwenden. Die zivilrechtlichen Generalklauseln ermöglichten weitgehende richterliche Rechtsfortbildung.

Jene habe indes Grenzen, die sich aus den Grundrechten ergebe. Insoweit führt der Senat aus:

---

389 BGH 9.11.2011 – XII ZR 136/09 – NJW 2012, 450; BGH 20.2.2013 – XII ZB 412/11 – NJW 2013, 2108; BGH 2.7.2014 – XII ZB 201/13 – NJW 2014, 2571.

390 BVerfG 24.2.2015 – 1 BvR 472/14 – NJW 2015, 1506, 1507.

391 BVerfG 24.2.2015 – 1 BvR 472/14 – NJW 2015, 1506, 1507 f.

> »Soweit die vom Gericht im Wege der Rechtsfortbildung gewählte Lösung dazu dient, der Verfassung, insbesondere verfassungsmäßigen Rechten des Einzelnen, zum Durchbruch zu verhelfen, sind die **Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung weiter**, da insoweit eine auch den Gesetzgeber treffende Vorgabe der höherrangigen Verfassung konkretisiert wird [...]. Umgekehrt sind die **Grenzen** richterlicher Rechtsfortbildung demgemäß bei einer Verschlechterung der rechtlichen Situation des Einzelnen **enger gesteckt** [...]; die Rechtsfindung muss sich umso stärker auf die Umsetzung bereits bestehender Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts beschränken, je schwerer die beeinträchtigte Rechtsposition auch verfassungsrechtlich wiegt.« [Anm: Hervorhebungen nur hier]

Im Privatrecht, das von Interessenkonflikten gleichgeordneter Grundrechtsträger geprägt ist, hängt freilich der Vorteil des Einen stets mit dem Nachteil des Anderen zusammen. Das erkennt das BVerfG und führt aus, die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung hingen davon ab, wie schwer die betroffenen grundrechtlichen Interessen wiegen.[392] Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung seien enger, wenn die mit ihr durchzusetzende Position einen schwächeren verfassungsrechtlichen Gehalt habe als die betroffene Gegenposition und umgekehrt.[393]

Den streitgegenständlichen Auskunftsanspruch des Scheinvaters sah das BVerfG bei Anwendung dieses Maßstabes durch § 242 BGB nicht ausreichend legitimiert, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter das Recht des Vaters auf effektiven Rechtsschutz überwiege. Der Auskunftsanspruch könne generell nicht auf § 242 BGB gestützt werden. Nur der Gesetzgeber könne einen solchen Auskunftsanspruch regeln.[394]

b. Kritik und Folgerungen für den Rechtsmissbrauch als richterliche Rechtsfortbildung

aa. Zustimmende Kritik

Die Entscheidung zieht die Grenzen einer auf § 242 BGB gestützten richterlichen Rechtsfortbildung zu Recht eng, wenn keine grundrechtlich geschützten Interessen betroffen sind bzw. die grundrechtlich geschützten Interessen der Gegenpartei überwiegen. Eine auf § 242 BGB gestützte richterliche Rechtsfortbildung lässt sich dann nur mit gesetzlichem Anknüpfungspunkt rechtfertigen.

Die Senatsentscheidung ist zu begrüßen, weil sie mit der Forderung nach gesetzlichen Anknüpfungspunkten richterlicher Rechtsfortbildung nicht nur zu Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit beiträgt, sondern auch be-

392 BVerfG 24.2.2015 – 1 BvR 472/14 – NJW 2015, 1506, 1508.
393 BVerfG 24.2.2015 – 1 BvR 472/14 – NJW 2015, 1506, 1508.
394 BVerfG 24.2.2015 – 1 BvR 472/14 – NJW 2015, 1506, 1508 f.

tont, dass der Richter trotz Rechtsfortbildungskompetenz einer strengen Gesetzesbindung unterliegt.

Zunächst etwas widersprüchlich wirkt die Aussage des Ersten Senats, wonach einerseits nicht in jeder Konstellation das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter vorgehe, andererseits ein auf § 242 BGB gestützter Auskunftsanspruch *generell* nicht in Betracht komme.[395]

Aus den Aussagen des BVerfG lässt sich wohl nur folgern, dass auch ein *gesetzlicher* Auskunftsanspruch dem grundrechtlichen Interessenskonflikt gerecht werden müsste.

bb. Folgerungen für den Rechtsmissbrauchseinwand als richterliche Rechtsfortbildung

Aus der genannten Entscheidung lässt sich Folgendes für den Rechtsmissbrauchseinwand als Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien übertragen:

Je schwerer die grundrechtlich geschützten Interessen des von der Rechtsausübung Betroffenen im Vergleich zu jenen des Rechtsausübenden wiegen, desto eher kommt es in Betracht, diesem den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten.

Kommt dem von der Rechtsausübung Betroffenen im konkreten Fall nur ein »schwacher« Grundrechtsschutz zu, sind die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung eng gezogen. Das gilt erst recht, wenn einfachgesetzlich keine Anhaltspunkte dafür bestehen, die Rechtsausübung zu begrenzen.

Im nicht reglementierten und nicht grundrechtssensitiven Raum sind die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung eng gesteckt.

III. Einfluss der Gewaltenteilung auf die Methodenlehre

Ein vor allem im Arbeitsrecht relevantes Problem ist der Einfluss der Gewaltenteilung auf die Methodenlehre: Verschieben sich die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, wenn der Gesetzgeber absichtsvoll nicht oder verzögert tätig wird? Hat der Richter weitreichenden Gestaltungsspielraum, wenn der Gesetzgeber nicht oder zu spät tätig wird?

1. Rechtsgebietsabhängige Regelungsdichte und Reaktionszeiten des Gesetzgebers

Das Arbeitsrecht ist in Teilen nicht reglementiert. Paradebeispiele bilden die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung oder das Arbeitskampfrecht.

395 *Reuß*, Anm. zu BVerfG 24.2.2015 – 1 BvR 472/14 – NJW 2015, 1506, 1510.

An anderen Stellen reagiert der Gesetzgeber auf erkannte Probleme oder gar rechtswidrige Zustände nicht oder mit erheblichen Verzögerungen. Der unionsrechtswidrige[396] § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB ist noch immer in Kraft. Das BUrlG ist mit bloßer Gesetzeslektüre kaum zu handhaben. Die Beispiele ließen sich ohne weiteres fortsetzen.

Anders agiert der Gesetzgeber etwa im Sozialrecht. Schon ein Jahr (am 10.6.2015), nachdem das BSG mit drei Urteilen[397] vom 3.4.2014 geurteilt hatte, dass Syndikusanwälte nicht von der Rentenversicherungspflicht befreit werden können (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI), hat die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte beschlossen.[398] Dort waren sich freilich die meisten Stimmen über das zu erzielende Ergebnis einig: Syndikusanwälte sollten von der Rentenversicherungspflicht befreit werden können.[399]

Äußerst zügige gesetzgeberische Reaktionen finden sich vor allem im Steuerrecht. Nachdem der BFH im Juli 2011 erkannt hatte, dass Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung unabhängig von § 12 Nr. 5 EStG grundsätzlich vorweggenommene Werbungskosten sein können[400], legte der Gesetzgeber noch im selben Jahr[401] in § 9 Abs. 6 EStG fest, dass dies rückwirkend ab dem Veranlagungszeitraum 2004 nicht der Fall sei.[402] Im Steuerrecht besteht anscheinend gesteigertes Interesse an kurzen Reaktionszeiten.

2. Zur Rechtsfortbildung bei fehlenden rechtlichen Vorgaben

Weitreichende Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung kommt den Gerichten in grundrechtssensitiven Bereichen zu, wenn gesetzliche Vorgaben vollständig fehlen. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt ein Justizgewährleistungsanspruch und ein Rechtsverweigerungsverbot.

a. Das Arbeitskampfrecht des BAG

Mit dem Justizgewährleistungsanspruch rechtfertigt das BVerfG die richterliche Rechtsfortbildung des Art. 9 Abs. 3 GG durch das BAG im Arbeitskampfrecht. Jene Rechtsfortbildung findet im weitgehend ungere-

396 EuGH 19.1.2010 – C-555/07 »Kücükdeveci« – NZA 2010, 85.
397 BSG 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 R – NZA 2014, 971; BSG 3.4.2014 – B 5 RE 3/14 R – ArbuR 2014, 476; BSG 3.4.2014 – B 5 RE 9/14 R – WM 2014, 1883.
398 BT-Drs. 18/5201.
399 Zum Ganzen: *Thüsing/Fütterer*, NZA 2015, 595 ff. mit umfangreichen Nachweisen zur Entwicklung.
400 BFH 28.7.2011 – VI R 38/10 – NJW 2011, 2909.
401 Der Gesetzesentwurf wurde bereits drei Monate nach dem zitierten Urteil des BFH vorgelegt: BT-Drs. 17/7469, S. 25.
402 BGBl. I, S. 2592.

gelten Bereich statt und hat mittlerweile zu einer detaillierten Arbeitskampfrechtsprechung orientiert am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geführt.

b. Akzeptanz durch das Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtsfortbildung im Arbeitskampfrecht methodisch abgesegnet.

aa. Aussperrungsbeschluss

Im sog. »Aussperrungsbeschluss« sprach das BVerfG aus, dass das BAG nicht gegen die Verfassung verstoßen habe (Art. 9 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG), indem es die wesentlichen Grundsätze des Arbeitskampfrechts selbst entwickelte, ohne sich hierbei auf ein gesetzliches Regelungssystem stützen zu können.[403]

Es führte aus:

> »Die Gerichte müssen bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind. Das gilt auch dort, wo eine gesetzliche Regelung, etwa wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht, notwendig wäre [...]. Nur so können die Gerichte die ihnen vom Grundgesetz auferlegte Pflicht erfüllen, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden.«[404]

Aus der Wesentlichkeitstheorie, nach welcher der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen müsse, folge nichts anderes. Denn hier sei nicht das vertikale Bürger-Staat-Verhältnis, sondern das horizontale »Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger« betroffen.[405]

bb. Flashmobbeschluss

Die weitreichende Rechtsfortbildungsbefugnis, die dem BAG im Arbeitskampfrecht zukommt, bestätigte das BVerfG erneut in der sog. »Flashmob-Entscheidung«[406].

In der streitgegenständlichen Urteilsverfassungsbeschwerde ging es um die Frage, ob sog. »Flashmob-Aktionen« entsprechend der Ansicht des BAG[407] zulässige Arbeitskampfmittel sein können. Im konkreten Fall trafen sich ca. 40-50 Personen in der Filiale eines Einzelhandelsunterneh-

403 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – NZA 1991, 809, 810 (Aussperrung).
404 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – NZA 1991, 809 (Aussperrung).
405 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – NZA 1991, 809, 810 (Aussperrung).
406 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493.
407 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – NZA 2009, 1347.

mens und kauften dort Centartikel, so dass sich Schlangen an den Kassen bildeten, und befüllten Einkaufswagen, die sie später stehen ließen.

Der auf Unterlassung klagende Arbeitgeberverband hatte weder vor dem ArbG Berlin noch dem LAG Berlin-Brandenburg noch dem BAG Erfolg.[408]

Das BVerfG nahm die Urteilsverfassungsbeschwerde wegen fehlender verfassungsrechtlicher Bedeutung nicht zur Entscheidung an (§ 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG).

Das BAG habe insbesondere seine Kompetenzen zur Rechtsfortbildung nicht überschritten, der beschwerdeführende Arbeitgeberverband sei mithin nicht in seinen Rechten aus Art. 9 Abs. 3, 20 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG verletzt. Denn der Justizgewährleistungsanspruch verpflichte die Gerichte auch bei fehlenden gesetzlichen Regelungen, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.[409]

Trotz bereits zum Aussperrungsbeschluss ergangener Kritik[410] hielt das BVerfG den Wesentlichkeits- oder Parlamentsvorbehalt im Verhältnis zwischen gleichgeordneten Grundrechtsträgern für nicht betroffen. Das Arbeitskampfrecht müsse nicht zwingend durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden.[411]

c. Konsistenz der Rechtsprechung des BVerfG zu richterlicher Rechtsfortbildung

Die zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ergangenen Entscheidungen des BVerfG zum familienrechtlichen Auskunftsanspruch (§ 3 E.II.4.a.) einerseits und zum Arbeitskampfrecht andererseits ergeben ein konsistentes Bild.

Dem Unterhaltsregress begehrenden Scheinvater verweigerte das BVerfG die vom BGH vorgenommene Rechtsfortbildung im ungeregelten Bereich (bzw. gestützt auf § 242).

Die Etablierung eines richterrechtlichen Arbeitskampfrechts gestattet das BVerfG auf der anderen Seite dem BAG.

Die unterschiedlichen Kompetenzen zur Rechtsfortbildung durch die betroffenen obersten Gerichte sind mit der unterschiedlichen Grundrechtssensitivität zu erklären. Während für den Scheinvater nur ein im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Mutter schwaches Recht auf

408 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – NZA 2009, 1347.
409 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493, 495.
410 *Rieble*, EzA Art. 9 Arbeitskampf Nr. 97, S. 32 ff.
411 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493, 495.

effektiven Rechtsschutz stritt, drohte im Arbeitskampfrecht Art. 9 Abs. 3 GG auf beiden Seiten ins Leere zu laufen.

d. Folgerungen für eine Rechtsfortbildung in ungeregelten Bereichen und den Rechtsmissbrauchseinwand

aa. Formel der Rechtsfortbildung extra legem

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich nach den voranstehenden Ausführungen auf eine vereinfachte Formel bringen:

Je grundrechtssensitiver ein Bereich ist bzw. je stärker die grundrechtlich geschützten Interessen einer Partei sind, desto eher kommt eine richterliche Rechtsfortbildung *(extra legem)* in Betracht.

Ob der Parlamentsvorbehalt den Gesetzgeber dazu zwingt, das Arbeitskampfrecht gesetzlich zu normieren[412], braucht hier nicht entschieden zu werden.

Ein Regelungsauftrag an den Gesetzgeber lässt die Frage nach den Grenzen einer richterlichen Rechtsfortbildung in ungeregelten Bereichen unberührt. Weigert sich der Gesetzgeber, einen Lebensbereich zu regulieren, bleibt dem entscheidenden Richter keine andere Wahl, als das Recht fortzubilden, will er nicht seinerseits gegen das Justizverweigerungsverbot verstoßen.

bb. Übertragung auf den Rechtsmissbrauchseinwand

Für den Rechtsmissbrauchseinwand ist die Rechtsfortbildung im gänzlich ungeregelten Bereich von geringem Belang, weil der Rechtsmissbrauchseinwand befugnisnormbezogen ist. Damit ein Recht missbraucht werden kann, muss die Rechtsordnung es zunächst zur Verfügung stellen.

Zwar können auch nicht kodifizierte, richterrechtlich gewährte Befugnisse missbräuchlich ausgeübt werden, doch folgt allein daraus, dass eine Befugnis nicht reguliert ist, keine niedrigere Missbrauchsschwelle.

Für die Zulässigkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung *extra legem* im Fall des Rechtsmissbrauchs kommt es nach den voranstehenden Ausführungen auf eine Abwägung der grundrechtlich geschützten Interessen an. Je stärker die Rechtsausübung in die grundrechtlich geschützten Interessen des von der Rechtsausübung Betroffenen eingreift, desto eher kommt es in Betracht, dem Rechtsausübenden den Rechtsmissbrauchseinwand entgegenzuhalten.

412 So bereits *Rieble*, EzA Art. 9 Arbeitskampf Nr. 97, S. 32 ff.

3. Zur Rechtsfortbildung bei verzögerter gesetzgeberischer Reaktion

Die weitreichende Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung, die Gerichten bei gänzlich fehlenden rechtlichen Vorgaben zukommt, lässt sich nicht auf Fälle übertragen, in denen der Gesetzgeber (notorisch) spät oder nicht auf erkannte, für unbefriedigend gehaltene Konstellationen reagiert. Denn in solchen Fällen hat der Gesetzgeber seinen Willen geäußert und eine grundsätzlich bindende Wertentscheidung vorgegeben. Solange die für unbefriedigend oder »missbrauchsanfällig« gehaltene Norm mit höherrangigem Recht und insbesondere den Grundrechten zu vereinbaren ist, ist sie unter Zuhilfenahme der anerkannten Methoden der Rechtsfindung anzuwenden.

Eine erweitere Rechtsfortbildungsbefugnis bei notorischer Entscheidungsschwäche oder chronischem Entscheidungsunwillen des Gesetzgebers ist hinzunehmen. Andernfalls drohte eine erhebliche Verlagerung »unbequemer« Entscheidungen auf die dritte Gewalt.

Wollte man eine erweiterte Rechtsfortbildungsbefugnis der Gerichte wegen verzögerter Reaktionszeiten des Gesetzgebers bejahen, stellte sich weiterhin die Frage, wer zu entscheiden hätte, wann eine nicht mehr hinnehmbare Rechtslage eingetreten ist, die eine zeitnahe gesetzgeberische Reaktion erforderte und wie lang eine solche Rechtslage noch hinzunehmen wäre. Das ist nicht praktikabel. Welche Rechtslage (wie lange) hinnehmbar ist und welche nicht, hat gerade der Gesetzgeber zu beantworten.

F. Funktionen des Rechtsmissbrauchs

Eine funktionale Betrachtung des Rechtsmissbrauchs hilft, ihn einzugrenzen. Reichweite und Grenzen des Rechtsmissbrauchsarguments folgen seinen Funktionen.

I. Die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs

Jeder Kategorie des Rechtsmissbrauchs kommt begriffsnotwendig eine Flankierungs- und Schrankenfunktion zu. Der Missbrauch eines Rechts setzt ein formal bestehendes Recht voraus, dem material Grenzen zu ziehen sind. Rechtsmissbrauch ist (befugnis)normbezogen.

II. Ziel und Funktion des individuellen Rechtsmissbrauchs

1. Nicht: Objektive Zweckwidrigkeit

In individuellen Rechtsmissbrauchsfällen ist die Rechtsausübung in der Regel mit dem objektiven Gesetzeszweck zu vereinbaren (Abgrenzung zum institutionellen Rechtsmissbrauch). Es tritt ein besonderer Umstand hin-

zu, der bei Abwägung der gegenläufigen Interessen den Rechtsgebrauch im konkreten Fall zum Rechtsmissbrauch werden lässt.

2. Gewährleistung rechtsethischer Minima

Dargetan wurde bereits, dass der Rechtsmissbrauch rechtsethische Minima berücksichtigt. Er ist Einfallstor für ein Mindestmaß an Rechtsethik.

3. Die Motivkontrollfunktion des individuellen Rechtsmissbrauchs

Besondere Beachtung verdient die Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs. Ist eine Motivkontrolle zulässig, geht der Rechtsmissbrauchseinwand über Auslegung und teleologische Reduktion hinaus. Die h.M. hält subjektive Elemente für berücksichtigungsfähige Wertungsgesichtspunkte des individuellen Rechtsmissbrauchs.[413] Die drohende Motivzensur wird vernachlässigt.

a. Was ist Motivkontrolle?

Motive sind nie Inhalt einer Rechtsausübung oder rechtlichen Gestaltung, sondern liegen dieser zugrunde. Motivkontrolle ist deshalb keine Inhaltskontrolle, sondern meint Kontrolle einer Rechtsausübung, eines Rechtsgeschäfts oder eines rechtsverbindlichen Handelns auf die diesem Handeln zugrundeliegenden Beweggründe (»Motivauswirkungskontrolle«).

Motivauswirkungskontrolle ermöglicht etwa das AGG. Es verbietet in seinem Geltungsbereich, einen Merkmalsträger (§ 1 AGG) *aufgrund* dieses Merkmals zu benachteiligen gem. § 7 AGG. Die diskriminierende Rechtsausübung ist unzulässig, wenn der Rechtsausübende mit ihr ein »verbotenes« Motiv verfolgt.[414] Ob die Rechtsausübung objektiv rechtmäßig ist, ist dort unerheblich. Selbst denkbare sachliche Gründe »retten« die diskriminierende Maßnahme nicht.

b. Grundsatz der Unbeachtlichkeit von Motiven im Zivilrecht

Die Wirksamkeit einer Rechtsausübung ist im freiheitlich geprägten Bürgerlichen Recht grundsätzlich unabhängig von den mit ihr verfolgten Motiven.

---

413 Statt aller: MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 206 ff.

414 In der Entwurfsbegründung heißt es zur unmittelbaren Benachteiligung: »Die benachteiligende Maßnahme muss also durch eines (oder mehrere) dieser Merkmale **motiviert** [Hervorhebung nur hier] sein bzw. der Benachteiligende muss bei seiner Handlung hieran anknüpfen.«, BT-Drs. 16/1780, S. 32.

Grundpfeiler des Bürgerlichen Rechts ist die Privatautonomie. Ihr zentraler Gewährleistungsgehalt besteht darin, die eigene Rechtsausübung nicht rechtfertigen zu müssen (*Säcker*: »Motivzensur und Rechtfertigungszwang sind der Tod der Privatautonomie«[415]). Stehen zwingende Normen oder §§ 134, 138 BGB einer Rechtsausübung nicht entgegen, ist diese wirksam.

Ein besonderes Eigeninteresse für die Rechtsausübung muss nicht bestehen. Der Wille geht der Vernunft vor (*pro ratione stat voluntas*).[416] Selbst das Recht zu willkürlichem Handeln ist Grundlage des Zivilrechts.[417] Freilich ist die Privatautonomie nicht das einzige Gestaltungsprinzip des Bürgerlichen Rechts. Sie ist mit dem Gerechtigkeitsprinzip und dem Prinzip der Rechtssicherheit in Einklang zu bringen.[418]

Das ändert indes nichts an dem Grundsatz, nach dem Privatautonomie und subjektive Zweckbindung Gegenspieler sind. Auch aus dem Gerechtigkeitsprinzip ergibt sich in der Regel nicht anderes. Für den Vertrag ist seit *Schmidt-Rimpler*[419] anerkannt, dass seine materielle Richtigkeit ohne staatliche Motiv- oder Abschlusskontrolle allein durch die Einigung der Parteien gewährleistet ist.[420]

Dieser Grundsatz der »Unbeachtlichkeit von Motiven« zeigt sich an verschiedenen Stellen des BGB:

Rechtsausübung geschieht meist durch Willenserklärungen oder durch geschäftsähnliche Handlungen, auf welche die Vorschriften über Willenserklärungen weitgehend analog anzuwenden sind.[421] Die subjektive Motivationslage einer Willenserklärung ist für ihre Wirksamkeit irrelevant. Willenserklärungen sind im Interesse des Vertrauensschutzes und unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit des Erklärenden für seine Erklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen gem. §§ 133, 157 BGB.[422] Nach dem BGH ist »vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und demgemäß in erster Linie dieser und der ihm zu entnehmende objek-

415 *Säcker*, ZRP 2002, 286, 289.

416 *Flume*, BGB AT II, § 1 Ziff. 5. (S. 6): »Privatautonomie als Anerkennung der „Selbstherrlichkeit" des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung von Rechtsverhältnissen«.

417 MünchKommBGB/*Thüsing*, Vor § 19 AGG Rn. 18.

418 Staudinger/*Busche*, Eckpfeiler, F Rn. 3; Staudinger/*Busche*, Vor § 145 Rn. 12.

419 *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 156.

420 MünchKommBGB/*Säcker*, Einl. Rn. 169 f.

421 Staudinger/*Singer*, Vor §§ 116 Rn. 2.

422 MünchKommBGB/*Busche*, § 133 Rn. 12 f. Der sog. »Erklärungstheorie wurde im 19. Jahrhundert noch die Willenstheorie gegenübergestellt, nach welcher es maßgeblich auf den subjektiven Willen des Erklärenden ankommen sollte, vgl. dazu MünchKommBGB/*Armbrüster*, Vorbemerkung zu § 116 bis § 144, Rn. 21.

tiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. […] Dabei sind empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste«.[423] Der mit der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont verfolgte Zweck des Verkehrs- und Vertrauensschutzes liefe leer, wenn das subjektiv Bezweckte über die Wirksamkeit einer Willenserklärung bzw. eines Rechtsgeschäfts entschiede.

§ 116 Satz 1 BGB, der die Mentalreservation für unbeachtlich erklärt, bestätigt die Unbeachtlichkeit subjektiver Elemente. Ebenso bestätigt die weitgehende Unbeachtlichkeit von Motivirrtümern (Ausnahmen gibt es nur im Erbrecht gem. §§ 2078 Abs. 2, 2079, 2308 Abs. 1 BGB, bei der arglistigen Täuschung nach § 123 BGB und bei § 119 Abs. 2 BGB als »Spezialfall des Motivirrtums«[424]), dass ein Motiv ohne Einfluss auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung und eines Rechtsgeschäfts ist. Gleichzeitig deuten die – freilich eng formulierten – Ausnahmen zur Beachtlichkeit des Motivirrtums Konstellationen an, in denen das Motiv einer Rechtsausübung über deren Wirksamkeit (Anfechtbarkeit) entscheidet.

c. Ausnahmsweise: Motivkontrolle im Zivilrecht

Dass Motive grundsätzlich unbeachtlich sind, heißt nicht, dass der Rechtsordnung die Motivkontrolle völlig fremd wäre. Im Einzelfall findet eine solche statt, ohne die Privatautonomie dadurch in Frage zu stellen. Privatautonomie ist nur in den von der Rechtsordnung gesetzten Schranken gewährleistet. Das ist in Art. 2 Abs. 1 (und 12 Abs. 1) GG angelegt; Antidiskriminierungsregeln sind (noch) kein Systembruch.[425] Subjektive Zweckbindung als Fremdkörper in einem privatautonom (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) ausgestalteten Rechtsgebiet ist zulässig, wenn sie gesetzlich normiert ist.

Das ist z.B. der Fall, wenn das Handeln des Arbeitgebers auf eine Benachteiligung nach § 7 Abs. 1 AGG kontrolliert oder eine Kündigung *wegen* eines Betriebsübergangs (§ 613a Abs. 4 BGB)[426] untersagt wird. Die rechtlichen Auswirkungen bestimmter Motive untersagt das Gesetz dort ausdrücklich.

423 Ständig, nur BGH 27.1.2010 – VIII ZR 58/09 – NJW 2010, 2422, 2425.
424 *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 425.
425 *Bader*, Diskriminierungsschutz, S. 48 f.
426 Zu der Motivkontrollfunktion: *Lipinski*, NZA 2002, 75, 77 f.

aa. Sittenwidrigkeits- als eingeschränkte Motivkontrolle

Die §§ 138, 826 BGB ermöglichen eine eingeschränkte Motivkontrolle. Jene ist eingeschränkt, weil das verwerfliche Motiv allein nie für die Nichtigkeitssanktion genügt.

[1] Sittenwidrigkeitskontrolle als Außenschranke subjektiver Rechte

Während § 242 BGB nach der herrschenden Innentheorie jedes subjektive Recht von innen begrenzt, also »Binnenschranke« ist, setzen die §§ 134, 138 BGB Außenschranken. Der für den Tatbestand des § 138 nötige Sittenverstoß hat höhere Anforderungen als der Verstoß gegen Treu und Glauben.[427] So verstößt jeder Sittenverstoß gegen Treu und Glauben. Umgekehrt gilt das nicht. Die Nähe zwischen (individuellem) Rechtsmissbrauch und Sittenwidrigkeit folgt vor allem daraus, dass auch die Sittenwidrigkeitsprüfung mit dem »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« Einfallstor für (der Rechtordnung immanente) ethische Minima[428] und (mittelbar) grundrechtliche Wertungen[429] ist.

Das gesetzliche Verbot (§ 134 BGB) ist für Missbrauchskonstellationen unmittelbar nicht relevant. Seine Bedeutung gewinnt § 134 BGB in Umgehungsfällen und kann damit allenfalls mittelbar für den Rechtsmissbrauch relevant werden.

[2] Objektive Kontrollfunktion der Sittenwidrigkeitskontrolle

Für die Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts ist es zunächst irrelevant, aus welchen Motiven die Parteien das Rechtsgeschäft vornehmen.[430] Dem Begriff der guten Sitten liegt ein objektiver Maßstab zugrunde, weil das Rechtsgeschäft selbst der Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils ist.[431] Das Motiv ist nicht Inhalt eines Rechtsgeschäfts. Deshalb erfüllt bereits das objektiv sittenwidrige Rechtsgeschäft den Tatbestand des § 138 BGB.[432] Die Kenntnis der Sittenwidrigkeit ist ebenso entbehrlich wie die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt.[433]

---

427 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 5.
428 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 11 ff.; Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 3.
429 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 20; Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 4.
430 *Flume*, BGB AT II, § 18, 4. (S. 374).
431 *Flume*, BGB AT II, § 18, 2.a. (S. 367), 4. (S. 374); *Medicus*, BGB AT, Rn. 685; Soergel/*Hefermehl*, § 138 Rn. 29.
432 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 129.
433 H.M., nur: Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 7.

Die Motive des BGB bestätigen, dass der Sittenwidrigkeitskontrolle primär eine objektive Kontrollfunktion zukommt:

> »Andererseits ist gewiß, daß das Gebiet der Sittenpflichten mit dem der Rechtspflichten sich nicht deckt und daß nicht jedes vom Standpunkte der Sittlichkeit verwerfliche Rechtsgeschäft nichtig sein kann. Die Grenze ist dahin zu ziehen, daß Nichtigkeit eintritt, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäftes unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite, die guten Sitten verletzt.«[434]

Gerade die Anknüpfung an den Inhalt des Rechtsgeschäfts zeigt, dass es auf die Beweggründe der Parteien zunächst nicht ankommen sollte.

Explizit abgelehnt wurde, den Begriff »gegen die guten Sitten« durch »gegen die Sittlichkeit« zu ersetzen, um den »richtigen objektiven Maßstab für die Handhabung des Gesetzes« zu erhalten.[435]

Das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" sollte kein Einfallstor für Ideologisierung und allgemeine Gesinnungskontrolle bilden (was die Nationalsozialisten nicht daran hinderte, es entsprechend zu nutzen).[436]

[3] Subjektive Kontrollfunktion der Sittenwidrigkeitskontrolle

An anderer Stelle sprechen die Gesetzgebungsmaterialien indes für eine eingeschränkte Motivkontrollfunktion der Sittenwidrigkeitskontrolle:

> »Es genüge nicht, mit dem Entw. [Anm: Entwurf] die Nichtigkeit nur bezüglicher solcher Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrole des Richters unterstellt würden, so sei es doch im einzelnen Falle unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Betheiligten nicht außer Acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde.«[437]

Aus der zitierten Passage folgt: Zentral bleibt der Inhalt des Rechtsgeschäfts, aber hilfsweise kann das Motiv im Rahmen einer Gesamtwürdigung relevant werden.[438] Folgerichtig reicht eine verwerfliche Gesinnung

---

434 Motive zu dem Entwurf eines BGB, Band 1 Allgemeiner Theil, § 106 (S. 211).
435 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Band 1, 21., III. (S. 123 f.).
436 *Medicus*, BGB AT Rn. 682 mit Hinweis auf RG 13.3.1936 – V 184/35 – RGZ 150, 1, 4: »Der Begriff eines „Verstoßes gegen die guten Sitten", wie er in § 138 und in § 826 BGB enthalten ist, erhält seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung.«.
437 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, Band 1, 21., III. (S. 123 f.).
438 *Flume*, BGB AT II, § 18, 2.a. (S. 367), 4. (S. 374 f.).

allein nicht aus, um das Sittenwidrigkeitsurteil zu begründen.[439] Ein objektiv nicht nachteiliges Rechtsgeschäft erfüllt den Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB nicht.[440] Mit *Christian Armbrüster* lässt sich die Frage nach subjektiven Elementen i.R.d. § 138 BGB wie folgt zusammenfassen: »Subjektive Faktoren können Unbedenkliches bedenklich werden lassen; ihr Fehlen bewirkt aber grundsätzlich nicht, dass Bedenkliches unbedenklich wird.«.[441]

Das gilt ebenso für § 138 Abs. 2 BGB. Der Wuchertatbestand ermöglicht nach der Rechtsprechung von BGH und BAG keine Gesinnungskontrolle. Zwar verlangt der subjektive Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB Kenntnis des objektiven Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung sowie von der Zwangslage und mindestens dolus eventualis hinsichtlich der Ausbeutung des Bewucherten.[442] Das ändert aber nichts daran, dass für § 138 Abs. 2 BGB zunächst ein objektiver Tatbestand, nämlich ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, gegeben sein muss.[443]

[4] Recht und Ethik im Fall des § 138 BGB

Die Sittenwidrigkeitskontrolle nimmt bei objektiv nachteiligen Geschäften bestimmte, gesetzlich nicht ausdrücklich kodifizierte Motive nicht hin. § 138 BGB ist damit eine Einbruchstelle für Ethik in die Rechtsordnung. Die Sittenwidrigkeitskontrolle setzt ein Minimum an gemeinsamer ethischer Wertung durch, geht also davon aus, dass bestimmte moralische Grundsätze allgemein anerkannt sind.[444]

Die Sittenwidrigkeitskontrolle berücksichtigt zunächst *rechts*ethische Prinzipien, d.h. solche, die sich aus der Rechtsordnung ableiten lassen (Grundrechte, Grundfreiheiten, Menschenrechte).[445]

In eingeschränktem Umfang und nachrangig[446] gegenüber rechtsethischen Prinzipien berücksichtigt § 138 BGB *sozial*ethische Prinzipien, d.h. die

439 BGH 28.10.2011 – V ZR 212/10 – NJW-RR 2012, 18.
440 BGH 28.10.2011 – V ZR 212/10 – NJW-RR 2012, 18; BGH 2.2.2012 – III ZR 60/11 – MDR 2012, 333.
441 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 130.
442 BGH 25.2.2011 – V ZR 208/09 – NJW-RR 2011, 880 f.; BAG 16.5.2012 – 5 AZR 269/11 – NZA 2012, 974, 976; Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 248.
443 BGH 25.2.2011 – V ZR 208/09 – NJW-RR 2011, 880 f.; MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 143 ff.
444 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 11; BeckOKBGB/*Wendtland*, § 138 Rn. 2.
445 *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 46 Rn. 13.
446 *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 46 Rn. 16.

»übereinstimmenden Wertvorstellungen innerhalb der Gemeinschaft«, die sich nicht unmittelbar aus der Rechtsordnung ableiten lassen.[447]

Um hier nicht in Beliebigkeit zu verfallen, können im Rahmen einer Sittenkontrolle nur die absoluten ethischen Minima, ohne die auch eine pluralistische Rechtsgemeinschaft nicht bestehen kann, berücksichtigungsfähig sein.[448]

Auf die ethischen und moralischen Vorstellungen des entscheidenden Richters kann es dabei nicht ankommen. Das »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« ist Ausdruck (wandelbarer) gemeinsamer Wertvorstellungen.[449]

bb. Die Kündigung wegen des Betriebsübergangs, § 613a Abs. 4 BGB

§ 613a Abs. 4 BGB untersagt die Kündigung wegen des Betriebsübergangs und bezieht sich damit auf das Motiv der Kündigung.[450]

Zu § 613a Abs. 4 BGB führt das BAG aus: »Dementsprechend ist eine Kündigung nicht schon dann rechtsunwirksam, wenn der Betriebsübergang für die Kündigung ursächlich ist, sondern nur, aber auch immer dann, wenn ihr Beweggrund für die Kündigung, das Motiv der Kündigung also, wesentlich durch den Betriebsinhaberwechsel bedingt war.«[451] Das ist (negative) Motivkontrolle. Sie ist gerechtfertigt durch negative subjektive Zweckbindung in § 613a Abs. 4 BGB.

Der Anwendungsbereich des § 613a Abs. 4 BGB ist wegen seiner Motivkontrollfunktion eng. Ist eine Kündigung von einem anderen sachlichen Grund als dem Betriebsübergang getragen, verliert das verbotene Motiv seine Bedeutung, die Kündigung ist wirksam.[452]

cc. Kündigung aus Anlass des Wehrdienstes, § 2 Abs. 2 ArbPlSchG

Im Hinblick auf seine Motivkontrollfunktion mit § 613a Abs. 4 BGB vergleichbar ist das Kündigungsverbot des § 2 Abs. 2 ArbPlSchG. Jenes untersagt dem Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis aus Anlass des Wehrdienstes zu kündigen. Das Kündigungsverbot ist einschlägig, wenn der Wehrdienst des Arbeitnehmers bestimmendes Motiv des Arbeitgebers für

447 *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 46 Rn. 14.
448 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 11.
449 *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 46 Rn. 8.
450 *Lipinski*, NZA 2002, 75, 77 ff.
451 BAG 27.9.1984 – 2 AZR 309/83 – NZA 1985, 493, 494.
452 BAG 20.9.2006 – 6 AZR249/05 – NZA 2007, 387, 388 f.

die Kündigung ist. Das ist negative subjektive Zweckbindung.[453] Sie ist kraft gesetzlicher Anordnung zulässig.

dd. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz als Motivkontrollgesetz

Die deutlichste Form der Motivkontrolle und ein Bruch[454] »mit der liberalen, vom Grundsatz der Privatautonomie beherrschten Tradition des BGB«[455] ist das AGG, das nicht nur für das Arbeitsrecht, sondern darüber hinaus für die in § 19 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGG genannten Geschäfte eine Benachteiligungsverbot im Privatrechtsverkehr normiert.

[1] AGG und negative subjektive Zweckbindung

Das AGG verbietet nicht jede unterschiedliche Behandlung, sondern fragt nach dem Grund (=Motiv) der Benachteiligung.

Nicht jede Benachteiligung ist verboten: So gehört es zu einer marktwirtschaftlichen Grundordnung, dass jeder Vertragsschluss mit einem Vertragspartner einen potentiellen weiteren Vertragspartner benachteiligt und damit diskriminiert. Eine Benachteiligung ist nicht *per se* sanktionswürdig. Das ist einer der Gründe, aus denen der reine Vermögensschaden im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB nicht ersatzfähig ist.[456]

Das AGG sanktioniert den Nachteil, der seine Ursache in der »falschen« Motivation des Rechtsausübenden hat. Dabei hat das AGG nicht nur die deutlichste, sondern weitreichende Motivkontrollfunktion, weil das unzulässige Motiv sogar bei gegebenem Motivbündel die Benachteiligung begründet. Mitursächlichkeit genügt.[457] Das AGG ist ein Fall negativer absoluter subjektiver Zweckbindung.

[2] Unzutreffende Einwände gegen die Motivkontrollfunktion des AGG

Wenn *Susanne Baer* in diesem Zusammenhang meint, »Antidiskriminierungsrecht interessiere sich nicht für die Motive, sondern für Ausgrenzung und Nachteile.«[458], differenziert sie nicht zwischen Gleichstellung und Gleichbehandlung.[459] Ihre Argumentation verschleiert die Motivkontrollfunktion des Antidiskriminierungsrechts. Das AGG sanktioniert nicht den

453 BAG 5.2.1998 – 2 AZR 270/97 – NZA 1998, 644, 645.
454 *Säcker*, ZEuP 2006, 1; *ders.*, ZRP 2002, 286; dagegen *Baer*, ZRP 2002, 290.
455 Staudinger/*Rolfs*, § 1 AGG Rn. 2.
456 MünchKommBGB/*Wagner*, § 823 Rn. 247.
457 ErfK/*Schlachter*, § 7 Rn. 5 m.w.N.
458 *Baer*, ZRP 2002, 290, 293.
459 Instruktiv *Fastrich*, RdA 2000, 65, 66 ff.

Nachteil an sich. Andernfalls könnte es die Putativdiskriminierung (§ 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG) nicht geben.[460] Das AGG ist kein Gleichstellungs- sondern ein Gleichbehandlungsgesetz. Unbedingte Ergebnisgleichheit (als Kennzeichen der Gleichstellung)[461] ist nicht sein Regelungsanliegen. Die Worte »wegen« und »aufgrund« sind eindeutige Indikatoren der Motivkontrollfunktion. Bei § 613a Abs. 4 BGB ist das anerkannt.[462]

Das Argument, nach welchem eine Motivkontrolle nicht stattfinde, weil die Beweiserleichterungen des AGG sich auf objektive Indizien stützten, überzeugt ebenfalls nicht.[463] Die Beweiserleichterungen des § 22 AGG bestehen gerade, weil ein Motiv sich nur anhand objektiver Indizien nachweisen lässt, sofern der potentiell Diskriminierende sein Motiv nicht offenlegt.[464] Wäre nicht das Motiv für die Frage der verbotenen Benachteiligung entscheidend, bedürfte es einer Beweiserleichterung nicht.

ee. Nicht: Simulation und Mentalreservation

Keine Motivkontrolle normieren § 117 BGB (Simulation) oder § 116 BGB (Mentalreservation). Beide Normen regeln Fälle fehlenden Rechtsbindungswillens, in denen der Erklärende bewusst einen »Erklärungsschein« setzt und aus diesem Grund an seiner Erklärung festgehalten wird.[465] Fälle des fehlenden Rechtsbindungswillens sind keine Motivkontrolle. In jenen Fällen ist unerheblich, welches Motiv der Erklärende verfolgt oder zu welchem Zweck er handelt. Maßgeblich ist der »Geltungswille«[466] im Hinblick auf die Willenserklärung.

Ein Geschäft ist als Scheingeschäft unwirksam, wenn die Parteien keinen Rechtsbindungswillen haben, allein der äußere Schein eines Rechtsgeschäfts hervorgerufen werden soll.[467] Vom Missbrauch unterscheidet sich das Scheingeschäft dadurch, dass in Missbrauchskonstellationen die Parteien die eintretende Rechtsfolge tatsächlich wollen, hierbei entgegen des gesetzlichen Zweckes eines Rechtsinstituts handeln oder sonst den Vorwurf zu missbilligenden Handelns auf sich ziehen. Ein Problem des Rechtsbindungswillens ist der Rechtsmissbrauch nicht.

---

460 Zu ihr: BAG 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 – NZA 2010, 383.
461 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67.
462 Zu der Motivkontrollfunktion, *Lipinski*, NZA 2002, 75, 77 ff.
463 So aber *Baer*, ZRP 2002, 290, 293 f.
464 Auch insoweit ist die Entwurfsbegründung eindeutig: »Ist danach eine unzulässige **Motivation** [Hervorhebung nur hier] der unterschiedlichen Behandlung zu vermuten, trägt der Beklagte die volle Beweislast dafür, dass doch kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.«, BT-Drs. 16/1780, S. 47.
465 MünchKommBGB/*Armbrüster*, Vor § 116 Rn. 23 ff.
466 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 117 Rn. 1.
467 Jauernig/*Mansel*, BGB, § 117 Rn. 2 f.

Ein Anwendungsfall der Simulation kann der bereits erwähnte Fall des »Missbrauchs von Werkverträgen zur Umgehung des AÜG« sein. Ist eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung gegeben, wollen die Parteien die Rechtsfolgen des Werkvertrages nicht. Der in Wahrheit gegebene Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist dann verdecktes Geschäft im Sinne des § 117 Abs. 2 BGB, so dass aus dem »versuchten« Werkvertrag eine normale Arbeitnehmerüberlassung werden kann, wenn der Verleiher/Unternehmer mit »Netz« gearbeitet und eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 1 AÜG hat (noch § 6 C.II.1.c.).

Das gilt nur dann, wenn nicht die vertragliche Vereinbarung selbst bereits eine Arbeitnehmerüberlassung regelt und nur fälschlich als Werkvertrag bezeichnet ist. Dann ist die Auslegung vorrangig. Nur wenn der tatsächlich gewollte Vertrag die Kriterien der Arbeitnehmerüberlassung erfüllt, die Parteien aber »zum Schein« einen Werkvertrag schließen, der »auf dem Papier« die Anforderungen an einen Werkvertrag erfüllt, ist ein Scheingeschäft nach § 117 BGB gegeben. Entweder die Parteien vereinbaren also einen Werkvertrag und wollen eigentlich Arbeitnehmerüberlassung und führen Arbeitnehmerüberlassung durch; das ist Simulation nach § 117 BGB. Oder die Parteien nennen den Vertrag »Werkvertrag«, die Auslegung des Vertrages ergibt aber, dass Arbeitnehmerüberlassung gewollt ist. Dann ist Arbeitnehmerüberlassung gegeben. Falschbezeichnungen sind unschädlich (*falsa demonstratio non nocet*).[468]

ff. Nicht: § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB – Die Scheinehe

Ebenfalls kein Fall der Motivkontrolle ist – entgegen der h.M.[469] – die Scheinehe. Die h.M. meint, für eine mögliche Aufhebung der Ehe nach § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB sei das Motiv der Eheleute entscheidend.[470] Wer eine Ehe z.B. aus aufenthaltsrechtlichen Gründen schließe, missbrauche das Institut »Ehe«, weil mit der Eheschließung subjektiv ehefremde Zwecke verfolgt würden.[471]

Das geht fehl, weil die Lösung den falschen Bezugspunkt wählt. § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB ermöglicht keine Motivkontrolle und die Aufhebbarkeit lässt sich nicht mit dem Gedanken des Rechtsmissbrauchs begründen. Maßgeblich für die Aufhebbarkeit der Scheinehe ist – wie bei § 117 BGB – der Rechtsbindungswillen (und nicht das mit der Eheschließung verfolgte Ziel), nämlich die Frage, ob die Ehegatten tatsächlich die Rechtsfolgen einer Ehe wollten. Das Motiv kann dafür nur Indiz sein. Das zeigt der ein-

468 Staudinger/*Singer*, § 133 Rn. 13.
469 Staudinger/*Voppel*, § 1314 Rn. 68.
470 Staudinger/*Voppel*, § 1314 Rn. 62.
471 Staudinger/*Voppel*, § 1314 Rn. 62; Staudinger/*Singer*, § 117 Rn. 4; MünchKommBGB/*Wellenhofer*, § 1314 Rn. 29.

deutige Wortlaut des § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB (»[…], dass sie keine Verpflichtung gemäß § 1353 Abs. 1 begründen wollen.«), indem von dem tatsächlich verfolgten Motiv als Tatbestandvoraussetzung für eine Aufhebung keine Rede ist. Im Unterschied zur Simulation sind bei der Scheinehe die Willenserklärungen trotz fehlenden Rechtsbindungswillens nicht nichtig. Die Ehe ist wirksam, aber aufhebbar.[472] § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB ist lex specialis zu § 117 BGB.[473] Bei § 117 BGB meint zu Recht niemand, es handele sich um eine Missbrauchsregelung, selbst wenn vermeintlich vertragsfremde Ziele verfolgt werden.

Das Lehrbuchbeispiel der Simulation bestätigt die hier angeführte Argumentation: Lassen Verkäufer und Käufer eines Grundstücks notariell einen niedrigeren Kaufpreis als eigentlich vereinbart beurkunden, um Steuervorteile zu erlangen (=kaufvertragsfremde Zwecke), wäre das (nach der übertragenen falschen Argumentation) ein Fall des Missbrauchs des Kaufvertrages, weil vertragsfremdes Ziel der Parteien die Steuerersparnis ist. Das behauptet dort niemand. § 117 BGB regelt wie § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB den Fall fehlenden Rechtsbindungswillens. Auf den Zweck des Scheingeschäfts kommt es nicht an. Entscheidend ist der Rechtsbindungswille der Parteien. Was bei § 117 gilt, gilt bei § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB. Die Scheinehe ist weder ein Fall der Motivkontrolle noch ein Fall des (institutionellen) Rechtsmissbrauchs, sondern ein Fall fehlenden Rechtsbindungswillens.

gg. Nicht: § 530 BGB – Der Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks

Keine Motivkontrolle ermöglicht § 530 BGB. Die Gesinnung des Beschenkten ist zwar sowohl für das Merkmal des groben Undanks als auch für die schwere Verfehlung relevant[474], eine Motivkontrolle ermöglicht § 530 BGB indes nicht, weil die Rechtsausübung »Widerruf« nicht vom Motiv des Widerrufenden, sondern von der Gesinnung des Beschenkten abhängt. Insofern mag zwar eine mittelbare Gesinnungskontrolle stattfinden, Motivkontrolle ist das nicht.

472 Staudinger/*Singer*, § 117 Rn. 4.

473 Da § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB ausweislich seines eindeutigen Wortlautes Einigkeit der Ehegatten fordert, keine Verpflichtungen i.S.d. § 1353 Abs. 1 BGB begründen zu wollen, ist die Vorschrift lex specialis zu § 117 BGB und nicht zu § 116 Satz 2 BGB, da § 117 ebenfalls einen Konsens der Parteien fordert, während für § 116 Satz 2 BGB bereits die Kenntnis von der Mentalreservation genügt, dazu MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 116 Rn. 13.

474 MünchKommBGB/*J.Koch*, § 530 Rn. 3, 7.

d. Motivkontrolle mittels Missbrauchsnormen und missbrauchsähnlicher Normen

aa. § 226 BGB – Das Schikaneverbot

Das Schikaneverbot steht dem Missbrauchseinwand des § 242 dogmatisch am nächsten, weil es zur Fallgruppe des fehlenden schutzwürdigen Eigeninteresses gehört.[475] Lässt sich das Schikaneverbot mit den Motiven der Rechtsausübung begründen, ist eine Motivkontrolle im Rechtsmissbrauchseinwand angelegt.

Ob in den engen Grenzen des § 226 BGB subjektive Merkmale berücksichtigungsfähig sind und eine Motivkontrolle stattfindet, ist umstritten.[476]

Einigkeit besteht nur dahingehend, dass ein subjektives Element allein nicht ausreicht, um die Schikane zu bejahen.[477] Hinzukommen muss, dass die Rechtsausübung dem Berechtigen objektiv keinen Vorteil bringt und allein zur Schädigung eines anderen geeignet ist.[478]

Für eine Motivkontrollfunktion des Schikaneverbots spricht das Nomen »Zweck« in § 226 BGB, das mit (Beweg-)Grund oder Motiv gleichgesetzt werden könnte.

Andererseits sprechen die (Hilfs-)Verben »haben kann« für eine objektive Betrachtungsweise, so dass es für den Tatbestand darauf ankäme, ob objektiv kein anderer Zweck als ein schädigender denkbar ist und die subjektive Einstellung des Rechtsausübenden irrelevant wäre.[479]

Für eine Motivkontrollfunktion sprechen indes zwei Argumente: Zunächst lässt sich der Zweck einer Gestaltung nur bestimmen, wenn man die mögliche Motivation des Rechtsausübenden in den Blick nimmt und damit seine Absichten.[480]

---

475 Allg. Meinung, nur: Palandt/*Ellenberger*, § 226 Rn. 1.

476 Für Absicht als Tatbestandvoraussetzungen: Erman/*E.Wagner*, § 226 Rn. 5; Für die Berücksichtigung subjektiver Element: MünchKommBGB/*Grothe*, § 226 Rn. 5; Bamberger/Roth/*Dennhardt*, § 226 Rn. 6; für eine objektive Sichtweise: *Bork*, BGB AT, Rn. 344; Staudinger/*Repgen*, § 226 Rn. 20 f.; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 77; *Bokelmann*., Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts, S. 133 ff.

477 So bereits RG 26.5.1908 – VII 468/07 – RGZ 68, 424, 425; LG Gießen 12.4.2000 – 1 S 36/00 – NJW-RR 2000, 1255 f.; Erman/*E.Wagner*, § 226 Rn. 5; Palandt/*Ellenberger*, § 226 Rn. 2; Bamberger/Roth/*Dennhardt*, § 226 Rn. 6.

478 Statt aller Palandt/*Ellenberger*, § 226 Rn. 2.

479 RG 26.5.1908 – VII 468/07 – RGZ 68, 424, 425; Staudinger/*Repgen*, § 226 Rn. 15.

480 In diese Richtung bereits RG 26.5.1908 – VII 468/07 – RGZ 68, 424, 425.

Der objektiv formulierte Wortlaut trägt der bei inneren Tatsachen notwendig bestehenden Beweisnot Rechnung.[481]

Gleichzeitig verdeutlicht die Formulierung »haben kann« in § 226 BGB, dass die Schädigungsabsicht nicht Teil eines Motivbündels sein darf, um die Schikane zu begründen. Nur wenn die Schädigungsabsicht alleiniges Motiv ist, kommt eine Schikane in Betracht.

Des Weiteren stimmen objektiver Zweck und subjektives Motiv im Fall des selten erfüllten § 226 BGB wegen des Ausschließlichkeitskriteriums notwendig überein. Wenn eine Rechtsausübung objektiv keinen anderen Zweck als Schädigung haben kann, dann ist auch das Motiv die Schädigung. Eine Motivkontrolle findet mithin selbst dann statt, wenn es mit *Repgen*[482] richtig wäre, dass bei der Prüfung des § 226 BGB die tatsächlich vorhandenen Motive des Rechtsausübenden auszublenden sind und es allein darauf ankommen kann, ob es objektiv *nur*[483] denkbar ist, dass die Schädigung des Dritten das der Rechtsausübung zugrunde liegende Motiv ist.

Das Schikaneverbot ermöglicht damit eine Motivkontrolle. Es ist ein Fall negativer subjektiver Zweckbindung. Dem individuellen Rechtsmissbrauch, zu dem das Schikaneverbot gehört, ist eine Motivkontrolle nicht fremd.

bb. § 42 AO

§ 42 AO ermöglicht keine Motivkontrolle. Das Motiv, Steuern zu sparen, macht eine Gestaltung nicht unangemessen im Sinne des § 42 Abs. 2 AO.[484] Ob ein Umweg gekünstelt ist, entscheidet die objektiv gewählte Gestaltung. Das Steuerrecht ist »objektives Lastenverteilungsrecht«.[485] Auch das „steuerrechtlich verwerfliche“ Motiv ist unerheblich, solange wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die gewählte Gestaltung gegeben sind.[486]

Verfehlt wäre, durch § 42 AO eine Motivkontrollmöglichkeit im Rahmen der Missbrauchs- und Umgehungskontrolle eröffnet zu sehen. Zwar normiert § 42 Abs. 2 Satz 2 AO, ein Missbrauch sei nicht gegeben, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe

481 Gerade die Beweisnot wurde mehrfach im Gesetzgebungsverfahren thematisiert: Staudinger/*Repgen*, § 226 Rn. 3 m.w.N.
482 Staudinger/*Repgen*, § 226 Rn. 15.
483 BGH 11.4.1975 – V ZR 165/73 – NJW 1975, 1313, 1314.
484 BFH 18.12.2013 – I R 25/12 – GmbHR 2014, 605; BFH 21.8.2012 – VIII R 32/09 – BB 2012, 3068, 3069.
485 *Weber-Grellet*, Steuern S. 224.
486 BFH 27.7.1999 – VIII R 36/98 – DStR 1999, 1848, 1849.

nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind. Das Motiv des Steuerpflichtigen meint § 42 Abs. 2 Satz 2 AO nicht[487]; die Norm regelt die Beweislast, taugt aber nicht als materiell-rechtliche Missbrauchsdefinition.[488] Wer das anders sieht, will demjenigen einen Steuervorteil zukommen lassen, der einen besseren Grund für die gewählte Gestaltung behauptet. Normgeltung würde Gegenstand der kreativen Motivfindung und damit der Privatautonomie. Richtigerweise ist im Steuerrecht der Zweck einer Gestaltung objektiv festzustellen und auf seine Übereinstimmung mit dem »umgangenen« Gesetz zu prüfen.[489]

cc. § 8 Abs. 4 UWG

Der Blick ins Lauterkeitsrecht zeigt, dass der deutsche Gesetzgeber im Rahmen einer Missbrauchsprüfung nicht vor Motivkontrollen zurückschreckt.

Der dort normierte individuelle Missbrauchstatbestand des § 8 Abs. 4 UWG dient ausweislich seines Wortlautes insbesondere der Abwehr der missbräuchlichen Abmahnpraxis, die nur dazu dienen soll, Aufwendungsersatz- oder Rechtsverfolgungskostenersatzansprüche zu erlangen. Unabhängig davon, ob man § 8 Abs. 4 UWG als Frage der Prozessführungsbefugnis[490] oder als materiell-rechtliche Einwendung[491] betrachtet, bedarf der Rechtsmissbrauchstatbestand jedenfalls eines subjektiven Elements. Denn »missbräuchlich handelt, wer sich bei der Geltendmachung von Abwehransprüchen von **sachfremden Absichten** [Anm: Hervorhebung nur hier] leiten lässt, die als beherrschendes Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen.«[492] Die Motivkontrollfunktion des § 8 Abs. 4 UWG geht dabei über jene des Schikaneverbots hinaus. Denn im Wettbewerbsrecht reicht ein subjektives Element *allein*, um den Tatbestand des § 8 Abs. 4 UWG zu erfüllen. Objektiv rechtmäßige (!) Handlungen sind hier schon dann rechtsmissbräuchlich, wenn sie auf sachfremden Motiven beruhen.[493] Maßgebend für den Missbrauch sind die Motive und Zwecke des Rechtsausübenden.[494] Dass dieses Ergebnis richtig ist, zeigt die insoweit eindeutige Formulierung des § 8 Abs. 4 UWG, da die Wendung »dazu

487 *Leisner-Egensperger*, DStZ 2008, 358, 362.
488 Klein/*Ratschow*, § 42 Rn. 71.
489 Klein/*Ratschow*, § 42 Rn. 71.
490 So die h.M.: *Ohly/Sosnitza*, § 8 Rn. 155; Fezer/*Büscher*, § 8 Rn. 283; MünchKommUWG/*Fritzsche*, § 8 Rn. 477.
491 *Köhler*/Bornkamm, § 8 Rn. 4.4; *Köhler*, FS Schricker, S. 725, 726 ff. m.w.N.
492 *Ohly/Sosnitza*, § 8 Rn. 158. Auf die Missbrauchsabsicht abstellend auch: OLG Frankfurt 6.2.2014 – 6 U 224/12 – GRUR-RR 2014, 156, 157; OLG Hamm 19.11.2013 – I-4 U 65/13, 4 U 65/13 – WRP 2014, 330, 331.
493 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Bergmann/Goldmann/Seitz*, § 8 Rn. 385.
494 *Köhler*/Bornkamm, § 8 Rn. 4.11.

dient« deutlich auf eine subjektive Komponente hinweist. Anders als im Fall des § 226 BGB, zog der Gesetzgeber im Lauterkeitsrecht eine subjektive Formulierung vor.

Selbst sachliche Gründe schließen einen Missbrauch nach § 8 Abs. 4 UWG nicht aus, solange die sachfremden Motive überwiegen. Der Wortlaut des § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG (»vorwiegend«) ist insoweit eindeutig.[495]

dd. Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot, § 19 GWB, Art. 102 AEUV

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot ist nach der Rechtsprechung von BGH[496] und EuGH[497] grundsätzlich ein objektives. Maßgebend für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist nach Ansicht des EuGH, dass marktbeherrschende Unternehmen »die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch den Einsatz von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen […]«.[498] Tatsächlich spreche sogar die Absicht, einen Leistungswettbewerb zu führen, nicht gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.[499] Primär kommt es beim kartellrechtlichen Missbrauchsverbot also darauf an, ob das Marktverhalten objektiv dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs zuwider läuft.[500]

Dennoch hält der EuGH die Zwecke und Absichten, die ein marktbeherrschendes Unternehmen verfolgt, bei der Missbrauchsprüfung für berücksichtigungsfähig.[501] Um einen Missbrauch zu identifizieren, sei die Berücksichtigung *aller* tatsächlichen Umstände geboten, was die Beurteilung der Geschäftsstrategie und die mit ihr verfolgten Zwecke und Motive mit einschließe.[502]

Im Ergebnis kommt dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot insoweit eine Motivkontrollfunktion zu, als jene dazu dient, zu prüfen, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen sich objektiv wettbewerbsverfälschend verhält.

---

495 *Ohly/Sosnitza*, § 8 Rn. 158.
496 BGH 9.11.1982 – KVR 9/81 – NJW 1984, 1116: »[…] losgelöst von subjektiver Vorwerfbarkeit.«.
497 EuGH 28.9.2006 – C-552/03 P »Unilever« – Slg. 2006, I-9091, Rn. 129; EuGH 19.4.2012 – C-549/10 »Tomra« – WRP 2012, 680, Rn. 17.
498 EuGH 28.9.2006 – C-552/03 P »Unilever«.– Slg. 2006, I-9091, Rn. 129.
499 EuGH 19.4.2012 – C-549/10 »Tomra« – WRP 2012, 680, Rn. 22.
500 Langen/Bunte/*Bulst*, KartellR II, Art. 102 AEUV Rn. 114.
501 Langen/Bunte/*Bulst*, KartellR II, Art. 102 AEUV Rn. 116 ff. m.w.N.
502 EuGH 19.4.2012 – C-549/10 – »Tomra« WRP 2012, 680, Rn. 18 f.

ee. Folgerungen für die Motivkontrolle mittels individuellen Rechtsmissbrauchs

Was folgt aus den Fällen ausnahmsweiser Motivkontrolle im Zivilrecht und jenen im Fall spezialgesetzlicher Missbrauchsverbote für den Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB und eine auf diesen gestützte Motivkontrolle?

[1] Rechtsmissbrauch mit Motivkontrollfunktion

Zuerst zeigt § 8 Abs. 4 UWG, bei dem es sich um einen Fall des individuellen Rechtsmissbrauchs handelt, dass jenem eine Motivkontrolle bekannt ist. Zulässigkeitsbedenken bestehen bei § 8 Abs. 4 UWG gegen eine Motivkontrolle nicht, weil der Richter durch den eindeutigen Gesetzeswortlaut zu jener legitimiert ist. Im Umkehrschluss bedeutet das nicht, eine Motivkontrolle wäre nur bei entsprechender gesetzlicher Anordnung möglich.

Weil der Rechtsmissbrauch nur rudimentär geregelt und in seiner Ausgestaltung richterliche Rechtsfortbildung ist, können andere Missbrauchsnormen als Anhaltspunkt dienen, welche Kriterien im Rahmen einer Missbrauchsprüfung berücksichtigungsfähig sind. Sowohl § 8 Abs. 4 UWG als auch § 226 deuten auf eine im Gesetz angelegte Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs.

Dabei ist es unerheblich, ob man im Rahmen des § 226 BGB der objektiven oder subjektiven Theorie folgt. In beiden Varianten entscheidet (auch) das Motiv des Rechtsausübenden über die Wirksamkeit der Rechtsausübung, weil die objektive Formulierung und damit auch die objektive Theorie nur Beweisnot antizipiert. Bei § 8 Abs. 4 UWG reagieren die Gerichte auf die notwendig bestehende Beweisnot, indem sie mit objektiven Indizien arbeiten und regelmäßig Ausführungen zur subjektiven Seite des Missbrauchstatbestandes unterlassen.[503]

[2] Beweisnot als Argument gegen die Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs?

Beweisnot ist jeder Motivkontrolle immanent (siehe nur § 22 AGG). Prozessuale Beweisnot kann aber nicht gegen die Zulässigkeit der Motivkontrolle sprechen. Solche Argumentation verkehrte das Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht. Das Prozessrecht folgt dem materiellen Recht und nicht umgekehrt.

503 So z.B.: BGH 6.4.2000 – I ZR76/98 – GRUR 2000, 1089, 1090 ff.

[3] Motivkontrolle als Ausnahmefall

Des Weiteren zeigen vor allem die eng begrenzten Fälle ausnahmsweiser Motivkontrolle im allgemeinen Zivilrecht, dass jene auch beim Rechtsmissbrauch auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss.

Um eine subjektive Zweckwidrigkeit zu bejahen, d.h. der aus dem falschen Motiv erfolgenden Rechtsausübung, die Wirksamkeit zu versagen, bedarf es des Nachweises, dass ein Recht einer subjektiven Zweckbindung unterliegt. Zweckwidrigkeit setzt vorangegangene Zweckbindung voraus.

e. Voraussetzung der Motivkontrollfunktion: Subjektive Zweckbindung

Eine Motivkontrollfunktion kann dem Rechtsmissbrauchseinwand nur in den Fällen zukommen, in denen das Recht subjektiv zweckgebunden ist. Denn subjektiv zweckwidrige Rechtsausübung ist nur bei subjektiver Zweckbindung möglich. In Betracht kommt sowohl positive als auch negative, relative und absolute Zweckbindung.

aa. Positive subjektive Zweckbindung

[1] Definition und Voraussetzungen

Positive Motivkontrolle bedeutet, ein Recht nur zu einem bestimmten Zweck, nur aus einem bestimmten Beweggrund ausüben zu dürfen. Subjektiver Zweck des Rechtsausübenden und objektiver Zweck des Gesetzes müssen übereinstimmen. Solche positive Motivkontrolle ist der *privatautonomen* Rechtsordnung fremd, weil sie positive subjektive Zweckbindung voraussetzte, mithin das Gesetz das ausgeübte Recht positiv an ein bestimmtes Motiv binden müsste. Solche positive subjektive Zweckbindung wäre mit der Privatautonomie kaum zu vereinbaren.

Schon die negative Zweckbindung (=bestimmte Motive dürfen nicht der Beweggrund der Rechtsausübung sein) ist mit der Privatautonomie nur zu vereinbaren, wenn sie auf Ausnahmefälle beschränkt bleibt. Die Einführung des AGG und der damit verbundene Streit, der nicht nur das Gesetzgebungsverfahren begleitete, offenbarten das.[504]

Eine positive subjektive Zweckbindung müsste ausdrücklich in einem Gesetz angeordnet sein. Selbst das AGG als schärfste kodifizierte Motivkontrolle verbietet nur bestimmte Motive, regelt aber nicht, dass eine Rechtsausübung von »erwünschten« Motiven getragen sein müsste.

504 Mit umfangreichen Literaturnachweisen zum Streit: *Repgen*, Antidiskriminierung, S. 11, 15 ff.

In der Norm müsste verankert sein, dass sie nur zu einem bestimmten Ziel bzw. die durch die Norm gewährte Befugnis nur aus einem bestimmten Motiv ausgeübt werden darf. *Rieble* weist insoweit auf die zweckgebundenen Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273, 320 BGB hin.[505]

Weiterhin kommt positive subjektive Zweckbindung beim nicht privatautonom legitimierten Betriebsrat in Betracht, weil jener als teilrechtsfähiges Rechtssubjekt seine Rechte entsprechend ihrer Zweckbestimmung auszuüben hat. Er ist nur soweit rechtsfähig, wie es betriebsverfassungsrechtlichen Zwecken dient. Das ist positive Zweckbindung (noch § 7 B.II.).

[2] Beispiel fehlender positiver subjektiver Zweckbindung: § 1 IFG

In begrüßenswerter Klarheit bestätigt das VG Köln zu § 1 IFG die i.d.R. fehlende positive subjektive Zweckbindung von Befugnissen. Dort hatte ein Sammler pornographischer Filme seinen Anspruch aus § 1 IFG gegen die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien geltend gemacht, um sich die Kopie eines auf dem freien Markt nicht mehr[506] erhältlichen, aber von der Bundesprüfstelle zu amtlichen Zwecken verwahrten Videofilms mit Hilfe des Informationsanspruchs zu verschaffen. Das gelang mit Unterstützung des VG Köln, das ausführte: »Der Antrag des Klägers ist auch nicht rechtsmissbräuchlich. Das Motiv des Antragstellers für die gewünschte Kenntnisnahme von amtlichen Informationen ist im Rahmen des § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG unbeachtlich.«[507]. Das Motiv des Sammlers konnte nicht entscheidend sein, der Informationsanspruch nicht subjektiv zweckentfremdet werden, weil § 1 IFG keine subjektive Zweckbindung vorsieht[508] und ein Recht nicht allein durch den Missbrauchseinwand positiv an subjektive Zwecke gebunden werden kann. Ein rechtsethisches Minimum war hier nicht betroffen, weil das Begehren des Klägers niemandem geschadet hat.

505 *Rieble*, NZA 2005, 1, 3.

506 Daher schied eine Ablehnung nach § 9 Abs. 3 IFG aus und die Ausnahmevorschrift des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Lit. b UrhG konnte greifen.

507 VG Köln 22.9.2014 – 13 K 4674/13 – juris.

508 VG Köln 22.9.2014 – 13 K4674/13 – juris, mit Hinweis auf BT-Drs. 15/4493, S. 7 und *Schoch*, IFG, § 1 Rn. 19: »Das Motiv des Antragstellers für die gewünschte Kenntnisnahme von amtlichen Informationen ist im Rahmen des § 1 Abs. 1 S. 1 unbeachtlich.«.

[3] Beispiel: Das aktienrechtliche Statusverfahren nach § 98 AktG aus wissenschaftlichem Interesse

Ebenso erfreulich erkennt die Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main, dass ein Statusfeststellungsverfahren nach § 98 AktG nicht aus den *richtigen* Motiven angestrebt werden muss.

Im dort anhängigen Statusfeststellungsverfahren unterstellt die Kammer dem Antragsteller zwar, das Verfahren vornehmlich aus wissenschaftlichem Interesse anzustreben. Weil der Antragsteller indes nicht nur Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht sowie Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Universität München, sondern seit dem 20.3.2014 im Aktienregister der Gesellschaft eingetragen ist und über 100 Namensaktien der Gesellschaft verfügt, ist er ohne weiteres antragsberechtigt nach § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AktG. Das Antragsrecht ist an keine weiteren Zwecke, mithin auch nicht an bestimmte Motive gebunden (keine positive subjektive Zweckbindung).[509]

bb. Negative subjektive Zweckbindung

[1] Definition und Voraussetzungen

Negative Motivkontrolle untersagt die Rechtausübung aus einem bestimmten Motiv, knüpft sie indes nicht an ein bestimmtes, »richtiges« Motiv. Das ist etwa beim AGG der Fall, das sich für das Motiv des Rechtsausübenden nicht interessiert, solange es kein diskriminierendes ist.

Negative Motivkontrolle prüft im Fall des Rechtsmissbrauchs, ob die Rechtsausübung unabhängig von dem ausgeübten Recht gegen rechtsethische Minima verstößt. Diese negative subjektive Zweckbindung ist jedem Recht immanent und ein zulässiger Fall von Motivkontrolle (Rechtsgedanke des § 226 BGB – »Gebot der sozialen Ethik in beschränktem Umfang«[510]). Weil es sich hierbei um ungeschriebene negativ subjektive Zweckbindung handelt, müssen jene Fälle restriktiv gehandhabt werden bzw. eine gewisse Nähe zur Schädigungsabsicht aufweisen.

[2] Beispiel: § 242 und Motivkontrolle im Aktienrecht

Die missbräuchlich erhobene aktienrechtliche Anfechtungsklage nach §§ 245 ff. AktG ist Beispiel der Motivkontrollfunktion wegen negativer subjektiver Zweckbindung, die dem auf § 242 BGB gestützten individuellen Rechtsmissbrauch zukommt.

---

509 LG Frankfurt 16.2.2015 – 3/16 O 1/14 nicht rechtskräftig – DStR 2015, 1065, 1066.

510 RG 3.12.1909 – II 190/09 – RGZ 72, 251, 254.

Der BGH bejaht seit dem »*Kochs-Adler*«-Urteil einen individuellen Rechtsmissbrauch im Aktienrecht und damit eine Motivkontrollmöglichkeit, »wenn der Kl. [**Anm**: Kläger] Anfechtungsklage mit dem Ziel erhebt, die verklagte Gesellschaft in grob eigennütziger Weise zu einer Leistung zu veranlassen, auf die er keinen Anspruch hat und billigerweise auch nicht erheben kann.«[511] Dort bestand bei missbräuchlich erhobenen Anfechtungsklagen nach §§ 245 ff. AktG Streit darüber, ob bei einem objektiv bestehenden Anfechtungsrecht (also eigentlich begründeter Anfechtungsklage) das Motiv des anfechtenden Aktionärs den Rechtsmissbrauch begründen und damit über die Begründetheit der Anfechtungsklage entscheiden könne. Eine Ansicht, der auch noch die Vorinstanz[512] folgte, lehnte die Motivkontrolle ab, weil sie »letztlich auf gefühlsmäßige Regungen, auf eine Art „moralischen Unwillen“« zurückgehe und die Rechtsordnung einen rechtswidrigen Zustand nicht deshalb dulden könne, weil der Anfechtende, der mit der Anfechtung im Ergebnis einen rechtmäßigen Zustand herstelle, selbst keine redlichen Motive habe.[513]

Der BGH sah das anders und erkannte, dass die von der Gegenansicht vorgetragenen Argumente sich überzeugend allein gegen einen institutionellen Rechtsmissbrauch richten konnten.[514] Der objektive Zweck der Anfechtungsklage wird nicht verfehlt und kann insbesondere durch unredliche Motive des Anfechtenden nicht verfehlt werden, weil die Anfechtungsklage an keine subjektiven Zwecke gebunden ist. Raum und Anknüpfungspunkt bleibt allein für einen individuellen Rechtsmissbrauch. Mit dem BGH bejaht die heute ganz herrschende Ansicht im Fall von missbräuchlichen (weil »erpresserischen«[515]) Anfechtungsklagen die Möglichkeit, Motive zu kontrollieren, mithin Anfechtungsklagen trotz objektiv bestehenden Anfechtungsrechts, den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten, wenn der anfechtende Aktionär ein unredliches Ziel verfolgt (z.B. Abkaufsfall).[516] Maßgeblich dafür ist zunächst, die missbräuchliche Anfechtungsklage als Fall des individuellen Rechtsmissbrauchs zu erkennen.[517] Der den Missbrauch begründende Umstand ist die grob

511 BGH 22.5.1989 – II ZR 206/88 – NJW 1989, 2689, 2692; bestätigt von: BGH 18.12.1989 – II ZR 254/88 – NJW-RR 1990, 350, 353 f.

512 OLG Hamm 20.6.1988 – 8 U 329/87 – AG 1989, 31, 34 f.

513 *Bokelmann*, BB 1972, 733, 737; *ders.*, Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts, S. 156 ff., 189; *Mestmäcker*, Verwaltung, S. 14; *ders.*, BB 1961, 945, 951 f.

514 BGH 22.5.1989 – II ZR 206/88 – NJW 1989, 2689, 2691 f.

515 Nach Bürgers/Körber/*Göz*, § 245 Rn. 19 folgt das »Erpressungspotential der Anfechtungsklage« aus ihrer sog. »Hebelwirkung«, die sich daraus ergibt, dass das Registergericht die Eintragung bis zur Erledigung der Anfechtungsklage aussetzt gem. § 16 Abs. 2 UmwG bzw. § 381 FamFG.

516 MünchKommAktG/*Hüffer*, § 245 Rn. 56; GK-AktG/*K.Schmidt*, § 245 Rn. 53 ff.; Bürgers/Körber/*Göz*, § 245 Rn. 19.

517 So geschehen in BGH 22.5.1989 – II ZR 206/88 – NJW 1989, 2689, 2692.

eigennützige Erhebung der Anfechtungsklage. Der Hinweis auf die Kontrollfunktion der Anfechtungsklage und damit auf die Möglichkeit, einen rechtmäßigen Zustand herzustellen, entkräftet nur den Vorwurf des institutionellen Rechtsmissbrauchs, da der Rechtsmissbrauch jedenfalls nicht gegeben ist, weil der Zweck des Anfechtungsrechts nicht erreicht wird durch eine aus falschen Motiven erhobene Anfechtungsklage.[518] Gleichzeitig hat der BGH die Anfechtungsklage nicht unzulässig an subjektive Zwecke gebunden, weil der Sachverhalt mit rechtsethischen Minima einen Fall (zulässiger) negativer subjektiver Zweckbindung betraf: Die Anfechtungsklage wurde mit Schädigungs- bzw. Erpressungsabsicht eingesetzt.

[3] Beispiel: § 242 BGB und »AGG-Hopping«

Relevant ist die negative subjektive Zweckbindung ebenso in den Fällen des »AGG-Hopping«, in denen ein Scheinbewerber Entschädigungsansprüche wegen vermeintlicher Diskriminierung geltend macht. Dort begründet ebenfalls das verwerfliche Motiv den Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 1 A.II.2.b.).

Der Rechtsprechung des BAG ist hier zuzustimmen. Betroffen ist das rechtsethische Prinzip, keine betrügerischen (Entschädigungs-)Klagen zu erheben. Denn der AGG-Hopper, der sich allein aus dem Antrieb bewirbt, einen Entschädigungsanspruch zu erlangen, erfüllt spätestens[519] im Moment der Klageerhebung den Tatbestand des versuchten Prozessbetruges nach §§ 263 Abs. 1, 2, 22 StGB.[520] Dem Gericht eine tatsächlich nicht bestehende Arbeitsbereitschaft vorzuspiegeln, ist eine Täuschung über (innere) Tatsachen. Das für den Dreiecksbetrug nötige Näheverhältnis folgt daraus, dass das Gericht kraft seiner hoheitlichen Stellung unmittelbar nachteilig zu Lasten des Arbeitgebervermögens verfügen kann.[521] Das betrügerische Motiv schützt die Rechtsordnung nicht.

cc. Absolute und relative subjektive Zweckbindung

Zu unterscheiden sind weiterhin absolute und relative subjektive Zweckbindung:

Der Unterschied zwischen absoluter und relativer subjektiver Zweckbindung ergibt sich aus der Frage, ob das unzulässige Motiv als Teil eines Motivbündels schadet. Führt das unzulässige Motiv sogar als Teil eines Motivbündels zur Unwirksamkeit der Rechtsausübung (so im Fall des AGG

518 MünchKommAktG/*Hüffer*, § 245 Rn. 56.

519 Zu den möglichen Zeitpunkten des Versuchsbeginns *Kern*, Professionelle Diskriminierungskläger, S. 174 ff.

520 *Kern*, Professionelle Diskriminierungskläger, S. 176; ähnlich *Diller*, NZA 2007, 1321, 1322.

521 Schönke/Schröder/*Perron*, § 263 StGB Rn. 68.

oder im Einzelfall bei § 8 Abs. 4 UWG), ist das absolute subjektive Zweckbindung. Andernfalls (so z.B. im Fall des § 613a Abs. 4 BGB) ist relative negative subjektive Zweckbindung gegeben.

dd. Motivkontrollfunktion des individuellen Rechtsmissbrauchs

Die eingeschränkte Motivkontrollfunktion des Missbrauchseinwands bestätigt, dass er richterliche Rechtsfortbildung ist. Denn die notwendige richterliche Rechtsfortbildung rechtfertigt sich aus rechtsethischen Prinzipien heraus. Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien ist freilich auf ein Minimum zu begrenzen, weil subjektive Wertungsmaßstäbe, Ethik- und Gerechtigkeitsfragen aufgrund ihres fehlenden verallgemeinerungsfähigen Wertungsmaßstabes vornehmlich durch den Gesetzgeber in die Rechtsordnung einfließen müssen.

ee. Folgen der Motivkontrollfunktion

Motivkontrolle führt zu Motivzensur, weil die Rechtsordnung bestimmte Zwecke nicht duldet. Dabei findet Motivkontrolle nicht nur statt, wenn die Motive allein, d.h. bei einem objektiv rechtmäßigen Verhalten[522], über die Wirksamkeit entscheiden, sondern bereits dann, wenn die Motive der Rechtsausübung zu den Kriterien gehören, die in eine Interessenabwägung eingestellt werden. Allein die Möglichkeit, Motive im Rahmen einer Interessenabwägung zu berücksichtigen, zeigt, dass eine Rechtsordnung bestimmte Motive nicht hinnimmt.

4. Willkürkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs

Von der Motivkontrolle ist die Willkürkontrolle zu unterscheiden. Willkürkontrolle schützt den von der Rechtsausübung Betroffenen, indem sie sachliche Gründe für die Rechtsausübung oder rechtliche Gestaltung fordert. Motivkontrolle findet dann nicht statt, weil das tatsächlich vorhandene Motiv irrelevant ist. Sachliche Gründe sind objektiv, weshalb sich Willkürkontrolle nicht für die Motive des Rechtsausübenden interessiert.[523] Willkürkontrolle kann im Vergleich zur Motivkontrolle eingriffsintensiver sein, weil die Motivkontrolle nur bestimmte Motive sanktioniert, während die Willkürkontrolle unabhängig von einem etwaigen Motiv für jede rechtliche Gestaltung einen sachlichen Grund fordert.

522 Etwa im Fall des durch einen Aktionär missbräuchlich ausgeübten Anfechtungsrechts oder im Fall des § 8 Abs. 4 UWG.

523 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 24.

a. Willkür- und Rechtsmissbrauchskontrolle als Ausdruck des Gerechtigkeitsprinzips (Art. 3 Abs. 1 GG)

Gemeinsam haben Willkür- und Rechtsmissbrauchskontrolle, dass sie einen Bezug zum Gerechtigkeitsprinzip und damit zu Art. 3 GG haben.[524]

Das auf Art. 3 GG zurückzuführende Willkürverbot richtet sich freilich nicht unmittelbar an die Grundrechtsträger, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG. Daran kann selbstverständlich die Arbeitgeberstellung nichts ändern.[525] Die Grundrechte entfalten nur *mittelbare* Drittwirkung (»Ausstrahlungswirkung«) im Privatrecht, und zwar mit Hilfe der zivilrechtlichen Generalklauseln, d.h. auch dem auf § 242 BGB gestützten Rechtsmissbrauchseinwand.[526] Daher kann im Ausnahmefall die Willkürkontrolle auch im Privatrecht zulässig sein; es sind dann sachliche Gründe für die Rechtsausübung erforderlich.

b. »Sachliche Gründe« und Willkürkontrolle

Die mitunter spezialgesetzlich oder aufgrund gesetzlicher Wertung geforderten »sachlichen Gründe« für eine Rechtsausübung sind vom Rechtsmissbrauchseinwand zu unterscheiden. Zwar kommen beiden Phänomenen mit der Willkürkontrolle ähnliche Schutzfunktionen zu,[527] doch unterscheiden sich die Voraussetzungen, unter denen allgemein sachliche Gründe für eine Gestaltung verlangt werden können, von jenen der einzelfallbezogenen Rechtsmissbrauchskontrolle. Während das Erfordernis »sachlicher Gründe« abstrakt generalisierender Kontrollmaßstab einer rechtlichen Gestaltung ist, trifft das auf den individuell konkreten Rechtsmissbrauch nicht zu.[528] Die (mit dem Erfordernis sachlicher Gründe gesetzlich angeordnete) Willkürkontrolle ist insoweit strenger als der Rechtsmissbrauch, als diese stets Sachgründe fordert, während der Rechtsmissbrauchseinwand nur im atypischen Ausnahmefall eine besondere Rechtfertigung verlangt, damit der (wegen atypischer Interessenlage indizierte) Rechtsmissbrauchsvorwurf entfällt.

Weil Privatautonomie und Vertragsfreiheit willkürliche Rechtsausübung und Gestaltung zulassen, kann ein Sachgrund nur dann Zulässigkeitsvoraussetzung für eine rechtliche Gestaltung sein, wenn gesetzliche Vorschriften oder deren Wertungen eine Einschränkung privatautonomer Ge-

524 Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist Ausdruck eines allgemeinen Gerechtigkeitsprinzips: BVerfG 5.4.1952 – 2 BvH 1/52 – BVerfGE 1, 208, 233; BGH 20.9.2006 – IV ZR 304/04 – NJW 2006, 3774, 3775.

525 ErfK/*Schmidt*, Einl. zum GG, Rn. 15, Art. 3 Rn. 29.

526 Grundlegend: BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 »Lüth« – NJW 1958, 257.

527 Zu den ähnlichen Schutzfunktionen: *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 90 f.

528 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 91.

staltungsfreiheit gebieten.[529] Das Erfordernis »sachlicher Gründe« und die damit verbundene Willkürkontrolle ist deshalb Außenschranke der Privatautonomie bzw. etwaiger Befugnisnormen, während der Rechtsmissbrauchseinwand eine jedem Recht immanente Grenze seiner Ausübung ist.[530] Selbst wenn man mit der überwiegenden Ansicht den objektiv generalisierenden institutionellen Rechtsmissbrauch als Kategorie anerkennt, ergibt sich daher der Unterschied aus der Struktur des Rechtsmissbrauchseinwands (Innentheorie).[531]

Eine Kombination von Sachgrunderfordernis und Rechtsmissbrauchsprüfung ist abzulehnen: Tragen sachliche Gründe die Rechtsausübung oder rechtliche Gestaltung, ist jene »in der Sache« gerechtfertigt und damit zulässig. Durch eine der Sachgrundprüfung nachgelagerte Missbrauchskontrolle der Gestaltung oder Rechtsausübung doch die Wirksamkeit versagen zu wollen, führte zu einem Wertungswiderspruch.[532] (Zum Konzept des BAG in Kettenbefristungsfällen mit Sachgrund noch § 6 C.I.1.b.aa.).

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob und wann die Rechtsmissbrauchskontrolle in ihrer Funktion als Willkürkontrolle im konkreten Fall sachliche Gründe für eine Rechtsausübung bzw. rechtliche Gestaltung fordern darf, ohne die von der Privatautonomie erlaubte Willkür unzulässig einzuengen (dazu folgend).

c. Willkürkontrollfunktion als Folge der Motivkontrolle

Im Einzelfall kommt dem Rechtsmissbrauchseinwand eine Willkürkontrollfunktion zu, die mit der Motivkontrollfunktion zusammenhängt. Beruht der Missbrauchsvorwurf auf dem Motiv des Rechtsausübenden, lässt ein sachlicher Grund den Missbrauchsvorwurf entfallen, sofern kein Fall absoluter negativer subjektiver Zweckbindung gegeben ist.

So ist die Kündigung, die wegen eines Betriebsübergangs erklärt wird und damit grundsätzlich gegen § 613a Abs. 4 BGB verstieße, dennoch wirksam, soweit ein weiterer *sachlicher Grund* die Kündigung trägt, mithin die Kündigung von einem Motivbündel getragen ist.[533] Denn das Kündigungsverbot nach § 613a Abs. 4 BGB ist kein Fall absoluter, sondern nur relativer Motivkontrolle. Die diskriminierende Kündigung ist demgegenüber immer unwirksam, weil es sich um einen Fall absoluter Motivkontrolle handelt, d.h. selbst das Motivbündel den Diskriminierungsvorwurf nicht entfallen lässt.

529 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 42 ff.
530 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 91.
531 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 91.
532 *Bayreuther*, NZA 2013, 23, 24 f.
533 Dazu ErfK/*Preis*, § 613a BGB Rn. 155.

Die Willkürkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs ist mithin eine Folge relativer negativer subjektiver Zweckbindung. In diesen Fällen lässt jeder irgendgeartete Sachgrund für die Rechtsausübung bzw. rechtliche Gestaltung den Missbrauchsvorwurf entfallen.

d. Fehlen sachlicher Gründe als Rechtsmissbrauch?

Falsch wäre, daraus den Schluss zu ziehen, ein fehlender Sachgrund könnte stets den Rechtsmissbrauchseinwand begründen.

Privatautonomie lässt willkürliche (=nicht von einem Sachgrund getragene) Rechtsausübung zu. Wer für jede Rechtsausübung einen sachlichen Grund forderte, um den Missbrauchsvorwurf zu entkräften, verkehrte das Verhältnis von Rechtsgebrauch und Rechtsmissbrauch. Das (gesetzlich angeordnete) generelle Erfordernis »sachlicher Gründe« ist Ausdruck generalisierender Interessenabwägung, während der Rechtsmissbrauchseinwand eine Abwägung der im konkreten Einzelfall betroffenen Interessen fordert.[534] Der fehlende sachliche Grund ist daher kein Prüfungskriterium für den Rechtsmissbrauch.[535]

Umgekehrt kommt dem individuellen Rechtsmissbrauch aber eine Willkürkontrollfunktion zu, weil die Fallgruppen des fehlenden oder geringwertigen Eigeninteresses nichts anderes sind als Fälle treuwidriger Willkür.[536] Die Interessenabwägung, die im konkreten Fall den individuellen Rechtsmissbrauchseinwand begründet, gibt Reichweite und Grenzen seiner Willkürkontrollfunktion vor.

5. Zwischenergebnis: Funktionen des individuellen Rechtsmissbrauchs

Der Einwand des individuellen Rechtsmissbrauchs beschränkt die Ausübung subjektiver Rechte (Schrankenfunktion). Außerdem flankiert der Einwand des individuellen Rechtsmissbrauchs den Geltungsanspruch von Normen (Flankierungsfunktion). Darüber hinaus kontrolliert der Einwand des individuellen Rechtsmissbrauchs Motive (Motivkontrollfunktion). Dafür muss eine subjektive Zweckbindung bestehen.

Rechtliche Befugnisse können an subjektive Zwecke gebunden sein, wenn das Normen verlangen oder rechtsethische Minima voraussetzen. Subjektive Zweckbindung ist meist negativ; sie besteht in dem Verbot, ein Recht aus einem bestimmten Motiv auszuüben.

534 Ausführlich: *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 69 ff.
535 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 91.
536 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 91.

Ist die negative subjektive Zweckbindung relativ, d.h. das unzulässige Motiv als Teil eines Motivbündels unschädlich, erschöpft sich die Motiv- in einer Willkürkontrollfunktion, weil jeder sachliche Grund den Missbrauchsvorwurf entfallen lässt.

III. Ziel und Funktion des institutionellen Rechtsmissbrauchs

Die Existenzberechtigung der gesonderten Kategorie des institutionellen Rechtsmissbrauchs ist seiner Funktion wegen zweifelhaft.[537] Jene besteht darin, den objektiven Sinn und Zweck eines Gesetzes oder Rechtsinstituts zu schützen. Wer die Gesetzesumgehung, bei der es ebenfalls gilt, dem objektiven Gesetzeszweck zur Durchsetzung zu verhelfen, mit Auslegung und Analogie lösen will, müsste das für den umgekehrten Fall der »Gesetzesergehung«[538] ebenso sehen.[539] Das entspricht der herrschenden Ansicht, die Gesetzesergehungsfälle mit der teleologischen Reduktion löst.[540]

Worin der Unterschied zwischen Gesetzesergehung und institutionellem Rechtsmissbrauch bestehen soll, erschließt sich nicht, weil sich in beiden Fällen die Frage stellt, ob sich der Rechtsausübende zu Recht auf die Befugnisnorm stützt. Anders kann das nur sehen, wer entgegen der hier vertretenen Ansicht subjektive Elemente entweder beim institutionellen Rechtsmissbrauch oder bei der Gesetzesergehung für berücksichtigungsfähig hält.[541]

---

537 *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 77; ähnlich Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 14; *Mader*, Rechtsmißbrauch, S. 136 ff.; sehr klar *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 15 f.; deutlich auch *Gernhuber*, FS Schmidt-Rimpler, S. 151, 155 f.: »Betroffen fragt man sich angesichts solcher Beteuerungen nur, warum in derartigen Situationen überhaupt ein neues Rechtsinstitut herangezogen wird. Liegen die Dinge so, wie sie der BGH voraussetzt, wird immer die Gesetzesauslegung zum Ziele führen.«.

538 Zur Terminologie: *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 34 f.

539 Ähnlich *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 37: »Somit weichen die Rechtsprobleme auch bei der reinen Gesetzesergehung nicht von der Umgehung ab: Die rechtliche Problematik gilt entsprechend, nur mit umgekehrten Vorzeichen. Konsequent bildet auf der Grundlage der heute herrschenden Meinung für die Ergehung nicht die erweiternde Auslegung oder Analogie den Lösungsansatz, sondern die teleologische Reduktion.«.

540 *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 37 m.w.N.

541 Richtig: *Heeder*, Fraus legis, S. 113 f.: »Weicht man aber davon ab und assoziiert die Gesetzesumgehung und den Rechtsmißbrauch mit persönlichem Unrecht, indem man eine Umgehungs- bzw. Schädigungsabsicht verlangt, ist schon keine Übereinstimmung mehr festzustellen, da die Umgehungsabsicht bei der fraus legis nicht der Schädigungsabsicht beim Rechtsmißbrauch entspricht.«.

Trotzdem unterscheiden einige Stimmen (wenigstens implizit) zwischen Erschleichung und institutionellem Rechtsmissbrauch.[542]

Benecke meint, zwischen der Gesetzesergehung und dem institutionellen Rechtsmissbrauch sei zu unterscheiden, weil sonst ein ungeklärtes Rechtsinstitut durch ein anderes ersetzt werde. Der Anwendungsbereich des institutionellen Rechtsmissbrauchs sei zu eng und daher für Umgehungsfälle zu inflexibel.[543]

Beide Argumente überzeugen nicht, wenn man mit hier vertretener Ansicht sowohl Gesetzesumgehung als auch institutionellen Rechtsmissbrauch als objektive Normgeltungsfragen erkennt, für die es auf die Absichten des Rechtsausübenden oder –gestaltenden nicht ankommen kann.

1. Das Scheinargument: Schutz des Telos einer Norm als Aufgabe des institutionellen Rechtsmissbrauchs

Das Telosargument, wonach die objektive Zweckverfehlung es rechtfertige, den institutionellen Rechtsmissbrauch anzuwenden, ist Chiffre für gewünschte Ergebniskorrekturen. Tatsächlich ist der institutionelle Rechtsmissbrauch meist Zirkelschluss, weil der Begriff des Missbrauchs durch jenen der Zweckwidrigkeit ersetzt wird, ohne die Zweckwidrigkeit mit der für sie notwendigen Zweckbindung zu begründen. Dabei hat der Rechtsmissbrauchseinwand nie eigenen Funktionsschutz, sondern flankiert nur einen anderweitig gewährleisteten Funktionsschutz.

Darüber hinaus kann § 242 BGB nicht generell als Grundlage für eine richterliche Rechtsfortbildung herangezogen werden, nur weil der Gesetzgeber schweigt. Das ermöglichte grenzen- und voraussetzungslose Rechtsfortbildung, ohne die Kriterien einer Rechtsfortbildung hinreichend offenzulegen (zu den Grenzen der auf § 242 BGB gestützten Rechtsfortbildung § 3 E.II.4.).[544]

a. Funktionszuweisung als Voraussetzung der Funktionswidrigkeit

Trivial ist, dass jede Norm einen bestimmten Zweck verfolgt, zumindest einmal verfolgt hat und soweit Geltung beansprucht, als es ihrem Zweck entspricht. Andernfalls erließe der Gesetzgeber eine Norm nicht und hätte die teleologische Auslegung keine Berechtigung. Möglich ist allenfalls, dass eine Norm zweck- oder sinnlos wird, d.h. materiell – im Idealfall

542 *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 47 ff.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 396 ff.

543 *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 48.

544 Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 9 f. Hiernach komme § 242 nur eine »Durchgangsfunktion« zu.

(durch ein Tätigwerden des Gesetzgebers) auch formell - derogiert. Das Kirchenrecht kennt hierfür die Regel *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, die besagt, »Wenn der Zweck eines Gesetzes wegfällt, entfällt auch das Gesetz selbst«.[545]

Dass jede Norm einen Zweck hat und dieser Zweck nicht leerlaufen soll, ist aber nur ein Scheinargument für eine Anerkennung des Institutsmissbrauchs. Tatsächlich ist es eine *petitio principii*, weil die Frage gerade lautet, ob der Institutsmissbrauch notwendig ist, damit eine Norm nicht zweckwidrig genutzt werden kann. Wer behauptet, ein Institutsmissbrauch sei notwendiger Flankierungsschutz, muss begründen, warum der Zweck einer Norm auch dann Geltung beansprucht, wenn der Normzweck nicht mit den Mitteln der Methodenlehre durchsetzbar ist. Wer eine Lücke bejaht, muss offenlegen, nach welchen Maßstäben er sie feststellt und ausfüllt.[546]

b. Restriktive Auslegung und teleologische Reduktion

In den Fällen des institutionellen Rechtsmissbrauchs kommt zunächst die teleologische *Reduktion* als gesetzesimmanente Rechtsfortbildung in Betracht. Möglich ist auch die analoge Anwendung einer Gegennorm, die das Missbrauchsproblem aus der Umgehungsperspektive löst. Besonderheiten gegenüber der herkömmlichen Methodenlehre bestehen in diesen Fällen nicht.

Die Abgrenzung von Auslegung und Analogie ist dabei fließend. So hat das BAG in der Entscheidung zum Verbot der Zuvor-Beschäftigung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG die adverbiale Bestimmung »bereits zuvor« *ausgelegt* und ist hierbei zu der bekannten zeitlichen Beschränkung von drei Jahren gekommen.[547] Rechtsmethodisch hätte hier angesichts des eindeutigen Wortlauts eine teleologische Reduktion näher gelegen.

c. Keine Rechtsfortbildung extra legem mittels institutionellen Rechtsmissbrauchs

Der institutionelle Rechtsmissbrauch hätte nur eine eigene Funktion, wenn er über Auslegung und teleologische Reduktion hinausginge, er zulässige gesetzesübersteigende richterliche Rechtsfortbildung (*extra legem*) wäre.

Die engen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung *extra legem* wurden dargetan.

---

545 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 872 und 955.
546 MünchKommBGB/*Säcker*, Einl. Rn. 106.
547 BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09 – NZA 2011, 905.

Ein rechtsethisches Prinzip, das die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung rechtfertigte, ist im Fall des Institutsmissbrauchs nicht ersichtlich. Objektive Zweckwidrigkeit ist kein rechtsethisches Prinzip, sondern eine Frage der Übereinstimmung von rechtlicher Gestaltung bzw. Rechtsausübung und Befugnisnorm. Wie oben dargelegt (dazu § 3 D.II.), hängt der institutionelle Rechtsmissbrauch nicht in gleichem Maße wie der individuelle Rechtsmissbrauch mit dem Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme zusammen und verfolgt primär nicht den Schutz desjenigen, der der Rechtsausübung oder der rechtlichen Gestaltung ausgesetzt ist. In einigen Fällen (z.B. Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages) müssen für einen institutionellen Rechtsmissbrauch sogar beide Parteien zusammenwirken. Der »institutionell missbrauchte« befristete Arbeitsvertrag kann nur zustande kommen, wenn sich die Parteien darüber einig sind, dass sie diesen wollen. Wer hier das Argument gestörter Vertragsparität einwenden will, um eine Rechtsfortbildung extra legem zu rechtfertigen, verkennt die Aufgaben des Rechtsmissbrauchs. Ein Instrument zur Herstellung von Verhandlungsgleichgewicht ist er nicht. Zwar mag der Arbeitnehmer in der Mehrzahl der Fälle dem Arbeitgeber »strukturell unterlegen« sein. Die Prüfung eines »Missbrauchs« der arbeitgeberseitigen Verhandlungsmacht führte indes ins Uferlose.[548] Strukturelle Unterlegenheit auszugleichen und damit für Austausch-»gerechtigkeit« zu sorgen, ist nach der Rechtsprechung des BVerfG Schutzauftrag des Tarifvertragssystems und der Tarifautonomie.[549] Die an strukturelle Unterlegenheit anknüpfende Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrages ist der Sittenwidrigkeitsprüfung des § 138 BGB[550] und der AGB-Kontrolle vorbehalten.

Der institutionelle Rechtsmissbrauch schützt primär den Geltungsanspruch der Rechtsordnung (bereits § 3 D.II.4.). Der Geltungsanspruch der Rechtsordnung indes ist kein rechtsethisches Prinzip, das eine gesetzesübersteigende richterliche Rechtsfortbildung rechtfertigte.

Selbstverständlich hat die Rechtsordnung einen Geltungsanspruch. Dieser leitet sich daraus ab, dass die Norm in dem von der Rechtsordnung vorgesehenen Verfahren verabschiedet worden ist.[551] Wie weit der Geltungsanspruch einer Norm reicht, muss die Norm selbst regeln. Wer das bei der Gesetzesumgehung bejaht, kann das beim Rechtsmissbrauch nicht anders sehen. Die dort angeführten Argumente (§ 2 B.IV.) sind ohne weiteres hierher übertragbar. Andernfalls drohte der Geltungsanspruch einer Norm beliebig entgrenzt zu werden.

548 Ohnehin ist fraglich, ob ein »Gleichgewicht« der Vertragspartner verlangt werden kann, dazu *Rittner*, JZ 2011, 269, 272.

549 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a. – NZA 1995, 754, 756; BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR2593/09 – NZA 2011, 60, 61.

550 Zum Lohnwucher: *Rieble/Picker*, ZfA 2014, 153.

551 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 337.

Im Arbeitskampfrecht wird die richterliche Rechtsfortbildung des BAG (auch vom BVerfG, dazu § 3 E.III.2.b.) geduldet, weil sie im von kodifiziertem Recht freien Raum stattfindet. Das Justizverweigerungsverbot untersagt dem Richter, den Rechtsverkehr im ungeregelten Bereich (Lückenbereich) sich selbst zu überlassen.[552]

Das ist der entscheidende Unterschied zwischen ungeregelten Bereichen und institutionellen Missbrauchskonstellationen:

In Fällen des institutionellen Rechtsmissbrauchs ist ein Gesetz vorhanden, das bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet und damit eine Wertung trifft. Die richterliche Befugnis zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung ist gering ausgeprägt.

Insofern ist der Vergleich des § 242 BGB mit Art. 1 ZGB (»Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht [...] nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde«) zwar richtig, soweit er sich auf die allgemeine Funktion des § 242 BGB bezieht[553], für den Rechtsmissbrauch überzeugt der Vergleich indes nicht.

2. Keine Motivkontrolle mittels institutionellen Rechtsmissbrauchs

Rechtsprechung und herrschende Literatur verhelfen mit dem institutionellen Rechtsmissbrauch dem objektiven Normzweck zur Geltung. Der Grund oder das Motiv, aus dem eine bestimmte Gestaltung gewählt wurde, kann in der Kategorie des institutionellen Rechtsmissbrauchs nicht maßgeblich sein.[554] Institutioneller Rechtsmissbrauch knüpft nicht an das Wissen und Wollen einer Person an, sondern allein an den objektiven Gesetzeszweck. Der objektive Normzweck kann durch Gesinnung kaum verletzt sein, da eine Norm hierfür eine bestimmte Gesinnung oder ein be-

552 BVerwG 28.5.1980 – 7 A 2/79 – NJW 1980, 2826, 2828; LAG Düsseldorf 10.3.2004 – 12 Sa 1484/03 – juris Rn. 35; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 823.

553 Der Vergleich findet sich bei MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 23.

554 *Zimmermann*, Rechtsmißbrauchsverbot, S. 129 f.; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 37; *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 76 ff., der den institutionellen Rechtsmissbrauch als Auslegungs- und Analogieproblem betrachtet, S. 77: »Es erscheint besser, auf den Begriff des institutionellen Rechtsmißbrauchs zu verzichten, da es sich um eine besondere Form der Gesetzesauslegung handelt, die gegenüber den allgemeinen Regeln keine Eigenheiten aufweist [...]«; Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 14: »Die Beantwortung der Frage, ob ein Mißbrauch vorliegt, geschieht auch unabhängig von Treu und Glauben; denn es geht um die Zweckbestimmung einer Norm und die Feststellung, ob ein Verhalten, das sich auf diese Bestimmung stützt, von ihrem Sinn noch gedeckt wird.«.

stimmtes Handlungsmotiv verbieten, aber gleichzeitig keine Sanktion für das verbotene Handlungsmotiv normieren dürfte.

Eine allgemeingültige Regel, nach welcher der subjektiv verfolgte Zweck einer Rechtsausübung mit dem Gesetzeszweck übereinstimmen muss, besteht nicht. Das ist zentraler Gewährleistungsgehalt der Privatautonomie (bereits § 3 F.II.3.e.aa.). Beim institutionellen Rechtsmissbrauch folgt der missbrauchsbegründende Umstand allein aus der objektiv bestehenden Lage, bei der der Gesetzeszweck allein wegen der objektiven Lage nicht erreicht wird. Das Motiv der Rechtsausübung ist dort irrelevant. Die subjektiv gesetzes- oder vertragszweckwidrige Rechtsausübung ist kein institutioneller Rechtsmissbrauch.

Ein Recht wird erst dann wegen Zweckwidrigkeit (aber: individuell) missbräuchlich genutzt, wenn der mit der Rechtsausübung verfolgte Zweck unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu rechtfertigen ist, also in Fällen der rechtsethischen Minima. Allein die Tatsache, dass subjektiver Zweck und objektiver Gesetzeszweck nicht übereinstimmen, reicht für die Begründung eines Rechtsmissbrauchs nicht aus. Vielmehr muss das Motiv an sich – unabhängig vom Zweck des potentiell missbrauchten Gesetzes – zu missbilligen sein. Teleologische Normanwendung interessiert sich nicht für Motive und Absichten.

IV. Zwischenbilanz der Rechtmissbrauchsnormen

Der *institutionelle* Rechtsmissbrauch ist ein Auslegungs- und Analogieproblem. Der objektive Sinn und Zweck einer Norm kann und muss sich selbst Geltung verschaffen. Das Telos einer Norm mit § 242 BGB zu schützen, ist überflüssig und jenseits der Grenzen erlaubter Rechtsfindung. Die Auslegung, die teleologische Reduktion und die Analogie sind gegenüber § 242 BGB stets vorrangig[555] und ausreichend, um dem Sinn und Zweck einer Norm gerecht zu werden. An Stellen, an denen die Methodenlehre nicht weiterhilft, ist der Gesetzgeber gefragt. Der Richter ist hier zu einer (Frei-)Rechtsfindung nicht befugt.

Der *individuelle* Rechtsmissbrauch begrenzt nur im Einzelfall die subjektiven Rechte. Er ist rechtsethisch gebotene, richterliche Rechtsfortbildung.

G. Rechtsfolge des Missbrauchseinwands

Ist eine Rechtsausübung missbräuchlich, ist sie unwirksam.[556] Die Unwirksamkeit hat ihrerseits verschiedene Folgen.

---

555 **Diff**. zum Verhältnis von Auslegung und Analogie zu § 242 BGB: Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 345 ff.

556 BGH 27.1.1954 – VI ZR 16/53 – NJW 1954, 508, 509.

I. Der rechtsvernichtende Rechtsmissbrauch

1. Endgültige oder zeitweise Rechtsversagung

Der Rechtsmissbrauchseinwand hat rechtsversagende Wirkung: Weil auch die zeitweise Rechtsversagung in Betracht kommt, wenn die missbrauchsbegründenden Umstände entfallen, hat der Missbrauchseinwand zwar nicht immer, wohl aber in der Mehrzahl der Fälle rechtsvernichtende Wirkung.[557]

Eine zeitweise Rechtsversagung kommt etwa bei der Ehegattenbürgschaft in Betracht, die allein Vermögensverlagerungen auf den leistungsunfähigen Ehegatten verhindern soll. Hat sich das Risiko einer Vermögensverlagerung noch nicht realisiert, ist eine Bürgschaftsklage rechtsmissbräuchlich und als derzeit unbegründet abzuweisen.[558]

2. Besonderheiten des BetrVG

Gölte der Grundsatz der Rechtsversagung uneingeschränkt, könnte der Missbrauchseinwand die Rechte Dritter einschränken:

Ließe der Rechtsmissbrauchseinwand etwa ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entfallen, würde sich das zu Lasten der Belegschaft eines Betriebes auswirken. Diese Besonderheit ist im Betriebsverfassungsrecht zu berücksichtigen (§ 7 B.II.2.).

Was beim freiwillig gewählten Stellvertreter (§§ 164 ff. BGB) gilt, ist auf den zwangsrepräsentierenden Betriebsrat nicht ohne weiteres übertragbar. Arbeiten gewillkürter Stellvertreter und Vertragspartner des Vertretenen zu Lasten des Vertretenen zusammen (Kollusion), führt die missbräuchlich ausgeübte Vertretung dazu, dass das Rechtsgeschäft nach § 138 BGB nichtig ist.[559] Zwar ist das Geschäft unwirksam, der Vertretene verliert indes nicht die Möglichkeit, ein neues Geschäft abzuschließen. Bei betrieblichen Beteiligungsrechten wäre das anders. (ausführlich § 7 B.II.2.).

II. Der mittelbar rechtsbegründende Missbrauch

Über die rechtsversagende Wirkung hinaus kann der Missbrauchseinwand mittelbar eine rechtsbegründende haben.

557 MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 218 f.; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 41.

558 BGH 25.11.1999 – IX ZR 40/98 – NJW 2000, 362, 363 f.

559 BGH 14.6.2000 – VIII ZR 218/99 – NJW 2000, 2896, 2897.

So hat das rechtsmissbräuchliche Berufen auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Folge, dass ein formnichtiges Rechtsgeschäft wegen des Missbrauchseinwands wirksam ist.[560]

Ebenso führt die institutionell rechtsmissbräuchliche Sachgrundbefristung zum Entstehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.[561]

Die mittelbar rechtsbegründende Wirkung des Missbrauchseinwands darf freilich nicht zu der Fehlvorstellung verleiten, dass aus dem Rechtsmissbrauchseinwand selbst Ansprüche abgeleitet werden könnten. Zwar werden Ansprüche teilweise aus § 242 BGB hergeleitet,[562] aber nicht mit dem darauf gestützten Einwand des Rechtsmissbrauchs: Der Rechtsmissbrauch gewährt flankierenden Schutz, dient aber nicht als Anspruchsgrundlage oder Befugnisnorm. Indes meinen einige Arbeitsgerichte, mit dem Einwand des Rechtsmissbrauchs Arbeitsverhältnisse begründen zu können (ausführlich § 6 C.I.2.c.).

III. Kein Kontrahierungszwang infolge Rechtsmissbrauchs

Ein Kontrahierungszwang lässt sich aus dem allgemeinen auf § 242 BGB gestützten Rechtsmissbrauchseinwand nicht ableiten. Es fehlen sowohl die Voraussetzungen eines Kontrahierungszwangs als auch eine Anspruchsgrundlage, auf die sich ein Kontrahierungszwang stützen ließe.

1. Was ist ein Kontrahierungszwang?

Nach *Nipperdey* ist ein Kontrahierungszwang eine »auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen«.[563]

560 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 225; *Armbrüster*, NJW 2007, 3317; **kritisch**: *Gernhuber*, FS Schmidt-Rimpler, S. 151 ff.

561 Vorerst nur: BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351; BAG 19.2.2014 – 7 AZR 260/12 – NZA-RR 2014, 408.

562 Z.B. leitet das BAG aus §§ 611, 242 BGB Auskunftsansprüche des Betriebsratsmitglieds zur Sicherung der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung ab, etwa BAG 19.1.2005 – 7 AZR 208/04 – AuA 2005, 436; BAG 17.8.2005 – 7 AZR 528/04 – NZA 2006, 448, 449.

563 *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 7.

2. Keine Normierung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs

Ein *allgemeiner* Kontrahierungszwang[564] ist weder im BGB noch anderswo normiert. Nur in Sonderkonstellationen, wie etwa bei Kfz-Haftpflichtversicherungsverträgen (§ 5 PflVG) oder im Energiewirtschaftsrecht (§ 36 EnWG), ist ein Kontrahierungszwang angeordnet.[565] Schließlich lässt sich auch aus § 21 AGG für Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr ein Kontrahierungszwang herleiten.[566]

3. Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht?

Ein Kontrahierungszwang, der auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zielt, scheidet im Arbeitsrecht weitgehend aus.

a. Wertung des § 15 Abs. 6 AGG

Für Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG im Arbeitsrecht trifft § 15 Abs. 6 AGG eine eindeutige Entscheidung gegen Kontrahierungszwänge. Hiernach begründet ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.

Jener Vorschrift lässt sich die allgemeine Wertung entnehmen, dass die Folge eines unrechtmäßigen Verhaltens des Arbeitgebers nicht in einem Kontrahierungszwang besteht, sondern allenfalls auf Schadenersatz in Geld gerichtet ist.

Diese Wertung entnimmt auch das BAG der Vorschrift des § 15 Abs. 6 AGG. So hat der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis unter Verstoß gegen das Maßregelungsverbot (§ 612a BGB) beendet worden ist, keinen Anspruch auf Abschluss eines Neuvertrages, weil dem die Wertung des § 15 Abs. 6 AGG entgegensteht.[567]

---

564 Hierzu *Bydlinski*, AcP 180 (1980), S. 1, 28; *Busche*, Privatautonomie, S. 124 ff.

565 *Busche*, Privatautonomie, S. 2 ff.; Staudinger/*Olzen*, Einl. zum Schuldrecht, Rn. 55; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 53 f. jeweils mit weiteren Beispielen.

566 **Str.**, Für einen Kontrahierungszwang: MünchKommBGB/*Thüsing*, § 21 AGG, Rn. 18; *Thüsing/v.Hoff*, NJW 2007, 21 ff; *Bauer/Krieger*, § 21 AGG Rn. 6; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582; MünchKommBGB/*Wagner*, § 826 Rn. 156; **a.A.**: *Armbrüster*, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, NJW 2007, 1494 ff.; *ders.*, Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297, 1303.

567 BAG 21.9.2011 – 7 AZR 150/10 – NZA 2012, 317, 322.

b. Ausnahmen

Ausnahmen macht das BAG (in Übereinstimmung mit der Anordnung des § 15 Abs. 6 AGG, wonach Kontrahierungszwänge aus einem anderen Rechtsgrund zulässig sind) für Schwerbehinderte, bei denen im Einzelfall die Rechtsfolge eines Schadenersatzanspruches nach § 249 Abs. 1 BGB auch im Abschluss eines Arbeitsvertrages bestehen kann.[568]

Aus Art. 33 Abs. 2 GG (Prinzip der Bestenauslese) kann sich im öffentlichen Dienst nach der Rechtsprechung des BAG ebenfalls ein Kontrahierungszwang ergeben, »wenn sämtliche Einstellungsvoraussetzungen in der Person des Bewerbers erfüllt sind und dessen Einstellung die einzig denkbare rechtmäßige Entscheidung der Behörde ist, weil sich jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt«.[569]

c. Keine Ausnahme: Rechtsmissbräuchliche Sachgrundbefristung

Kein Kontrahierungszwang begründet die Berufung auf eine rechtsmissbräuchliche Befristungsabrede, weil damit kein Vertrag begründet, sondern nur die Befristungsabrede vernichtet wird. Im Ergebnis bedeutet es – abgesehen von sog. sozialen Besitzständen, z.B. Kündigungsfristen – für den Arbeitgeber freilich keinen Unterschied, ob er einen neuen Arbeitsvertrag abschließen muss (Kontrahierungszwang) oder ob er ohne neuen Vertragsschluss gezwungen ist, den Arbeitnehmer über die Befristungszeit hinaus zu beschäftigen. Diese Sanktion ist indes in § 16 TzBfG angelegt und ergibt sich damit nur mittelbar aus § 242 BGB.

4. Voraussetzungen eines Kontrahierungszwangs jenseits des Arbeitsrechts

Jenseits des Arbeitsrechts sind die Voraussetzungen eines allgemeinen Kontrahierungszwangs mangels gesetzlicher Normierung unklar.

Klar ist nur, dass die privatautonome Rechtsordnung von der Abschlussfreiheit als Regelfall ausgeht und nur im Ausnahmefall die Abschlussfreiheit eingeschränkt sein kann, namentlich, wenn anderes mit der Rechtsordnung (v.a. mit den Grundrechten) nicht mehr vereinbar wäre.[570]

Jan Busche hat in seinem grundlegenden Werk »Privatautonomie und Kontrahierungszwang« die »qualifizierte Vertragsverweigerung« als Vo-

568 BAG 28.4.1998 – 9 AZR 348/97 – NZA 1999, 152, 153 f.; ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 20.

569 BAG 19.2.2003 – 7 AZR 67/02 – NZA 2003, 1271, 1272 f.; ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 20.

570 Staudinger/*Bork*, Vor §§ 145 ff. Rn. 22.

raussetzung eines Kontrahierungszwangs herausgearbeitet. Nach seiner Ansicht kommt ein Kontrahierungszwang in Betracht, wenn der Vertragsinteressent rechtlich geschützte Interessen verfolgt, dabei von einem Anbieter abhängig ist und der Anbieter sowohl vertragsgeneigt als auch leistungsfähig ist.[571]

Mit sehr ähnlichen Voraussetzungen bejaht die überwiegende Ansicht einen Kontrahierungszwang, wenn der am Vertragsschluss Interessierte auf die Leistung angewiesen ist, keine Ausweichmöglichkeiten hat und ein sachlicher Grund nicht besteht, der es rechtfertigte, den Vertragsschluss abzulehnen.[572]

Die jeweils genannten Voraussetzungen zeigen: Ob ein Kontrahierungszwang zulässig oder gar geboten ist, hängt von Interessenbewertung im Einzelfall ab, die vor allem grundrechtlich geschützte Interessen berücksichtigt.[573]

5. Rechtsmissbrauch als Anspruchsgrundlage?

Selbst wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen eines Kontrahierungszwanges gegeben sind, fungiert der auf § 242 BGB gestützte Rechtsmissbrauchseinwand nicht als Anspruchsgrundlage für jenen. Das gilt unabhängig davon, ob man den Kontrahierungszwang als Schadenersatzanspruch[574] (§§ 826, 249 Abs. 1 BGB) oder als verschuldensunabhängigen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch[575] (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB) begreift.

Der Rechtsmissbrauchseinwand ist keine Anspruchsgrundlage, sondern eine Einwendung, die einem ausgeübten Recht entgegengehalten werden kann. Eine unmittelbar rechtsbegründende Funktion kommt ihm nicht zu.

IV. Schadenersatz wegen Rechtsmissbrauchs

Schadenersatzansprüche können Folge eines Rechtsmissbrauchs sein.

Über einen vertragsrechtlichen Schadenersatzanspruch (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) hinaus, ist unter Umständen ein Schadenersatzanspruch wegen des Missbrauchs einer formalen Rechtsposition aus § 826 BGB in Betracht zu ziehen (z.B. Trihotel-Doktrin[576] oder wegen des Missbrauchs einer Monopolstellung[577]).

571 *Busche*, Privatautonomie, S. 127 ff. und 140 f.
572 Staudinger/*Bork*, Vor §§ 145 ff. Rn. 22; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), S. 1, 41.
573 Staudinger/*Bork*, Vor §§ 145 ff. Rn. 22.
574 Wohl *Bydlinski*, AcP 180 (1980), S. 1, 10 ff. m.w.N.
575 *Busche*, Privatautonomie, S. 225 ff.; Staudinger/*Bork*, Vor §§ 145 ff. Rn. 20.
576 BGH 16.7.2007 – II ZR 3/04 – NJW 2007, 2689.
577 Staudinger/*Olzen*, Einl. zum Schuldrecht Rn. 56.

Bekannt ist das im Arbeitsgerichtsprozess: Wer die Kostentragungsregel des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG, nach der den Parteien im ersten Rechtszug im Urteilsverfahren kein Kostenerstattungsanspruch für ihre Anwaltskosten zusteht, schädigend einsetzt, schuldet Schadenersatz nach § 826 BGB. So hatte das ArbG Leipzig[578] einen Fall zu entscheiden, in dem der Arbeitgeber als Reaktion auf eine Kündigungsschutzklage gegen die Arbeitnehmerin eine offensichtlich unbegründete mit 1,5 Millionen Euro bezifferte Widerklage erhoben hatte, um den Streitwert des Verfahrens und damit die Anwaltskosten der Klägerin (Widerbeklagten) in die Höhe zu treiben. Das ArbG Leipzig bejahte hier einen Schadenersatzanspruch wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB.

H. Darlegungs- und Beweislast

Zentrale prozessuale Frage des Rechtsmissbrauchs ist die Darlegungs- und Beweislast, weil sich der Vorwurf des individuellen Rechtsmissbrauchs auf die Motivation einer Partei beziehen kann. Diese ist dem Beweis nur beschränkt zugänglich.

Der Begriff des Rechtsmissbrauchs enthält eine rechtliche Wertung der vorgetragenen Tatsachen und ist als Rechtsfrage dem Beweis nicht zugänglich. Vergleichbar zur Fahrlässigkeit ist der Rechtsmissbrauch ein zu subsumierender unbestimmter Rechtsbegriff.[579]

I. Allgemeine Grundsätze

Die Darlegungs- und Beweislast verteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, d.h. grundsätzlich hat die Partei den Sachverhalt darzulegen und zu beweisen, die sich auf die Einwendung des Rechtsmissbrauchs beruft.[580] Das gilt im Zivilprozess ebenso wie vor den Gerichten für Arbeitssachen.[581]

Darzulegen und zu beweisen hat die Partei im Prozess Tatsachen. Die rechtliche Würdigung nimmt das Gericht von Amts wegen vor, auch wenn die Parteien hierzu unvollständig vortragen. Tatsachenfrage und damit dem Beweis zugänglich sind nicht nur alle Umstände, die den Rechtsmissbrauch begründen, sondern auch diejenigen Umstände, die im Einzelfall gegen die Verwirklichung eines Rechtsmissbrauchs sprechen.

578 ArbG Leipzig 10.5.2006 – 17 Ca 7564/05 – ArbuR 2007, 53.

579 BGH 6.10.1967 – IV ZR 39/66 – NJW 1968, 496.

580 BGH 27.1.1954 – VI ZR 16/53 – NJW 1954, 508, 509; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 329 f.; allg.: Saenger/*ders.*, ZPO, § 286 Rn. 52 ff.; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rn. 97 ff.

581 Ständige Rechtsprechung, nur: BGH 27.1.1954 – VI ZR 16/53 – NJW 1954, 508, 509; BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43, 48.

II. Beweiserleichterungen

Begründet die subjektive Seite der Rechtsausübung den Rechtsmissbrauchseinwand, sind Darlegung und gegebenenfalls Beweis allein anhand objektiver Indizien möglich. Das wirft die Frage nach etwaigen Beweiserleichterungen auf, insbesondere nach Anscheinsbeweis, abgestufter Darlegungs- und Beweislast oder einer Umkehr der Beweislast aufgrund einer (gesetzlichen) Vermutung.

1. Anscheinsbeweis

Ein Anscheinsbeweis (*Prima-facie*-Beweis) kommt der beweispflichtigen Partei zu Gute, wenn aufgrund eines typischen Geschehensablaufs, d.h. eines nach allgemeiner Lebenserfahrung bestehenden gleichförmigen Vorgangs, sich die Ermittlung der tatsächlichen Einzelfallumstände erübrigt, weil das Geschehen typischerweise auf eine bestimmte Art abläuft.[582] Streng zu beweisen hat die Partei dann nur den eingetretenen Erfolg, für den eine bestimmte Ursache oder ein bestimmter vorangegangener Geschehensablauf typisch ist, der damit also auf die Ursache hinweist.[583] Der Gegenpartei bleibt, konkrete Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, durch die der Anscheinsbeweis erschüttert wird, weil sich aus ihnen die Möglichkeit eines ungewöhnlichen Geschehensablaufs ergibt.[584] So entschied das BAG, der Beweis des ersten Anscheins spreche dafür, dass eine Kündigung gegen eine tarifvertragliche Regelung verstoße, die Kündigungen aus Anlass krankheitsbedingter Arbeitsunterbrechungen untersage, wenn zwischen krankheitsbedingter Arbeitsunterbrechung und Kündigung ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehe.[585] Die mit dem Anscheinsbeweis einhergehende Beweiserleichterung half dabei, das maßgebliche und sonst kaum zu beweisende Motiv des Arbeitgebers nachzuweisen.

Zum Missbrauchseinwand passt der Anscheinsbeweis nicht. In den Fällen, in denen der Missbrauchseinwand greift, ist gerade kein typischer Geschehensablauf, sondern ein Ausnahmefall gegeben, da § 242 BGB nur einen Einwand für Extremfälle gewährt.[586]

2. Abgestufte Darlegungs- und Beweislast

Anders als der Anscheinsbeweis kann die abgestufte Darlegungs- und Beweislast für den Missbrauchseinwand geeignet sein. Das zeigen die aus

582 BGH 5.4.2006 – VIII ZR 283/05 – NJW 2006, 2262 f.; MünchKomm-ZPO/*Prütting*, § 286 Rn. 48; Thomas/Putzo/*Reichold*, § 286 Rn. 12 f.
583 Thomas/Putzo/*Reichold*, § 286 Rn. 13.
584 Thomas/Putzo/*Reichold*, § 286 Rn. 13.
585 BAG 5.2.1998 – 2 AZR 270/97 – NZA 1998, 644, 646.
586 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43, 48.

dem Arbeitsrecht bekannten Anwendungsfälle der abgestuften Darlegungs- und Beweislast.

a. Beispiele abgestufter Darlegungs- und Beweislast

Bekannt ist die abgestufte Darlegungs- und Beweislast als Reaktion auf typischerweise bestehende Beweisnot des Arbeitnehmers im Kündigungsrecht (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG - Sozialauswahl)[587] oder bei § 22 AGG[588].

§ 22 AGG erleichtert den Beweis der Kausalität zwischen Benachteiligung und Merkmal nach § 1 AGG, weil es dem potentiellen Anspruchsteller regelmäßig unmöglich wäre, den Beweis für die Kausalität zu erbringen, da es des Beweises über ein Motiv bedürfte.[589]

Im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG beruht die für betriebsbedingte Kündigungen richterrechtlich etablierte abgestufte Darlegungs- und Beweislast auf der Erwägung, dass dem Arbeitnehmer der Nachweis einer fehlerhaften Sozialauswahl in einer Vielzahl der Fälle kraft unterlegenen Wissens nicht möglich sein wird.[590]

b. Abgestufte Darlegungs- und Beweislast und Rechtsmissbrauch

Diese Wertungen, nach denen der Partei, die über Motive Beweis zu führen oder sonst notwendig unterlegenes Wissen hat, mit der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu helfen ist, lassen sich auf den Rechtsmissbrauchseinwand übertragen. Die abgestufte Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des Rechtsmissbrauchseinwands anzuwenden, ist also zum einen zu erwägen, wenn der Nachweis notwendig am unterlegenen Wissen des Arbeitnehmers scheitert, zum anderen, wenn sich der Vorwurf der unzulässigen Rechtsausübung aus dem Motiv des Rechtsausübenden ergibt.[591] Bejaht man mit der hier vertretenen Ansicht die Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs, liegt es nahe, über die entstehende Beweisnot mit der abgestuften Darlegungs- und Beweislast hinwegzuhelfen.

Das BAG arbeitet z.B. in Kettenbefristungsfällen mit der abgestuften Darlegungs- und Beweislast:

> »Werden [Anm: bei aufeinander geschalteten Sachgrundbefristungen] die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzen alternativ oder insbesondere ku-

587 Ständig, nur BAG 5.6.2008 – 2 AZR 907/06 – NZA 2008, 1120, 1122.
588 § 22 AGG normiert keine Beweislastumkehr, sondern eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast: ErfK/*Schlachter*, § 22 AGG Rn. 1.
589 MünchKommBGB/*Thüsing*, § 22 AGG Rn. 6.
590 MünchKommBGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 399.
591 Für den Fall der kollektiven Ausübung des Widerspruchrechts nach § 613a Abs. 6 BGB: *v.Koppenfels-Spies*, RdA 2010, 72, 76 f.

> mulativ in besonders gravierendem Ausmaß überschritten, kann eine missbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit zur Sachgrundbefristung indiziert sein. In einem solchen Fall hat allerdings der Arbeitgeber regelmäßig die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften.«[592]

Anzahl und Gesamtdauer der befristeten Arbeitsverträge hat der Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen. Das ist ihm ohne weiteres möglich. Dem Arbeitgeber bleibt, Tatsachen darzulegen und ggf. zu beweisen, die gegen einen Missbrauch der Sachgrundbefristung sprechen, um sich nicht dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auszusetzen. Von solchen Tatsachen hat der Arbeitnehmer in der Regel keine oder nur eingeschränkte Kenntnis.

3. Beweislastumkehr

Eine Beweislastumkehr scheidet im Fall des Rechtsmissbrauchs aus. Eine solche bedürfte, weil sonst die allgemeine Regel gilt, gesetzlicher Normierung in Form einer widerleglichen Vermutung (im Fall unwiderleglicher Vermutung, z.B. § 1566 BGB, ist der Beweis des Gegenteils nicht zulässig, § 292 ZPO)[593].

J. Das Verhältnis von Rechtsmissbrauch zur Gesetzesumgehung

Nach den bisher erzielten Ergebnissen weisen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch stets Ähnlichkeit auf.[594]

I. Gemeinsamer Bezugspunkt

Die Argumente »Rechtsmissbrauch« und »Gesetzesumgehung« werden relevant, wenn eine rechtliche Gestaltung oder Rechtsausübung formell dem Gesetz (im Fall der Umgehung: nicht) entspricht, dabei aber gegen seinen materiellen Regelungszweck verstößt. Der Umgehung einer zwingenden Norm oder Verbotsnorm (umgangene Norm) steht meist[595] der Missbrauch einer anderen Norm (Umgehungsnorm) gegenüber. Missbrauch und Umgehung beschreiben dieselbe Verhaltensweise oder denselben Sachverhalt von entgegengesetzten Standpunkten. So wurden etwa die heute aus Rechtsmissbrauchsperspektive gelösten Kettenbefristungen vor Inkrafttreten des TzBfG aus Umgehungsperspektive (KSchG) gelöst.[596]

592 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1358.
593 Musielak/Voit/*Huber*, § 292 Rn. 1.
594 Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 396 ff.
595 Eine Ausnahme besteht in den Fällen, die unter dem Oberbegriff »Missbrauch der Privatautonomie« (§ 3 D.II.2.c.) diskutiert werden.
596 Grundlegend BAG 12.10.1960 – GS 1/59 – NJW 1961, 798.

Beide Argumente sind Methodenproblem, denn sie fragen nach dem Geltungsanspruch einer Norm. In der Rechtsprechung des BAG findet sich dieser Zusammenhang von Missbrauch und Umgehung wieder: Das Gericht bejaht die objektive Gesetzesumgehung einer Norm, »wenn deren Zweck dadurch vereitelt wird, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich, d.h. ohne einen im Gefüge der einschlägigen Rechtsnorm sachlich rechtfertigenden Grund, verwendet werden.«[597] § 42 Abs. 1 Satz 1 AO weist ebenso auf die Abhängigkeit beider Phänomene hin: »Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden.«.

II. Individueller Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung

Der individuelle Rechtsmissbrauch unterscheidet sich deutlicher von der Gesetzesumgehung als der institutionelle Rechtsmissbrauch und es ist notwendig zwischen diesen beiden Kategorien zu differenzieren.[598] Da beim individuellen Rechtsmissbrauch die rechtliche Missbilligung dem Verhalten einer Person im Einzelfall folgt und subjektive Elemente berücksichtigungsfähig sind, unterscheiden sich die Wertungsmaßstäbe von Gesetzesumgehung und individuellem Rechtsmissbrauch deutlich.[599] Es steht nicht jeder Gesetzesumgehung ein individueller Rechtsmissbrauch gegenüber. Umgekehrt kann aber der individuelle Rechtsmissbrauch zur Umgehung einer zwingenden Norm oder Verbotsnorm genutzt werden; individueller Rechtsmissbrauch und Umgehung können also zusammentreffen.

III. Institutioneller Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung

Anders ist das Verhältnis zwischen institutionellem Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung:

Bei der Gesetzesumgehung stellt sich die Frage, wie weit die Auslegung einer zwingenden Norm oder Verbotsnorm reicht und ob der Umgehungssachverhalt unter eine analog angewendete Norm subsumierbar ist. Beim institutionellen Rechtsmissbrauch stellt sich die Frage, was der Gesetzgeber mit der vermeintlich missbrauchten Norm ermöglichen wollte und ob der konkrete Sachverhalt von jener erfasst ist. Der Unterschied folgt (allein) aus dem Blickwinkel. Identisch sind institutioneller Rechtsmissbrauch und der Teilaspekt der Gesetzesumgehung, der unter »Gesetzeserschleichung« oder »Gesetzesergehung«[600] diskutiert wird.[601]

---

597 Nur BAG 26.8.2009 – 5 AZR 522/08 – NZA 2009, 1205, 1207.

598 *Fleischer*, JZ 2003, 865, 870; *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 47 f.; *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 13 f.

599 So auch *v.Lackum*, Gesetzesumgehung, S. 64 f.

600 Terminologie nach *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 34 ff.

Institutioneller Rechtsmissbrauch ist keine Voraussetzung der Umgehung. *Tamussino* zeigt die damit verbundene Tautologie deutlich auf, wenn er darauf hinweist, dass der institutionelle Rechtsmissbrauch nach den gleichen Kriterien bejaht wird wie die Gesetzesumgehung.[602]

Entsprechend gibt es Umgehungsfälle, in denen sich keine »Rechtsmissbrauchsfragen« stellen: Im Fall des Abschlusses von Aufhebungsverträgen zur Umgehung des § 613a BGB stellt sich allein die Frage nach einer Umgehung des § 613a BGB.[603] Das Gegenstück wäre der Missbrauch der Privatautonomie, der nach hier vertretener Ansicht nicht möglich ist.

601 So auch *v.Lackum*, Gesetzesumgehung, S. 62 ff.; *Teichmann*, Gesetzesumgehung; S. 76 ff.; *Sieker*, Umgehungsgeschäfte S. 15 f.; *Mader*, Rechtsmißbrauch, S. 140.

602 *Tamussino*, Umgehung, S. 112 f.

603 *Reiser*, Umgehung, § 9.

§ 4 Deutsche Rechtsmissbrauchs- und Umgehungslehre und unionsrechtliches Missbrauchskonzept

Für das deutsche Recht haben sowohl das allgemeine unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot als auch sekundärrechtlich konkretisierte Missbrauchsverbote Bedeutung. Für das Arbeitsrecht sind vor allem letztere relevant.

A. Das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts

Die Frage, ob Rechtsmissbrauch und Umgehung eigene Rechtsinstitute des Unionsrechts sind, wird uneinheitlich beantwortet.

I. Eigenes Rechtsinstitut versus Auslegungsproblem

Wie im deutschen Recht steht dem Lager, das ein solches Institut bejaht, eines gegenüber, das Rechtsmissbrauchs- und Umgehungsfragen als Problem der Auslegung und Analogie betrachtet.[604]

1. Rechtsmissbrauch als eigenes Rechtsinstitut

L. Neville Brown forderte bereits im Zusammenhang mit den bekannten Fällen des »quota-hopping«[605] die Anerkennung eines allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots (»Need to establish a general principle of abuse of rights«).[606] Das Verhalten der spanischen Fischer, die ihre Schiffe in Irland und England registrierten, um die dortigen Fangquoten auszunutzen, sah er als Missbrauch der Niederlassungsfreiheit an (»It is submitted that quota-hopping, as defined above, is an abuse of the right of establishment.«).[607]

604 Für ein Institut des Rechtsmissbrauchs: Schlussantrag des GA *Maduro* in der Rs. Halifax vom 7.4.2005 – C-255/02 – Slg. 2006, I-1609 Rn. 64 ff.; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 75; **dagegen**: *Kjellgren*, EBLR 179, 192; *Sagan*, EBLR 2010, 15, 24 f.; *v.Lackum*, Gesetzesumgehung, S. 84 ff.; Schlussanträge des GA *Tesauro* in der Rs. Kefalas vom 4.2.1998 – C-367/96 – Slg. 1998, I-2843 Rn. 21 ff.

605 Dazu EuGH 25.7.1991 – C-221/89 »Factortame« – Slg. 1991, I-3905.

606 *L. Neville Brown*, General Principle of Abuse of Rights, S. 511, 524.

607 *L. Neville Brown*, General Principle of Abuse of Rights, S. 511, 525.

2. Rechtsmissbrauch als Auslegungsproblem

Dem stehen Stimmen gegenüber, die ein allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot ablehnen und Rechtsmissbrauch mittels zweckorientierter Auslegung der Normen des Unionsrechts bekämpfen wollen.[608]

Für diese Ansicht ließe sich ein Vergleich zu den freilich grundrechtsbezogenen kodifizierten Rechtsmissbrauchsverboten des Art. 54 GRC

> »Keine Bestimmung dieser Charta ist so auszulegen, als begründe sie das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als dies in der Charta vorgesehen ist.«

und des Art. 17 EMRK

> »Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist.«

heranziehen. Schon der Wortlaut beider Vorschriften zeigt, dass sie eine Auslegungsregel und kein eigenes Rechtsinstitut normieren.[609] Entsprechend wird vertreten, dass die Vorschriften nur deklaratorisch (»Warncharakter«[610]) sind und Fallgestaltungen des Missbrauchs sich bereits auf Schutzbereichs-[611] oder jedenfalls auf Schrankenebene lösen lassen.[612]

II. Ansicht des EuGH

Der EuGH hat sich mit dem Thema »Missbrauch von Gemeinschaftsrechten« im weiteren Sinne erstmals im Jahre 1974 im Rahmen eines möglichen Missbrauchs der Dienstleistungsfreiheit in der Rechtssache *van Binsbergen*[613] auseinandergesetzt. Dort berief sich ein Prozessbevollmächtigter niederländischer Herkunft, der in Belgien lebte, auf die Dienstleistungsfreiheit, um in den Niederlanden tätig sein zu können, obwohl eine niederländische Vorschrift vorsah, dass vor bestimmten Gerichten nur im

608 *Kjellgren*, EBLR 2000, 179, 192; *Sagan*, EBLR 2010, 15, 24 f.; *v.Lackum*, Gesetzesumgehung, S. 84 ff.; Schlussanträge des GA *Tesauro* in der Rs. Kefalas vom 4.2.1998 – C-367/96 – Slg. 1998, I-2843 Rn. 21 ff.

609 *Jarass*, EU-GRC, Art. 54 Rn. 1.

610 Meyer/*Borowsky*, Art. 54 GRC Rn. 12.

611 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 54 GRC Rn. 3;

612 *Jarass*, EU-GRC, Art. 54 Rn. 3; Meyer/*Borowsky*, Art. 54 GRC Rn. 12; anders *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten, S. 427: »Es handelt sich wohl um eine der Schutzbereichsebene noch vorgelagerte Frage der Anwendbarkeit des jeweiligen Grundrechts [...]«.

613 EuGH 3.12.1974 – Rs. 33/74 »van Binsbergen« – Slg. 1974, 1299 Rn. 13.

Inland ansässige Prozessvertreter auftreten dürften. Es drohte eine Umgehung nationaler Vorschriften durch die *missbräuchliche* Berufung auf Gemeinschaftsrecht. Der EuGH hielt die niederländische Vorschrift im Hinblick auf eine funktionierende Justiz für sachlich gerechtfertigt und versagte der Umgehungsstrategie so den Erfolg.[614]

Seitdem folgten zahlreiche Entscheidungen, die Aspekte des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung betrafen.[615] Den Grundsatz eines allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauchs im Unionsrecht formulierte der EuGH ausdrücklich in der Rechtssache *Kofoed*[616] und wiederholte diese Aussage in der Rechtssache *FOGGIA*[617]. Entsprechend ist davon auszugehen, dass der EuGH das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts betrachtet.[618] Eine konsistente Missbrauchs- und Umgehungsdogmatik existiert indes nicht.[619]

1. Betrug und Missbrauch

Eine Besonderheit der unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsdogmatik ist – wenigstens nach deutschrechtlichem Verständnis – die wiederholte Gleichsetzung von Betrug und Rechtsmissbrauch durch den EuGH.[620]

In der Rechtssache Paletta[621] hatte der EuGH zu entscheiden, ob Familie Paletta, die während ihres Urlaubs in Italien geschlossen erkrankte und sich so mutmaßlich ihren Urlaub verlängerte, rechtsmissbräuchlich oder betrügerisch verhalten hatte. Es ging aber nicht um ein missbräuchliches

614 EuGH 3.12.1974 – Rs. 33/74 »van Binsbergen« – Slg. 1974, 1299 Rn. 10 ff.

615 Im Gesellschaftsrecht zentral: EuGH 9.3.1999 – C-212/97 »Centros« – Slg. 1999, I-1459; EuGH 5.11.2002 – C-208/00 »Überseering« – Slg. 2002, I-9919; EuGH 30.9.2003 – C-167/01 »Inspire Art« – Slg. 2003, I-10155; im Steuerrecht: EuGH 21.2.2006 – C-255/02 »Halifax« – Slg. 2006, I-1609; EuGH 12.9.2006 – C-196/04 »Cadbury Schweppes« – Slg. 2006, I-7995; zu »U-Turn-Constructions«: EuGH 14.12.2000 – C-110/99 »Emsland Stärke« – Slg. 2000, I-11569.

616 EuGH 5.7.2007 – Rs. C-321/05 »Kofoed« – Slg. 2007, I-5795 Rn. 38.

617 EuGH 10.11.2011 – Rs. C-126/10 »Foggia SGPS« – Slg 2011, I-10923, Rn. 50.

618 So auch *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 75; befürwortend bereits: *Zimmermann*, Das Rechtsmißbrauchsverbot, S. 199 ff.; **zweifelnd**: *Sagan*, Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 171, 191: »vereinzelte[n] Entscheidung des EuGH«.

619 Kritisch: *Kjellgren*, EBLR 2000, 179, 190; *Eidenmüller*, ECFR 2009, 1, 8 ff.; *Fleischer*, JZ 2003, 865, 868 ff.; *Englisch*, StuW 2009, 3, 5 ff.

620 Ständig, zuletzt wieder EuGH 17.7.2014 – C-58/13, C-59/13 »Torresi« – NJW 2014, 2849, 2851 Rn. 42 m.w.N.

621 EuGH 3.6.1992 – C-45/90 »Paletta I« – NZA 1992, 735; EuGH 2.5.1996 – C-206/94 »Paletta II« – NZA 1996, 635; anschließend BAG 19.2.1997 – 5 AZR 747/93 – NZA 1997, 705.

Berufen auf Gemeinschaftsrecht, sondern vielmehr um die Abwehr von Betrug. Wer Krankheit behauptet, wo keine Krankheit ist, der missbraucht das Recht auf Leistungsbefreiung nach § 275 Abs. 1 oder 3 BGB[622] nicht, sondern bricht es. Es fehlt an einem für den Rechtsmissbrauch nötigen formal bestehenden Recht.[623] Die Familie Paletta (bzw. der Vater der Familie, dessen Erkrankung Gegenstand des Prozesses war) hätte allenfalls von der Beweisnot des Arbeitgebers profitieren können, weil jener die Unrichtigkeit der ausländischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hätte darlegen und beweisen müssen. Auch das hätte freilich keinen Missbrauch begründet, sondern wäre Betrug gewesen.

Ähnlich verhielt es sich im Fall *Günaydin*[624], in welchem der EuGH entschied, es sei kein Rechtsmissbrauch, »wenn ein türkischer Arbeitnehmer seinen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat verlängern will, obwohl er sich ausdrücklich mit der Beschränkung seines Aufenthalts in diesem Mitgliedstaat einverstanden erklärt hatte. Durch den Umstand, daß dieser Arbeitnehmer erklärt hatte, nach Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat, die der Vervollkommnung seiner beruflichen Fähigkeiten dienen sollte, in die Türkei zurückkehren zu wollen, könnte ihm die Inanspruchnahme der Rechte aus Artikel 6 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 nur dann verwehrt sein, wenn das vorlegende Gericht feststellen sollte, daß er diese Erklärung nur zu dem Zweck abgegeben hat, unberechtigterweise die Arbeits- und Aufenthaltserlaubnisse im Aufnahmemitgliedstaat zu erlangen«. Auch dort stand als »missbrauchsbegründende« Handlung eine Täuschung zur Rede, mithin nach deutschrechtlichem Verständnis kein Rechtsmissbrauch.[625]

2. Subjektivierung des Rechtsmissbrauchs

Ob Rechtsmissbrauch und Umgehung eigene Institute einer Rechtsordnung sind, hängt vor allem davon ab, ob subjektive Elemente (Umgehungs-, Missbrauchsabsicht) für die Verwirklichung nötig sind.[626]

Ob der EuGH ein subjektives Element verlangt, um Rechtsmissbrauch oder Umgehung anzunehmen, wird unterschiedlich beantwortet, da die hierzu ergangene Rechtsprechung selbst von den Generalanwälten des EuGH unterschiedlich interpretiert wird:

622 Zur Differenzierung zwischen § 275 Abs. 1 und 3 BGB: ErfK/*Preis*, § 611 Rn. 685 m.w.N.

623 *Eidenmüller*, ECFR 2009, 1, 9; *Fleischer*, JZ 2003, 865, 870; *Englisch*, StuW 2009, 3, 20.

624 EuGH 30.9.1997 – C-36/96 »Günaydin« – Slg. 1997, I-5143 Rn. 61.

625 So auch *v.Lackum*, Gesetzesumgehung, S. 235 f.

626 *v.Lackum*, Gesetzesumgehung, S. 85.

Generalanwalt *Maduro*, der bereits in seinen Schlussanträgen in der Rechtsache *Halifax* von einem Verbot des Rechtsmissbrauchs als allgemeinem Grundsatz des Unionsrechts ausgeht[627], verneint an dieser Stelle die Notwendigkeit eines subjektiven Elements.[628] Seine objektive Ansicht bedeutet in konsequenter Anwendung, dass die Frage des Missbrauchs im Unionsrecht im Wege der Auslegung zu beantworten und zu lösen ist. Das erkennt *Maduro* freilich, wenn er schreibt:

> »Die Prüfung des objektiven Zweckes der Gemeinschaftsregelung und der ausgeführten Tätigkeiten, nicht aber die der subjektiven Absichten Einzelner steht meines Erachtens im Zentrum der gemeinschaftsrechtlichen Lehre vom Missbrauch. Ich bin daher der Ansicht, dass die Verwendung des Begriffes Rechtsmissbrauch für das, was nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes **im Wesentlichen eine Frage der Auslegung** [Hervorhebung nur hier] des Gemeinschaftsrechts ist, sogar missverständlich sein kann.«.[629]

Anders sieht das die Generalanwältin *Trstenjak*, die meint, der Rechtsmissbrauch erfordere ein subjektives Element, d.h. es sei eine zweistufige Missbrauchsprüfung vorzunehmen. Sie schreibt in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache *Budějovický Budvar*:

> »Nach Auffassung des Gerichtshofs setzt der Nachweis eines Missbrauchs zum einen voraus, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände des Einzelfalls ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde. Zum anderen **setzt er ein subjektives Element voraus, nämlich die Absicht, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen** [Hervorhebung nur hier], dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden.«.[630]

a. »U-Turn-« und »Strohmann-Konstruktionen«

Nach deutschrechtlichem Verständnis wären die Fälle sog. »U-turn-Konstruktionen« dem institutionellen Rechtsmissbrauch bzw. spiegelbildlich der Gesetzesumgehung zuzuordnen und damit ein subjektives Element nicht berücksichtigungsfähig. Anders vor dem EuGH:

In der Rechtssache *Emsland-Stärke*[631] führte die Emsland-Stärke-GmbH Stärke-Erzeugnisse in die Schweiz aus. Hierfür erhielt sie Ausfuhrerstat-

627 Schlussantrag des GA *Maduro* in der Rs. Halifax vom 7.4.2005 – C-255/02 – Slg. 2006, I-1609 Rn. 64 ff.

628 Schlussantrag des GA *Maduro* in der Rs. Halifax vom 7.4.2005 – C-255/02 – Slg. 2006, I-1609 Rn. 70 f.

629 Schlussantrag des GA *Maduro* in der Rs. Halifax vom 7.4.2005 – C-255/02 – Slg. 2006, I-1609 Rn. 71.

630 Schlussantrag der GAin *Trstenjak* in der Rechtssache Budějovický Budvar vom 3.2.2011 – C-482/09 – Slg. 2011, I-8701 Rn. 119.

631 EuGH 14.12.2000 – C-110/99 »Emsland Stärke« – Slg. 2000, I-11569.

tungen. Unmittelbar nach der Ausfuhr in die Schweiz wurden die Stärke-Erzeugnisse unverändert und mit denselben Transportmitteln wieder nach Deutschland oder nach Italien eingeführt. Ziel dieser »U-Turn-Konstruktion« war allein, besagte Ausfuhrerstattungen zu erhalten. Zunächst stellte der Gerichtshof fest, dass die formalen Voraussetzungen der Ausfuhrerstattungen erfüllt waren, weil die Stärke-Produkte das Gemeinschaftsgebiet verlassen hatten.[632]

Die Missbrauchsprüfung nahm der EuGH zweistufig vor: Die Feststellung eines Missbrauchs setze »zum einen voraus, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde.« Zum anderen setze »sie ein subjektives Element voraus, nämlich die Absicht, sich einen gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden«.[633]

Ähnlich beurteilte der Gerichtshof »U-Turn-Konstruktionen« bereits in der Rechtssache *Leclerc*. Dort ging es um eine Unterschreitung der französischen Buchpreisbindung durch Aus- und Wiedereinfuhr. Dort wollte der EuGH für die Frage der Umgehung geprüft wissen, ob objektive Umstände darauf hindeuten, dass der Zweck der Ausfuhr allein in der Wiedereinfuhr und der damit verbundenen Umgehung der Buchpreisbindung bestehe.[634]

Die vom EuGH der Umgehung beigemessene Motivkontrollfunktion bestätigt die Rs. *SICES*.[635] Dort ging es um Zollprivilegien für Knoblauchimporteure. Inhaber von Einfuhrlizenzen von Knoblauch kauften im Sachverhalt der dortigen Rechtssache Knoblauch von anderen Importeuren, die zwar auch Lizenzinhaber waren, ihre Lizenzen indes erschöpft hatten, außerhalb der Union. Anschließend importierten sie den Knoblauch und nutzten dabei ihre Zollprivilegien. Im nächsten Schritt verkauften sie den Knoblauch an den ursprünglichen Verkäufer. Sie fungierten aus dessen Sicht mithin als »Vehikel«, um zollvergünstigt Knoblauch importieren zu können.

Der Gerichtshof gab dem vorlegenden italienischen Gericht auch hier eine zweistufige Prüfung vor[636]: Die Ausführungen zum objektiven Element entsprachen hierbei jenen in der Rechtssache Emsland-Stärke (siehe soeben). Subjektiv sei erforderlich, dass die Erlangung eines ungerechtfer-

632 EuGH 14.12.2000 – C-110/99 »Emsland Stärke« – Slg. 2000, I-11569 Rn. 46 f.
633 EuGH 14.12.2000 – C-110/99 »Emsland Stärke« – Slg. 2000, I-11569 Rn. 52 f.
634 EuGH 10.1.1985 – C-229/83 »Leclerc« – Slg. 1985, 1 Rn. 27.
635 EuGH 13.3.2014 – C-155/13 »SICES« – BeckRS 2014, 80525.
636 EuGH 13.3.2014 – C-155/13 »SICES« – BeckRS 2014, 80525 Rn. 29 ff.

tigten Vorteils bezweckt werde. Das Missbrauchsverbot sei nicht einschlägig, »wenn die fraglichen Umsätze eine andere Erklärung haben können als nur die Erlangung eines Vorteils«.[637] Den Beweis für das subjektive Element könne u.a. der »künstliche Charakter« der Gestaltung erbringen.[638]

b. Missbrauch der Niederlassungsfreiheit

Ein ähnliches Bild ergeben die für einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit maßgebenden Entscheidungen:

In den für den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmissbrauch maßgebenden Rechtssachen *Centros*[639], *Überseering*[640] und *Inspire Art*[641] schien der EuGH zu einer objektiven Missbrauchs- bzw. Umgehungslehre zu tendieren.[642] Die subjektiven Gründe, aus denen eine Gesellschaft errichtet wurde, hielt der Gerichtshof für eine Anwendung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit – abgesehen von den Fällen des Betruges – für irrelevant.[643] Vor allem werde die Niederlassungsfreiheit auch dann nicht missbraucht, wenn eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur deshalb gegründet werde, um in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu kommen, selbst dann nicht, wenn die Gesellschaft hauptsächlich in einem zweiten Mitgliedstaat tätig ist.[644] Dem Rechtsunterworfenen stehe es frei, eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat zu gründen, dessen Rechtsvorschriften ihm die größten Freiheiten lassen. Das folgt nach Ansicht des Gerichtshofs im Binnenmarkt unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit.[645]

Diese Tendenz zu einer objektiven Missbrauchs- und Umgehungslehre negiert der EuGH in der das Steuer- und Gesellschaftsrecht betreffenden Rechtssache *Cadbury Schweppes*.[646] Der Gerichtshof hält zwar an den Aussagen der Rs. *Centros* und *Inspire Art* fest, wonach es keinen Missbrauch begründet, eine Gesellschaft nur in einem Mitgliedstaat zu grün-

637 EuGH 13.3.2014 – C-155/13 »SICES« – BeckRS 2014, 80525 Rn. 33.
638 EuGH 13.3.2014 – C-155/13 »SICES« – BeckRS 2014, 80525 Rn. 33.
639 EuGH 9.3.1999 – C-212/97 »Centros« – Slg. 1999, I-1459.
640 EuGH 5.11.2002 – C-208/00 »Überseering« – Slg. 2002, I-9919.
641 EuGH 30.9.2003 – C-167/01 »Inspire Art« – Slg. 2003, I-10155.
642 Diff. *v.Lackum*, Gesetzesumgehung, S. 22 ff.
643 EuGH 30.9.2003 – C-167/01 »Inspire Art« – Slg. 2003, I-10155 Rn. 95; EuGH 9.3.1999 – C-212/97 »Centros« – Slg. 1999, I-1459 Rn. 18.
644 EuGH 30.9.2003 – C-167/01 »Inspire Art« – Slg. 2003, I-10155 Rn. 96; EuGH 9.3.1999 – C-212/97 »Centros« – Slg. 1999, I-1459 Rn. 18.
645 EuGH 9.3.1999 – C-212/97 »Centros« – Slg. 1999, I-1459 Rn. 27.
646 EuGH 12.9.2006 – C-196/04 »Cadbury Schweppes« – Slg. 2006, I-7995; zu der Einschränkung bereits: *Sagan*, Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 171, 192.

den, um in den Genuss vorteilhafter Regelungen zu kommen.[647] Der Gerichtshof hält eine mitgliedstaatliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aber für möglich,

> »wenn das spezifische Ziel der Beschränkung darin liegt, Verhaltensweisen zu verhindern, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird.«.[648]

Missbräuchlich sei die Gestaltung, die von einem subjektiv und objektiv missbräuchlichen Element getragen sei. Subjektiv müsse der Rechtsgestaltende im konkreten Fall nach einem Steuervorteil streben und objektiv müssten Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass »trotz formaler Beachtung der im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Voraussetzungen der mit der Niederlassungsfreiheit verfolgte Zweck, […] nicht erreicht worden ist.«.[649] Das ist der Fall, wenn die Gestaltung keiner wirtschaftlichen Realität entspricht.[650] Für das Steuerrecht hatte bereits die Entscheidung in der Rs. *Halifax*[651] darauf hingedeutet, dass der EuGH die Motive der Rechtsgestaltenden für berücksichtigungsfähig hält. Dort sah der EuGH es für einen Rechtsmissbrauch als notwendig an, dass »im Wesentlichen ein Steuervorteil bezweckt wird.« Hingegen sei das Missbrauchsverbot irrelevant, »wenn die fraglichen Umsätze eine andere Erklärung haben können als nur die Erlangung von Steuervorteilen«.[652]

c. Folgerungen für die Frage einer subjektiven Rechtsmissbrauchslehre

Die zitierte Rechtsprechung zeigt, dass der EuGH das Rechtsmissbrauchs- und Umgehungsverbot als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts betrachtet. Eine Fallgruppenbildung unterbleibt.

Zwar kommt der Gerichtshof teilweise ohne die Prüfung subjektiver Elemente aus, doch hält er die Motive der Parteien für berücksichtigungsfähig.

---

647 EuGH 12.9.2006 – C-196/04 »Cadbury Schweppes« – Slg. 2006, I-7995 Rn. 37.
648 EuGH 12.9.2006 – C-196/04 »Cadbury Schweppes« – Slg. 2006, I-7995 Rn. 55.
649 EuGH 12.9.2006 – C-196/04 »Cadbury Schweppes« – Slg. 2006, I-7995 Rn. 64 f.
650 EuGH 12.9.2006 – C-196/04 »Cadbury Schweppes« – Slg. 2006, I-7995 Rn. 65.
651 EuGH 21.2.2006 – C-255/02 »Halifax« – Slg. 2006, I-1609.
652 EuGH 21.2.2006 – C-255/02 »Halifax« – Slg. 2006, I-1609 Rn. 75.

Die zuletzt wieder in der Rechtssache *Torresi* getätigten Ausführungen des Gerichtshofs deuten ebenfalls darauf hin, dass er nicht (immer) auf ein subjektives Element verzichten will:

> »Die Feststellung einer missbräuchlichen Praxis verlangt das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Elements […] In Bezug auf das subjektive Element muss die Absicht ersichtlich sein, sich eine ungerechtfertigten Vorteil aus der Unionsregelung dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden«.[653]

Die dabei durchgeführte Motivkontrolle bietet Fluchtmöglichkeiten, um dem Missbrauchsvorwurf zu entkommen: Weil der subjektive Missbrauchsvorwurf aus »willkürlichen« oder »künstlichen Gestaltungen« folgt, genügt ein irgendgearteter Sachgrund, um den subjektiven Missbrauchsvorwurf zu entkräften. Das »richtige« Motiv ist nicht nötig.

III. Grenzen des allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbotes

Wie die Generalanwältin *Kokott* in der Rechtssache *Kofoed* zutreffend festgestellt hat, ist das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs nicht anwendbar, wenn es eine Konkretisierung durch eine Richtlinie erfahren hat. In diesem Fall fordert schon das Gebot der Rechtssicherheit, das spezielle Missbrauchsverbot anzuwenden.[654] Entsprechend prüft der EuGH in der Rechtssache *Kofoed* einen möglichen Missbrauch an dem dort vorrangigen Missbrauchsverbot des Art. 11 Abs. 1 lit. a RL 90/434/EG und urteilte insofern deklaratorisch, dass diese den allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts widerspiegele, wonach Rechtsmissbrauch verboten sei.[655]

Diese Aussage zeigt, dass ergänzend auf den allgemeinen Grundsatz des Missbrauchsverbotes zurückgegriffen werden kann, wenn ein spezielles Missbrauchsverbot keine Kriterien für einen Missbrauch benennt.

B. Sekundärrechtliche Missbrauchsverbote

Neben einem allgemeinen, primärrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbot enthalten einige Richtlinien spezielle Missbrauchsverbote.

---

653 EuGH 17.7.2014 – C-58/13, C-59/13 »Torresi« - NJW 2014, 2849, 2852 f., Rn. 44 ff.

654 Schlussantrag der GAin *Kokott* in der Rechtssache Kofoed vom 8.2.2007 – C-321/05 – Slg. 2007, I-5795 Rn. 67.

655 EuGH 5.7.2007 – Rs. C-321/05 »Kofoed« – Slg. 2007, I-5795 Rn. 38.

I. Missbrauchsprävention durch Richtlinien im Arbeitsrecht

Relevant für arbeitsrechtliche Missbrauchskontrollen sind vor allem die Befristungsrichtlinie (RL 1999/70/EG) und die Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG). Sie verfolgen das Ziel, einen Missbrauch des befristeten Arbeitsvertrages bzw. der Arbeitnehmerüberlassung zu verhüten (Erwägungsgrund 14 RL 1999/70/EG und in der zugrundeliegenden Rahmenvereinbarung Erwägungsgrund 7, §§ 1, 5 bzw. Erwägungsgrund 18, Art. 4 Abs. 1 und 5 Abs. 5 RL 2008/104/EG).

Entsprechend stützt das BAG im Kampf gegen Kettenbefristungen die institutionelle Missbrauchskontrolle ausdrücklich auf das sekundärrechtliche Missbrauchsverbot des § 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge bzw. die dazu ergangene Vorabentscheidung des EuGH (dazu noch unten § 6 C.I.1.a.).

Nur theoretisch[656] von Bedeutung ist im Arbeitsrecht das sekundärrechtliche Missbrauchsverbot der SE-RL: Wer eine SE gründet, ist der Missbrauchskontrolle nach § 43 SEBG und dem sekundärrechtlichen Missbrauchsverbot nach Art. 11 SE-RL[657] ausgesetzt.

II. Einfluss sekundärrechtlicher Vorgaben auf die deutschrechtliche Missbrauchslehre

Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist die Richtlinie und also ein sekundärrechtliches Missbrauchsverbot für jeden Mitgliedstaat, an den sie (es) gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Diese Wahlfreiheit hinsichtlich Form und Mittel ist restriktiv zu verstehen.[658] Sie ist eingeschränkt durch den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit, das Äquivalenzprinzip, und die Erfordernisse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.[659] Da die Umsetzung einer Richtlinie Aufgabe und Befugnis aller innerstaatlichen Träger öffentlicher Gewalt ist[660], der Begriff des Mitgliedstaates in Art. 288 Abs. 3 AEUV funktional verstanden wird[661], richten sich diese Anforderungen auch an die Gerichte, die eine richtlinienkonforme Rechtslage herzustellen haben. Das kann auch mit Hilfe

656 Ein Fall, in dem das Missbrauchsverbot zur Anwendung gekommen wäre, ist nicht bekannt.
657 Dazu *Rehberg*, ZGR 2005, 859.
658 Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 87.
659 *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 209; Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 90 f.; Calliess/*Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 26.
660 *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 202.
661 Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 73.

von Generalklauseln geschehen[662], gleichwohl damit die Richtlinie selten transparent umgesetzt wird.

Eine auf § 242 BGB gestützte Missbrauchs- und Umgehungskontrolle ist freilich an den Anforderungen der Richtlinie selbst, am Gebot transparenter und rechtssicherer Richtlinienumsetzung und am Effektivitätsgrundsatz zu messen.[663]

1. Das Missbrauchskriterium: Die Vorgaben der Richtlinie

Die Kriterien für die Identifikation eines Missbrauchs normiert idealerweise die umzusetzende Richtlinie: Die Frage ist dann: Was versteht die Richtlinie unter dem Begriff des Missbrauchs und was sind ihre Mittel gegen einen solchen?

Solche Missbrauchskriterien enthält die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG (bzw. § 5 der im Anhang befindlichen Sozialpartnerrahmenvereinbarung) mit der Forderung nach sachlichen Gründen oder einer Höchstgrenze für Gesamtzahl und –dauer befristeter Arbeitsverträge. Ein Mindestmaß an Rechtssicherheit ist damit gewährleistet. Eine genaue Grenze, bei der zulässiger Rechtsgebrauch in eine missbräuchlich vereinbarte Befristung umschlägt, ist zwar nicht erkennbar (noch § 6 C.I.1.b.cc.[2].), doch kann das nationale Gericht die unionsrechtlich relevanten Kriterien berücksichtigen, wenn es die Wirksamkeit einer arbeitsvertraglichen Befristung prüft.

2. Anleihen beim allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbot

Schwieriger ist, einen Rechtsmissbrauch zu identifizieren und die vor nationalen Gerichten unionsrechtlich gebotene Missbrauchskontrolle zu handhaben, wenn die Richtlinie selbst keine Anhaltspunkte bietet, um den Missbrauchsbegriff zu konkretisieren oder schon keine Missbrauchsregelung enthält. Hier bleibt hilfsweise der Rückgriff auf das allgemeine unionsrechtliche Missbrauchsverbot, das durch spezielle Missbrauchsverbote widergespiegelt wird.[664]

a. Beispiel – AGG-Hopper

Sowohl das AGG als auch die von diesem umgesetzten Richtlinien geben keine Anhaltspunkte, ob und wenn ja, unter welchen Umständen, dem

662 Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 93; *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 234 ff.
663 *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 234 ff.
664 EuGH 5.7.2007 – Rs. C-321/05 »Kofoed« – Slg. 2007, I-5795 Rn. 38.

Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegengehalten werden kann.

aa. Anwendungsbereich des Unionsrechts

Der Entschädigungsanspruch ist ohne weiteres im Anwendungsbereich des Unionsrechts, weil die Richtlinien, die das AGG umsetzt, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen fordern, Art. 17 RL 2006/54/EG, Art. 15 RL 2000/43/EG; Art. 17 RL 2000/78/EG. Eine nationale Rechtsmissbrauchskontrolle durch das BAG muss unionsrechtskonform sein, d.h. sich an den unionsrechtlich gebotenen (nicht kodifizierten) Wertungskriterien orientieren.

bb. Motiv als zulässiges Kriterium des Rechtsmissbrauchs

Weil für das Unionsrecht unerheblich ist, auf welchem rechtlichen Weg ein Gericht ein unionsrechtskonformes Ergebnis erreicht (noch § 4 C.II.), ist in Fällen des »AGG-Hopping« irrelevant, ob ein etwaiger Missbrauch im Rahmen des Bewerberbegriffs oder mit einer nachgelagerten Rechtsmissbrauchskontrolle (§ 1 A.II.2.b.) gelöst wird.

Die zentrale Frage, die der EuGH in dem derzeit anhängigen Vorabentscheidungsverfahren zu beantworten haben wird, lautet vielmehr, ob das Motiv des »AGG-Hoppers« zulässiges Missbrauchskriterium ist, mithin die subjektiv nicht ernst gemeinte Bewerbung keinen Diskriminierungsschutz genießt.[665]

Da die Richtlinien keine Vorgaben hierzu enthalten (siehe soeben), ist vorstellbar, dass der EuGH bei Auslegung des Merkmals »Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit« zumindest hilfsweise auf das bereits vorgestellte allgemeine unionsrechtliche Missbrauchsverbot (§ 4 A.) zurückgreifen wird. Dafür spricht, dass der Gerichtshof schon in der Rechtssache *Kofoed* primär anhand der dort relevanten Richtlinie und deren Missbrauchsverbot urteilte, dabei aber auf das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts Bezug nahm.[666]

Das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeiner Grundsatz der Unionsrechts lässt die Berücksichtigung subjektiver Elemente nach der Rechtsprechung des Unionsrechts zu (§ 4 A.II.2.). Damit will der EuGH verhindern, dass der Rechtsausübende einen unionsrechtlich nicht vorgesehen Vorteil dadurch erlangt, dass er mit Absicht die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich schafft (§ 4 A.II.2.).

665 Dazu BAG 18.6.2015 – 8 AZR 848/13 (A) – NZA 2015, 1063.
666 EuGH 5.7.2007 – Rs. C-321/05 »Kofoed« – Slg. 2007, I-5795 Rn. 38.

Im Fall eines Scheinbewerbers wird der EuGH wohl zu dem Ergebnis kommen, dass das Ziel des Anti-Diskriminierungsrechts *ad absurdum* geführt würde, wenn auch demjenigen Diskriminierungsschutz zustünde, der sich allein zu dem Zweck bewirbt, die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch zu schaffen. Ziel des Diskriminierungsrechts ist es nicht, denjenigen zu schützen, der tatsächlich keinen Zugang zu Beschäftigung begehrt. Der Gerichtshof wird jedenfalls keine Bedenken haben, das Motiv des Scheinbewerbers zu berücksichtigen.

cc. Schlussfolgerung für die deutsche Rechtsmissbrauchslehre

Versagt der EuGH mit hier vertretener Ansicht dem Scheinbewerber den Diskriminierungsschutz, bestätigt das die Motivkontrollfunktion der individuellen Rechtsmissbrauchslehre. Das Unionsrecht gäbe in diesem Fall vor, subjektive Elemente zu berücksichtigen.

b. Beispiel – Missbrauch der Societas Europaea

Kaum rechtssicher vorhersagen lässt sich bisher, wann die Rechtsform der SE missbraucht wird.[667]

aa. Kodifizierte Missbrauchsregelungen

Jener Rechtsmissbrauch beurteilte sich nach § 43 SEBG, der Art. 11 der SE-RL umsetzt.[668] § 43 Satz 1 SEBG lautet: »Eine SE darf nicht dazu missbraucht werden, den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten.«. Der mit »Verfahrensmissbrauch« überschriebene Art. 11 der SE-Richtlinie normiert: »Die Mitgliedstaaten treffen im Einklang mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen, um zu verhindern, dass eine SE dazu missbraucht wird, Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten.«. Für die Auslegung des § 43 SEBG hilft letzterer wenig. Eine Missbrauchsdefinition fehlt ebenso wie entsprechende Kriterien.[669] Wenig hilfreich ist bei der Identifizierung eines Missbrauchs auch die Vermutung in § 43 Satz 2 SEBG, die Rechtsbruch und –missbrauch vermengt.

bb. Rechtsmissbrauchskontrolle versus Auslegung und Analogie

Die überwiegende Ansicht hält den Begriff des »Missbrauchs« im Sinne des Art. 11 SE-RL (bzw. § 43 SEBG) für deklaratorisch, mithin die Vorga-

667 MünchKommAktG/*Jacobs*, § 43 SEBG Rn. 1.
668 MünchKommAktG/*Jacobs*, § 43 SEBG Rn. 1.
669 KölnKommAktG/*Feuerborn*, § 43 SEBG Rn. 2; MünchKommAktG/*Jacobs*, § 43 SEBG Rn. 1.

ben der Richtlinie (bzw. von SEBG) und der SE-VO für ausreichende Missbrauchsprävention.[670]

[1] Rechtsmissbrauchskontrolle

Sagan plädiert dafür, die Rechtsprechung des EuGH zum Missbrauch der Niederlassungsfreiheit konkretisierend heranzuziehen.[671] Nach seiner Ansicht wird die SE missbraucht, wenn objektiv eine rein künstliche Gestaltung gewählt werde, dabei staatliche Vorschriften über die Beteiligung von Arbeitnehmern umgangen würden und das Motiv des Gestaltenden auf die Umgehung gerichtet sei.[672]

Für *Sagan* streitet gewichtig, dass das Letztentscheidungsrecht über die Kriterien eines Missbrauchs beim EuGH liegt und hilfsweise auf das allgemeine Missbrauchsverbot des EuGH zurückzugreifen ist:

Da eine Missbrauchskontrolle nach § 43 SEBG im Anwendungsbereich des Unionsrechts stattfindet, müssen sich etwaige Missbrauchskriterien am Unionsrecht und der Rechtsprechung des EuGH orientieren. Insofern ist es zwar denkbar, Anleihen bei anderen Missbrauchsnormen wie z.B. § 42 AO[673] zu nehmen, entscheidend bleibt das unionsrechtskonforme Ergebnis.

Richtig dürfte die SE-Missbrauchskontrolle daher im Sinne einer Willkürkontrolle zu verstehen sein, so dass die gewählte Gestaltung eines sie rechtfertigenden sachlichen Grundes bedarf, sofern sie auf die Entziehung oder Vorenthaltung von Beteiligungsrechten abzielt.[674] D.h., selbst wenn die Gestaltung mit dem Motiv der Entziehung oder Vorenthaltung von Beteiligungsrechten gewählt wurde, reicht das für einen Rechtsmissbrauchsvorwurf nicht aus.[675] Von vornherein scheidet ein Missbrauch aus, wenn die SE-Gründung zur Erhaltung des Mitbestimmungsniveaus führt, also u.U. auch zur Beibehaltung der Mitbestimmungsfreiheit, denn hier wird

670 So *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 866 f.; ähnlich MünchKommAktG/*Jacobs*, § 43 SEBG Rn. 2a; KölnKommAktG/*Feuerborn*, § 43 SEBG Rn. 3; *D.Mader*, Verfahrensmissbrauch, S. 157 ff.

671 Für eine Übertragung Grundsätze zum Missbrauch der Niederlassungsfreiheit: *Sagan*, Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 171, 193 ff.

672 *Sagan*, Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 171, 194 ff.

673 So *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699, 2702 f.

674 KölnKommAktG/*Feuerborn*, § 43 SEBG Rn. 4; Lutter/Hommelhoff/*Oetker*, § 43 SEBG Rn. 6; Habersack/Drinhausen/*Hohenstatt/Müller-Bonanni*, § 43 SEBG Rn. 3; **a.A.** *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 871 f.

675 Statt vieler: Ulmer/Habersack/*Henssler*, MitbestR, § 43 SEBG Rn. 8; *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022.

allenfalls der Zugewinn an Rechten verhindert.[676] Das Missbrauchsverbot schützt nur bereits bestehende Rechte.[677] Wird eine deutsche Aktiengesellschaft kurz vor Erreichen der Schwellenwerte (500 Arbeitnehmer, § 1 DrittelbG bzw. 2000 Arbeitnehmern, § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) in eine SE umgewandelt, ist das kein Missbrauch nach § 43 Satz 1 SEBG (oder Art. 11 SE-RL), weil das geltende Mitbestimmungsstatut festgeschrieben wird.[678]

[2] Auslegung und Analogie?

Rehberg trägt gegen eine nach Sachgründen fragende Willkürkontrolle bei möglichen Missbräuchen der SE zwei Argumente vor: Zum einen sei der Rechtsmissbrauch eine Frage von Auslegung und Analogie, zum anderen würde die Rechtsmissbrauchskontrolle damit praktisch wirkungslos, weil sich für jede Gestaltungsvariante sachliche Gründe finden ließen.[679] Sein erstes Argument stimmt nach den hier erzielten Ergebnissen nicht mit der Rechtsprechung des EuGH überein, der subjektive Elemente bei der Missbrauchsidentifikation berücksichtigt. Weiterhin entkräftet sein Argument allein den Vorwurf objektiv zweckwidriger Nutzung der SE, nach deutschrechtlichem Verständnis den Vorwurf institutionellen Rechtsmissbrauchs. Das verwerfliche Motiv bleibt Anknüpfungspunkt des (deutschrechtlich:) individuellen Rechtsmissbrauchs, weil beide Kategorien in keinem Exklusivitätsverhältnis stehen (allg. § 3 D.III.2.c.). Die hierfür nötige, negative subjektive Zweckbindung lässt sich sowohl Art. 11 SE-RL als auch § 43 SEBG entnehmen, die ihrem Wortlaut nach auf das Motiv des Rechtsgestaltenden abstellen (vgl. »[…] dazu missbraucht werden, […] zu entziehen oder vorzuenthalten«). Das zweite Argument *Rehbergs* überzeugt nicht, weil die nach sachlichen Gründen fragende Willkürkontrolle effektiver ist als eine nicht stattfindende Missbrauchskontrolle.

cc. Zwischenergebnis – Missbrauch der SE

Besteht anhand objektiver Umstände der Verdacht, eine SE sei ausschließlich gegründet oder strukturell geändert worden, um Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten, ist eine individuelle Missbrauchs- in Form der Willkürkontrolle durchzuführen, bei der nach sachlichen Gründen zu fragen ist. Ist ein sachlicher Grund für die gewählte Gestaltung ersichtlich, scheidet ein Rechtsmissbrauch aus (allg. § 3 F.II.4.b.). Das entspricht der Rechtsprechung des EuGH zum allgemeinen

676 Habersack/Drinhausen/*Hohenstatt/Müller-Bonanni*, § 43 SEBG Rn. 2; *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699, 2701 f.; *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022.
677 Habersack/Drinhausen/*Hohenstatt/Müller-Bonanni*, § 43 SEBG Rn. 2.
678 *Henssler*, RdA 2005, 330, 334; *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022.
679 *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 872; ähnlich *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022.

unionsrechtlichen Missbrauchsverbot. Der Anwendungsbereich des § 43 SEBG (i.V.m. Art. 11 SE-RL) ist damit noch immer verschwindend gering.

C. Missbrauchsrelevante Grundsätze des Primärrechts

Neben dem vorgestellten allgemeinen primärrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbot sind für den Rechtsmissbrauchseinwand der Grundsatz des *effet utile* sowie der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie das Gebot transparenter Richtlinienumsetzung als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts relevant.

I. Anwendungsbereich des Unionsrechts

Fällt der missbrauchsrelevante Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, sind die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts stets und ausnahmslos anwendbar.[680] Ein Sachverhalt fällt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, wenn er unionsrechtlich determiniert, d.h. die Union den Mitgliedstaaten insoweit eine Verpflichtung auferlegt hat.[681] Das geschieht insbesondere durch Richtlinien (Sekundärrecht), die dazu führen, dass mit Ablauf ihrer Umsetzungsfrist nationale Vorschriften im Anwendungsbereich des Unionsrechts stehen, sofern sie denselben Bereich regeln wie die Richtlinie.[682]

Zur Handhabung des auf § 242 BGB gestützten Rechtsmissbrauchseinwands durch die deutschen Gerichte kann der EuGH hingegen nicht judizieren. Diese rechtstechnische Frage ist allein eine Frage der Anwendung und Auslegung nationalen Rechts, für deren Beantwortung dem EuGH die Kompetenz fehlt.[683]

Das anerkennt auch der EuGH, der in der Rechtssache *Diamantis*, in der es um die Anwendung des Art. 281 des griechischen Zivilgesetzbuches (vergleichbar § 242 BGB: »Ausübung eines Rechts … unzulässig, wenn sie die sich aus Treu und Glauben, aus den guten Sitten oder aus dem sozialen oder wirtschaftlichen Zweck des betreffenden Rechts ergebenden Schranken offensichtlich überschreitet«[684]) ging, ausführt:

> »Die Anwendung einer nationalen Vorschrift wie Artikel 281 des Zivilgesetzbuchs darf somit die Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Ge-

680 EuGH 6.3.2014 – C-206/13 »Siragusa« – NVwZ 2014, 575, 577; EuGH 26.2.2013 – C-617/10 »Fransson« – NJW 2013, 1415 f.; *Latzel*, EuZW 2015, 658 ff. *ders.*, EuR 2015, 415, 420 ff.

681 *Latzel*, EuZW 2015, 658, 659 ff.; *ders.*, EuR 2015, 415, 420.

682 *Latzel*, EuZW 2015, 658, 660; *ders.*, EuR 2015, 415, 420 ff.

683 *Greiner*, ZESAR 2014, 357, 362; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Karpenstein*, Art. 267 AEUV Rn. 23; Calliess/Ruffert/*Wegener*, Art. 267 AEUV Rn. 3.

684 EuGH 23.3.2000 – C-373/97 »Diamantis« – Slg. 2000, I-1705 Rn. 13.

> meinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen [...] Es obliegt dem vorlegenden Gericht, im bei ihm anhängigen Rechtsstreit festzustellen, ob die Anwendung von Artikel 281 des Zivilgesetzbuchs mit dieser Anforderung vereinbar ist.«[685]

Das vorrangige[686] Unionsrecht fordert ausschließlich eine Übereinstimmung der materiell-rechtlichen Ergebnisse, ohne sich für die angewandte Methodik zu interessieren.[687]

II. »Effet utile«

Auf den europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz (»effet utile«) stützt sich ausdrücklich das LAG Köln in einer Entscheidung zur Umgehung des Anschlussverbotes nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Nach Ansicht des LAG genügt der Missbrauchsschutz, den das BAG in diesen Fallkonstellationen gewährt, nicht den unionsrechtlichen Anforderungen.[688] Das sah das BAG in der Revisionsinstanz anders und meinte, die Missbrauchskontrolle genüge dem Effektivitätsgrundsatz.[689]

1. Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes an das nationale Recht

Der Effektivitätsgrundsatz hat auf den deutschrechtlichen Rechtsmissbrauchseinwand insofern Einfluss, als *im Ergebnis* eine Übereinstimmung mit den Vorgaben des Unionsrechts gewährleistet sein muss. Der unionsrechtlich unzulässigen Gestaltung oder Rechtsausübung muss das deutsche Recht die Wirksamkeit versagen. Einen bestimmten Weg gibt das Unionsrecht dabei nicht vor. Deshalb wird auch die Vorabentscheidung des EuGH[690] zu Scheinbewerbern (»AGG-Hoppern«) keine Aussage dazu treffen, ob ein restriktives Verständnis des Bewerberbegriffs oder die individuelle Rechtsmissbrauchslösung zu bevorzugen ist (dazu schon § 1 A.II.2.b.).

2. Effektivitätsgrundsatz und Rechtsmissbrauch

Tatsächlich spricht ein Vergleich zum Effektivitätsgrundsatz rechtstechnisch für eine zweckorientierte Auslegung von Tatbestandsmerkmalen

---

685 EuGH 23.3.2000 – C-373/97 »Diamantis« – Slg. 2000, I-1705 Rn. 34 f.
686 EuGH 15.7.1964 – C-6/64 »Costa/ENEL« – Slg. 1964, 1253, 1269 f.; **diff**. BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., »Lissabon« – NJW 2009, 2267.
687 EuGH 5.7.2007 – C-321/05 »Kofoed« – Slg. 2007, I-5795, Rn. 43 ff.; *Englisch*, StuW 2009, 3, 21.
688 LAG Köln 9.3.2012 – 4 Sa 1184/11 – juris Rn. 33 ff.; zust.: *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990.
689 BAG 19.3.2014 – 7 AZR 527/12 – NZA 2014, 840, 842 f.
690 Dazu BAG 18.6.2015 – 8 AZR 848/13 (A) – NZA 2015, 1063.

und gegen eine nachgelagerte Missbrauchskontrolle. Sowohl der Grundsatz des *effet utile* als auch der institutionelle Rechtsmissbrauch verhelfen dem Sinn und Zweck einer Norm zur Geltung, soweit ihr Geltungsanspruch reicht. Bei Anwendung des *effet utile* geht es darum, eine Zweckvorgabe mittels teleologischer Auslegung tatsächlich (effektiv) umzusetzen.[691] Warum das – wie etwa vom BAG praktiziert – beim institutionellen Rechtsmissbrauch durch eine unnatürliche, in zwei Akte aufgespaltene Prüfung geschieht, leuchtet nicht ein.

Die Auslegung des Unionsrechts gerade unter dem Gesichtspunkt des *effet utile* sorgt dafür, dass das Unionsrecht – sei es Primär- oder Sekundärrecht – seine volle Wirksamkeit entfaltet.

III. Das Gebot transparenter Richtlinienumsetzung

Nach dem Gebot transparenter und rechtssicherer Richtlinienumsetzung, das sich auch an die Gerichte richtet[692], »verlangt die Umsetzung einer Richtlinie zwar nicht notwendig in jedem Mitgliedstaat ein Tätigwerden des Gesetzgebers, es ist jedoch unerlässlich, dass das fragliche nationale Recht tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie durch die nationalen Behörden gewährleistet, dass die sich aus diesem Recht ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und dass die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.«[693]

Dieses Transparenzgebot ist eines der Probleme bei der unionsrechtlich induzierten Anwendung von Generalklauseln wie § 242 BGB.[694] Die Frage, ob bei Anwendung einer Generalklausel und damit auch bei Anwendung des Rechtsmissbrauchseinwands das Transparenzgebot gewahrt ist, ist von den Anforderungen bzw. der Genauigkeit der Richtlinie abhängig.[695] Die genannten Richtlinien selbst benutzen den Begriff des Missbrauchs und streben an, einen solchen zu verhindern. Durch die Verwendung des Missbrauchsbegriffs, der selbst noch einer genaueren Konkretisierung bedarf, ist bereits in den Richtlinien ein geringeres Maß an Bestimmtheit und Klarheit enthalten. Insofern lässt sich allein aus der Tatsache, dass eine richtlinienkonforme Rechtslage mit Hilfe des konkretisierungsbedürftigen deutschen Missbrauchseinwands hergestellt werden soll, die In-

691 *Tomasic*, Effet utile, S. 127 ff.
692 EuGH 18.12.2008 – C-338/06 – Slg. 2008, I-10139 Rn. 54 ff. = NZG 2009, 187, 190.
693 EuGH 10.5.2001 – C-144/99 – NJW 2001, 2244; EuGH 23.3.1995 – C-365/93 – Slg. 1995, I-499 Rn. 9.
694 *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 238.
695 Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 93.

transparenz nicht begründen. Mit anderen Worten: In der Richtlinie angelegte Intransparenz setzt sich hier durch die Umsetzung nur fort.[696]

IV. Allgemeiner unionsrechtlicher Grundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit

Die nötige Transparenz ist indes nicht mehr gewährleistet, wenn die Missbrauchskontrolle willkürlich gehandhabt wird, weil der Rechtsausübende dann nicht vorhersehen kann, ob er ein Recht ge- oder missbraucht. Hier hilft der vom EuGH in ständiger Rechtsprechung anerkannte Grundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.[697]

Jener Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass »die Rechtsvorschriften klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen vorhersehbar sein müssen, damit sich die Betroffenen bei unter das Unionsrecht fallenden Tatbeständen und Rechtsbeziehungen orientieren können.«[698]

Für eine unionsrechtlich induzierte Rechtsmissbrauchskontrolle bedeutet das: Die Missbrauchskontrolle hat nach vorhersehbaren klaren Kriterien zu erfolgen, die berücksichtigungsfähigen Wertungsgesichtspunkte müssen dem Rechtsunterworfenen im Zeitpunkt der Rechtsausübung bekannt sein. Andernfalls kann der Rechtsunterworfene sein Handeln nicht an den an ihn gestellten Anforderungen ausrichten.[699] So verstieße es etwa gegen den unionsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, wenn die institutionelle Rechtmissbrauchskontrolle in Kettenbefristungsfällen von Fall zu Fall erheblichen Schwankungen unterworfen wäre und Grenzwerte nicht erkennbar wären.

---

696 Ähnlich Grabitz/Hilf/*Nettesheim*, Art. 288 AEUV Rn. 120; **strenger** *Latzel*, der der Ansicht ist, es müsse »mit zunehmender Grundrechtssensitivität (vgl. Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRC), Größe des Adressatenkreises und wirtschaftlicher Bedeutung der Raum für die Rechtsprechung durch Gesetze verengt werden, um die gebotene Rechtsklarheit sicherzustellen«, EuR 2015, 415, 425.

697 Ständig, etwa EuGH 12.2.2015 – C-48/14 – EuZW 2015, 230, 232;

698 EuGH 8.12.2011 – C-81/10 P »France Telecom« – Slg. 2011, I-12899 Rn. 100; EuGH 18.11.2008 – C-158/07 »Förster« – Slg. 2008, I-8507, Rn. 67; EuGH 7.6.2007 – C-76/06 P – Slg. 2007, I-4405 Rn. 79; EuGH 15.2.1996 – C-63/93 »Duff u.a.« – Slg. 1996, I-569, Rn. 20.

699 *Latzel*, EuR 2015, 415, 422 ff.

§ 5 Ergebnisse des Grundlagenteils

Der Grundlagenteil dieser Arbeit zeigt:

1. Institutioneller Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung sind Umschreibungen für bloße Normgeltungsfragen. Eigene Rechtsinstitute sind sie nicht, weil sich aus ihnen keine Rechtsfolgen ableiten lassen. Beide Begriffe sind verzichtbar. Eine Motivkontrollfunktion kommt weder dem institutionellen Rechtsmissbrauch noch der Gesetzesumgehung zu. Die Flankierungsfunktion kann nur soweit reichen, wie es dem Geltungsanspruch der Norm entspricht. Normen regeln aber ihren Geltungsbereich selbst. Wer über die mit Auslegung, Analogie und teleologischer Reduktion erzielbaren Ergebnisse hinaus mit den Begriffen »Umgehung« und »institutioneller Rechtsmissbrauch« rechtlichen Gestaltungen die Wirksamkeit versagt, entgrenzt den Normgeltungsanspruch und die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs (der Gesetzesumgehung).

Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung *extra legem* ist beim institutionellen Rechtsmissbrauch nicht zu rechtfertigen, weil jener sich am Normzweck orientiert. Es fehlt ein rechtsethisches Prinzip, das eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung rechtfertigen könnte. Wer mit vermeintlicher Zweckwidrigkeit eine Rechtsfortbildung *extra legem* rechtfertigt, zieht einen Zirkelschluss.

2. Dem individuellen Rechtsmissbrauch als richterliche Rechtsfortbildung *extra legem* kommt sowohl eine Motivkontroll- als auch eine Flankierungsfunktion zu.

Die Motivkontrollfunktion meint keine *positive* Bindung an das »richtige« Motiv. Ein allgemeines Prinzip, nach der das Motiv des Rechtsausübenden mit dem objektiven Gesetzeszweck übereinstimmen muss, gibt es in der privatautonomen Rechtsordnung selten. Möglich ist *negative* Zweckbindung, die nur der Rechtsausübung aus dem *falschen* Motiv die Wirksamkeit versagt. Das betrifft Befugnisse, die nicht aus bestimmten, gesetzlich genannten Motiven ausgeübt werden dürfen (»wegen«) oder gegen rechtsethische Minima verstoßen.

Ist die negative Zweckbindung relativ, d.h. schadet das unzulässige Motiv als Teil eines Motivbündels nicht, reduziert sich die nach dem Motiv fragende Rechtsmissbrauchskontrolle auf eine Willkürkontrolle: Jeder sachliche und nicht explizit verbotene Grund schließt den Rechtsmissbrauchsvorwurf aus.

Der normative und ausfüllungsbedürftige Begriff der rechtsethischen Minima ist einzugrenzen, damit die mit dem Rechtsmissbrauchseinwand

verbundene Rechtsfortbildung *extra legem* nicht in Beliebigkeit abgleitet. Maßgeblich für die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung *extra legem* sind vor allem die grundrechtlichen Wertungen. Je grundrechtssensitiver ein Bereich ist, desto eher kommt eine Rechtsfortbildung zu Gunsten des grundrechtlich Geschützten in Betracht. Mit anderen Worten: Je stärker eine Rechtsausübung in grundrechtlich geschützte Bereiche des von der Rechtsausübung Betroffenen eingreift, desto eher ist dem Rechtsausübenden der individuelle Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten.

3. Das Unionsrecht fordert rechtsmethodisch keine Veränderung der deutschen Rechtsmissbrauchslehre, gibt aber berücksichtigungsfähige Wertungsgesichtspunkte vor. Wertungsgesichtspunkte ergeben sich vor allem aus den Vorgaben des Sekundärrechts, etwa aus den Vorgaben von Richtlinien, die explizit den Schutz vor Missbrauch zum Ziel haben. Wertungsgesichtspunkte können sich weiterhin aus dem allgemein anerkannten unionsrechtlichen Grundsatz des Rechtsmissbrauchs ergeben. Jener bestätigt die Motivkontrollfunktion, die dem individuellen Rechtsmissbrauch zukommt.

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts ist nur Raum für die deutsche Missbrauchs- und Umgehungslehre, soweit sie zu unionsrechtskonformen Ergebnissen führt, insbesondere nicht willkürlich gehandhabt wird. Letzteres verstieße gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit und –klarheit.

§ 6 Entgrenzung der Missbrauchs- und Umgehungslehre im Arbeitsrecht

A. Funktionale Unterschiede zivil- und arbeitsrechtlicher Missbrauchs- und Umgehungslehre?

Kann der Einwand des Rechtsmissbrauchs im Arbeitsrecht andere Funktionen haben als im allgemeinen Bürgerlichen Recht?

I. Vorbemerkung

Das Arbeitsrecht birgt sozialen Sprengstoff und dort stattfindende Debatten werden oftmals mit Kampfbegriffen (»Lohndumping«[700], »Dumping-Tarifverträge«[701], »Entsolidarisierung«, »Ausbeutung«, o.ä.) und mit außerrechtlichen Argumenten geführt. Hier besteht mit *Theo Mayer-Maly* eine gewisse Anfälligkeit »für auf Gesellschaftsgestaltung zielende Gerechtigkeitspostulate«.[702] *Rolf Wank* meint: »Für das Arbeitsrecht gilt jedoch ein strengerer Maßstab: Wenn Arbeitsrecht den Schutz des „strukturell unterlegenen" Arbeitnehmers bedeutet, dann darf dieser Schutz nicht durch Vertragsgestaltungen ausgehebelt werden.«.[703] In dieser Allgemeinheit illustriert die Aussage ein engherziges Verständnis von Privatautonomie, das einseitig den Arbeitnehmerschutzzweck des Arbeitsrechts betont.

Untersucht werden soll hier, ob die nach zivilrechtlicher Auffassung weitgehend *objektive Missbrauchs- und Umgehungslehre* im Arbeitsrecht ihrerseits zweckentfremdet und entgrenzt wird, indem ihr ein erweiterter Anwendungsbereich zugestanden wird. Dabei ist zum einen eine mögliche Subjektivierung der Missbrauchslehre in den Blick zu nehmen, die aus der ausnahmsweisen Berücksichtigung subjektiver Elemente die Regel werden lässt (unzulässig erweiterte Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs). Zum anderen sind solche Entgrenzungen der Missbrauchslehre in den Blick zu nehmen, bei denen die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs unzulässig erweitert wird, d.h. flankierender Schutz gewährt wird, wo kein Schutzbedarf besteht, weil eine Norm keinen umfassenden Geltungsanspruch hat. Eine mögliche Ausweitung der Flankierungsfunktion betrifft vor allem die Fälle des institutionellen Rechtsmissbrauchs,

700 Monographisch *Nassibi*, Schutz vor Lohndumping in Deutschland (2012).
701 *Reiserer*, "Lohndumping durch Werkverträge" – Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit, DB 2013, 2026.
702 *Mayer-Maly*, JZ 1986, 557, 560.
703 *Wank*, NZA-Beil. 2012, 41, 46.

die schon im allgemeinen Teil angeführt wurden (z.B. das Befristungsrecht, die Arbeitnehmerüberlassung, auch unter Einbeziehung von Werkverträgen, oder die Kombination aus Befristungsrecht und Arbeitnehmerüberlassung).

Die behandelten Beispielsfälle erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Vielmehr sollen anhand aktueller Beispiele aus der arbeitsrechtlichen Diskussion wiederkehrende Fragen des Rechtsmissbrauchs aufgezeigt werden. Hierbei ist zu beobachten, wie das Instrument des Rechtsmissbrauchs im Arbeitsrecht eingesetzt wird und ob dies mit den oben erarbeiteten Ergebnissen übereinstimmt.

Zuzugestehen ist den Gerichten für Arbeitssachen, dass die Untätigkeit des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Arbeitsrechts die Gerichte zur Setzung von Richterrecht zwingt (bereits § 3 E.III.).

II. Rechtsmissbrauch als rechtsgebietsunabhängiges Argument

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass im Arbeitsrecht als Teil des Zivilrechts[704] der gleiche Maßstab an einen Rechtsmissbrauch angelegt werden kann wie im (allgemeinen) Bürgerlichen Recht. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs ist ein rechtsgebietsunabhängiges Argument, das einem zweckwidrig ausgeübten Recht entgegengehalten werden kann.

1. Innentheorie als Argument

Folgt man der Innentheorie (§ 3 A.IV.1.b.), die im Missbrauchseinwand die Ermittlung der Reichweite eines Rechts sieht, kann der Missbrauchseinwand im Arbeitsrecht keine andere Funktion haben als im allgemeinen Zivilrecht. Dasselbe gilt für den institutionellen Rechtsmissbrauch, unabhängig davon, ob man mit der hier vertretenen Ansicht in ihm eine bloße Frage der Normgeltung sieht, ihn also von § 242 BGB abkoppelt.

Der Geltungsanspruch einer Norm ist nicht rechtsgebietsabhängig, sondern ergibt sich aus der Norm selbst. Andernfalls müssten arbeitsrechtliche Normen einen weiterreichenden Geltungsanspruch haben als sonstige zivilrechtliche Vorschriften.

704 Das sollte heute nicht mehr ernstlich bestritten werden: Staudinger/*Richardi/Fischinger*, Vor § 611 Rn. 201, 206 ff.; *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 198; *Richardi*, ZfA 1974, 3, 4 ff. *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 223 ff.; **a.A.** und für eine Eigenständigkeit des Arbeitsrechts: *Schnorr von Carolsfeld*, RdA 1964, 297, 298 ff.

2. Strukturelle Unterlegenheit als Argument

Aus einer »strukturellen Unterlegenheit« des Arbeitnehmers lässt sich keine »grundsätzlich« strengere Missbrauchskontrolle ableiten. Eine solche Argumentation entgrenzte den Schutzzweck des Rechtsmissbrauchs. Das Institut des Rechtsmissbrauchs gewährt flankierenden Schutz und dient nicht der Vertragsangemessenheitskontrolle. Die Grenze der Unangemessenheit zieht bei Verträgen die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB.[705] Bis dahin kommt dem Vertrag Richtigkeitsgewähr zu.[706] Darüber hinaus hilft die AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB.

Selbstverständlich hat der Rechtsmissbrauchseinwand insoweit Arbeitnehmerschutzfunktion, als die potentiell missbrauchte Norm Arbeitnehmerschutz gewährleistet. Das ist Folge seiner Flankierungsfunktion, indes kein Spezifikum des Arbeitsrechts.

3. Arbeitnehmerschutzfunktion als Argument

Allein aus der Arbeitnehmerschutzfunktion des Arbeitsrechts[707] lässt sich keine spezielle Aufgabe oder Funktion des Rechtsmissbrauchs ableiten. Allgemeinen Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten, entspricht nicht seiner Funktion. Ein erhöhtes Schutzbedürfnis allein führt nicht zu einer sinkenden Missbrauchsschwelle. Nicht jede rechtliche Gestaltung, die dem Arbeitnehmer eine günstigere Rechtsstellung vorenthält, ist missbräuchlich. Das Rechtsmissbrauchsargument gewährt kein Recht auf Meistbegünstigung bzw. (einseitig) optimale Rechtsstellung.

Der individuelle Rechtsmissbrauchseinwand ist sowohl im Zivil- als auch im Arbeitsrecht Interessenbewertung. Ein genereller Vorrang der Arbeitnehmerinteressen ist mit der Arbeitnehmerschutzfunktion des Arbeitsrechts nicht zu begründen, denn dadurch liefe die ebenfalls grundrechtlich (Art. 2, 12, 14 GG, Art. 16 GRC) geschützte Unternehmerfreiheit leer.[708] Arbeitsrecht mag vornehmlich Arbeitnehmerschutzrecht sein, aber eben nur entsprechend seines Geltungsbereichs, so dass für eine von der Norm gelöste extensivierte Rechtsmissbrauchskontrolle kein Raum ist.

Als richterliche Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien (§ 3 E.II.3.b.) kann der Rechtsmissbrauch nur soweit anwendbar

705 BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 – NJW 1994, 36.
706 Grundlegend *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 149 ff.
707 Zu ihr *Junker*, Grundkurs, Rn. 19.
708 *Latzel*, RdA 2014, 110, 117; zum Konflikt zwischen Arbeitnehmerschutz und Unternehmerfreiheit: EuGH 18.7.2013 – C-426/11 »Alemo Herron« – NZA 2013, 835.

sein, wie es nach den Regelungen und etwaigen Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebietes nötig ist.[709]

4. Arbeitnehmermeistbegünstigung als Argument

Im Arbeitsrecht nimmt der Einsatz der Argumente Umgehung und Rechtsmissbrauch mit dem Argument gebotener Arbeitnehmermeistbegünstigung zuweilen groteske Ausmaße an.

a. Kein Recht auf verlängerte Kündigungsfristen

So meint *Hesse*[710], im Fall einer Kündigung sei dem Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der Umgehung (und nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB) nach § 622 Abs. 2 BGB eine verlängerte Kündigungsfrist zu gewähren, wenn der Arbeitgeber absichtlich (!) ausreichend früh gekündigt habe, um eine Verlängerung der Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 2 BGB zu vermeiden. Woher das Recht des Arbeitnehmers auf eine verlängerte Kündigungsfrist kommen soll, wenn die Grenzen der Nr. 1 bis 7 des § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht erreicht sind, erschließt sich dabei nicht.

Der Arbeitgeber ist – wie bei der parallel bestehenden Problematik der vermeintlichen Umgehung des KSchG oder einer tariflichen (oder individualvertraglichen) Unkündbarkeit durch frühzeitige Kündigung[711] – frei darin, den gesamten Zeitraum bis zum Beginn einer verlängerten Kündigungsfrist auszuschöpfen.[712] Im Übrigen enthält der rechtzeitig kündigende Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Rechte vor, sondern verhindert das Entstehen neuer.

b. Gegenbeispiel: Recht auf wirksamen Sonderkündigungsschutz

Anders ist nur der Fall zu beurteilen, in dem der Arbeitgeber rechtzeitig die Kündigung erklärt, die dann aber nicht zum nächstzulässigen, sondern einem späteren Zeitpunkt wirksam werden soll (verlängerte Kündigungsfrist). Hier bejaht die h.M. eine Umgehung des tariflichen Kündigungsschutzes bzw. hält der Kündigung bei individualvertraglichem Sonderkündigungsschutz den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ent-

709 Bereits RG 17.12.1937 – III 3/37 – RGZ 158, 100, 109; *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 46.

710 MünchKommBGB/*Hesse*, § 622 Rn. 25.

711 Zu dieser Problematik: KR/*Spilger*, § 622 BGB Rn. 136; Staudinger/*Preis*, § 622 Rn. 26; Schaub/*Linck*, § 126 Rn. 26; zur tariflichen Unkündbarkeit: BAG 16.10.1987 – 7 AZR 204/87 – NZA 1988, 877, 879 f.

712 Für die Parallele bei der Wartefrist des § 1 KSchG: KR/*Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 103.

gegen.[713] Zu Recht: Diese Gestaltung lässt bei objektiver Betrachtung den Sonderkündigungsschutz ins Leere laufen.

5. Der Vergleich zum Wohnraummiet- und Verbraucherschutzrecht

Das Ergebnis, wonach im Arbeitsrecht ohne spezialgesetzliche Legitimation keine »strengere« Missbrauchskontrolle stattfindet, bestätigt ein Vergleich zum Wohnraummiet- und zum Verbraucherrecht.

a. Rechtsmissbrauch und Umgehung im Wohnraummietrecht

Das Wohnraummietrecht weist etwa unter dem Aspekt des sozialen Schutzes Ähnlichkeit zum Arbeitsrecht auf. Das zeigen z.B. die streng reglementierten Kündigungsgründe nach §§ 569, 543, 573 BGB (»berechtigtes Interesse«) nebst Absicherung über §§ 563, 563a, 566 BGB oder auch die Vorschriften über die sich verlängernden Kündigungsfristen gem. § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB (vergleichbar § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB). Auch das Mietrecht kennt »soziale Besitzstände«, die der Mieter mit zunehmender Mietdauer (analog zum Arbeitnehmer mit steigender Betriebszugehörigkeit) aufbaut. Im Mietrecht ist der (institutionelle) Rechtsmissbrauch nahezu irrelevant.

Denkt man etwa an teure Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB), die der Mieter zu dulden hat gem. § 555d Abs. 1 BGB und die unter Umständen ausschließlich durchgeführt werden, um den Mieter über eine stark erhöhte Miete (§ 559 BGB) zu einem »freiwilligen« Auszug zu bewegen (ausschließlich »normfremde Gesinnung«), könnte hier der institutionelle Rechtsmissbrauch und spiegelbildlich eine etwaige Umgehung von Kündigungsvorschriften diskutiert werden. Eine solche Diskussion findet aber nicht statt. Denn die Absicht, mit der der Vermieter den Wohnraum modernisiert, ist für die Vorschrift des § 559 BGB irrelevant. § 559 BGB ist eine Motivkontrolle fremd, weil die Vorschrift an keine subjektiven Zwecke gebunden ist.

b. Rechtsmissbrauch und Umgehung im Verbraucherschutzrecht

Das Verbraucherschutzrecht des BGB lässt ebenfalls nicht einsehen, weshalb im Arbeitsrecht ein gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht extensivierter Missbrauchs- und Umgehungsschutz gelten sollte.

713 *Graj*, Unkündbarkeitsklauseln, S. 30 f.; *Kania/Kramer*, RdA 1995, 287, 296 f.

aa. Verbraucherschützende Umgehungsverbote des BGB

Weil der Verbraucher dem Unternehmer (vermeintlich immer) strukturell unterlegen ist, enthält das Vertragsrecht des BGB zahlreiche verbraucherschützende Normen, die typischerweise[714] über eine spezielle Umgehungsnorm flankiert werden (z.B. §§ 312k Abs. 1 Satz 2, 475 Abs. 1 Satz 2, 487 Satz 2, 511 Satz 2, 655e Abs. 1 Satz 2 BGB), d.h. spiegelbildlich vor dem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (=institutioneller Rechtsmissbrauch) schützen sollen. Obwohl Verbraucherschutzvorschriften mit dem Verbraucher einen strukturell unterlegenen Vertragspartner schützen, treffen die verbraucherschützenden Umgehungsnormen keine inhaltlichen Regelungen. Der Rechtsmissbrauchseinwand greift dort ebenso wenig. Dass kodifizierte Umgehungsnormen nicht zu einer erweiterten Methodenkompetenz führen, wurde dargetan (§ 2 B.IV.4.).

bb. Beispiel: § 655e BGB

Nach dem in § 655e Abs. 1 Satz 2 normierten Umgehungsverbot finden die Vorschriften über die Vermittlung von Verbraucherdarlehensverträgen (§§ 655a ff. BGB) auch dann Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

Im Sachverhalt eines zu § 655e BGB ergangenen Urteils des OLG München[715] hatte die beklagte Darlehensvermittlerin das Nebenentgeltverbot des § 655d BGB zu meiden versucht, indem sie mit den Auftraggebern des Kreditvermittlungsvertrages einen mit dem Kreditvermittlungsvertrag gekoppelten (Koppelungsgeschäft) Vertrag über die Bewertung der Liegenschaft, die die Auftraggeber mit Hilfe des Darlehens erwerben wollten, geschlossen hatte. Hier stellte das OLG München hilfsweise auf das Umgehungsverbot ab, das Koppelungsgeschäft ließ sich aber auch ohne weiteres durch Anwendung des § 655d Satz 1 (»Der Darlehensvermittler darf für Leistungen, die mit der Vermittlung des Verbraucherdarlehensvertrages [...] **zusammenhängen** [Hervorhebung nur hier], außer der Vergütung nach § 655c Satz 1 ein Entgelt nicht vereinbaren.«) dem Nebenentgeltverbot zuordnen.[716]

714 MünchKommBGB/*S.Lorenz*, § 475 Rn. 2.

715 OLG München 18.3.2010 – 29 U 5513/09 – VuR 2010, 233 f.

716 OLG München 18.3.2010 – 29 U 5513/09 – VuR 2010, 233 f.; Richtig löste auch das OLG Stuttgart einen Umgehungsfall nach § 18 VerbrKrG aF i.R.d. Nebenentgeltverbotes des § 17 VerbrKrG aF: OLG Stuttgart 18.6.1999 – 2 U 233/98 – NJWE-WettbR 2000, 11, 12 f.

cc. Weitere Beispiele

Auch die anderen Umgehungsverbote des verbraucherschützenden Vertragsrechts sind deklaratorisch und damit überflüssig.[717] Wie das allgemeine Verbot der Gesetzesumgehung erweisen sich auch die speziellen Umgehungsverbote als Frage der Normgeltung. Ihre systematische Stellung als verbraucherschützende Normen ändert nichts. Die Rechtsfolge einer Umgehung ist deshalb auch hier, dass die umgangenen Normen entgegen ihrem Wortlaut angewendet oder im Fall der Erschleichung trotz ihres Wortlauts nicht angewendet werden.[718]

So legt der BGH bei Anwendung des Umgehungsverbotes nach § 475 Abs. 1 Satz 2 BGB die gleichen Maßstäbe an dieses, wie an das allgemeine im Fall der Umgehung von Verbotsgesetzen auf § 134 BGB gestützte Umgehungsverbot: Eine Umgehung sei dann gegeben, »wenn die Gestaltung eines Rechtsgeschäfts objektiv den Zweck hat, den Eintritt einer Rechtsfolge zu verhindern, die das Gesetz für derartige Geschäfte vorsieht; eine Umgehungsabsicht ist nicht erforderlich«.[719] Zu Recht erklärt *Schellhammer* die Vorschrift des § 475 Abs. 1 Satz 2 BGB für »rechtslogisch unsinnig [...]. Die Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs muss das Gesetz schon selbst bestimmen.«.[720] Er trifft damit den entscheidenden Punkt. Normgeltung kann – auch wenn sie besonders schutzbedürftige Teilnehmer des Rechtsverkehrs betrifft – nicht künstlich mit Hilfe des Begriffs »Umgehung« hergestellt werden. Die Norm muss aus sich selbst heraus gelten. Im perspektivisch umgekehrten Fall des Rechtsmissbrauchs kann nichts anderes gelten.

III. (Un)eingeschränkte Anwendbarkeit des BGB im Arbeitsrecht

Ob die bisher dargestellte (zivilrechtliche) Missbrauchslehre unverändert im Arbeitsrecht übernommen werden kann oder ob ihr dort ein engerer oder weiterer Anwendungsbereich zukommt als im allgemeinen Bürgerlichen Recht, hängt auch davon ab, ob das Arbeitsrecht als Teil des Zivil-

717 Für § 312k Abs. 1 Satz 2: HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312k Rn. 1; für § 475 Abs. 1 Satz 2: *Schellhammer*, MDR 2002, 485, 490: »Der Begriff der Gesetzesumgehung ist durchaus unbrauchbar.«; *H.P.Westermann*, NJW 2002, 241, 251; *Müller*, NJW 2003, 1975; in diese Richtung auch MünchKommBGB/*S.Lorenz*, § 475 Rn. 28; **a.A.** *Najdecki*, S. 33 ff. mit Hinweis auf die Warn- und Appellfunktion der spezialgesetzlichen Umgehungstatbestände.

718 MünchKommBGB/*S.Lorenz*, § 475 Rn. 35.

719 BGH 21.12.2005 – VIII ZR 85/05 – NJW 2006, 1066, 1067; Dort ging es um die Frage, ob bei der typischen Konstellation des Finanzierungsleasings eine Umgehung des § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben ist, wenn zwischen Lieferant und Leasinggeber die kaufrechtliche Gewährleistung ausgeschlossen ist.

720 *Schellhammer*, MDR 2002, 485, 490.

rechts oder als ein spezielles Arbeitnehmerschutzrecht (Sonderrecht) angesehen wird, für das die Anwendung der zivilrechtlichen Regelungen nicht geeignet ist.

1. Punktuelle Modifikation des BGB

Das BGB ist im Arbeitsrecht punktuell modifiziert. Ein Hinweis auf die einhellig anerkannten Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung, die betriebliche Übung oder den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz genügt.[721] Entscheidend ist, welche Folgen aus dieser punktuellen Modifizierung abzuleiten sind: Steht das ganze BGB unter Generalvorbehalt und trägt damit derjenige die Begründungslast, der die Normen des BGB anwenden will, oder ist von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des BGB auszugehen, so dass derjenige die Begründungslast trägt, der ausnahmsweise (!) eine vom BGB abweichende Regelung auf den Sachverhalt anwenden will? Wäre letzteres richtig, wäre bei der Anwendung des Rechtsmissbrauchseinwands im Arbeitsrecht derselbe Maßstab anzulegen wie im allgemeinen Zivilrecht, sofern dem Missbrauchseinwand im Arbeitsrecht nicht weitere Aufgaben zukämen, die freilich dargelegt und begründet werden müssten.

2. Anwendbarkeit der BGB-Normen unter dem Vorbehalt »sozialer Tauglichkeit«

Ein Teil der Literatur nimmt mit *Gamillscheg*[722] an, dass die Normen des BGB nicht ohne weiteres im Arbeitsrecht angewandt werden könnten.[723] Vielmehr seien die Normen auf ihre »soziale Tauglichkeit« hin zu prüfen. Sozial untaugliche Normen des BGB blieben unanwendbar; bis zum Erlass sozial tauglicher Normen habe Richterrecht zu gelten.[724]

Ähnlich urteilte das Reichsarbeitsgericht[725] im Jahre 1939, das zwischen Schuld- und Arbeitsverhältnis differenzieren wollte und daraus ebenfalls einen Vorbehalt ableitete, die Normen des Schuldrechts anzuwenden:

---

721 *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 36 ff.

722 *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 220; für eine Vorabprüfung auf ein *angemessenes* Ergebnis: *ders.*, FS Schmitz, S. 68, 71; Freilich bleibt Gamillscheg auch die Antwort schuldig, wie ein *angemessenes* Ergebnis zu finden ist; gegen eine vorbehaltlose Anwendbarkeit der BGB-Normen auch: *ders.*, FS Molitor, S. 57, 78 f.

723 *Däubler*, NZA 1988, 857, 862 ff.; HK-ArbR/*Däubler*, Einl. Rn. 42: Das Arbeitsvertragsrecht könne aber in das BGB integriert werden, da das BGB nun zahlreiche Normen enthalte, die am unterlegenen Individuum anknüpften.

724 *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 220; **dagegen** *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 223 ff.

725 RAG 13.9.1939 – RAG 8/39 – ARS 37, 230, 236 f.

> » [...] das Rechtsverhältnis zwischen ihnen kein reines Schuldverhältnis im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern ein Arbeitsverhältnis war, das vornehmlich ein personenrechtliches, auf Treue und Fürsorge gegründetes Gemeinschaftsverhältnis ist [...] Deshalb sind schuldrechtliche Begriffe und Grundsätze nicht anwendbar ohne Prüfung in der Hinsicht, ob sie mit diesem Wesen des Arbeitsverhältnisses noch vereinbar sind.«

Der Richter entschiede nach dieser Ansicht über die Geltung des BGB, dessen Normen zum bloßen Vorschlag verkämen.

Zwar legt *Gamillscheg* einige Konstellationen dar, in denen das Bürgerliche Recht modifiziert ist. Daraus lässt sich indes nicht ableiten, dass die Normen des BGB grundsätzlich unter einem Generalvorbehalt stünden, weil sonst das Regel-Ausnahme-Verhältnis verkehrt würde. Gegen die Ansicht *Gamillschegs* spricht entscheidend: Eine rechtssichere Prognose, wie der Einzelfall zu entscheiden ist, lässt sich anhand des Kriteriums der sozialen Tauglichkeit nie abgeben. Das bliebe der Einschätzung und endlich dem Rechtsgefühl des Richters überantwortet. Entsprechend bleibt *Gamillscheg* die Definition schuldig, was unter sozialer Tauglichkeit zu verstehen bzw. wann eine Norm sozial tauglich ist.[726] Wer soll entscheiden, was sozial tauglich ist und was nicht, wenn nicht der Gesetzgeber? Für ausreichend hält *Gamillscheg*, wenn der Richter sein eigenes Recht schafft, hierbei aber die Motive seiner Entscheidung offenlegt.[727] Das ist verfassungswidrig (BVerfG »nachehelicher Unterhalt/ Dreiteilungsmethode«, § 3 E.I.):

Auch der Richter, der eine Norm für unzweckmäßig hält, hat diese anzuwenden, denn er ist an Gesetz und Recht gebunden gem. Art. 97 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG.[728] Dem Richter freirechtliche Rechtsfindung zuzubilligen, ist mit dem Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren.[729]

3. Grundsätzliche Anwendbarkeit der BGB-Normen im Arbeitsrecht

Die ganz h.M. geht heute davon aus, dass die Normen des BGB im Arbeitsrecht anzuwenden sind. Die Begründungslast sieht die h.M. nicht bei demjenigen, der die BGB-Normen im Arbeitsrecht anwenden will; vielmehr bedarf deren Nichtanwendung bzw. die Ausnahme von der BGB-Norm der

726 Ebenso Staudinger/*Richardi/Fischinger*, Vor § 611 BGB Rn. 214.
727 *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 220.
728 *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 53.
729 Staudinger/*Richardi/Fischinger*, Vor § 611 Rn. 214; *Reuter*, FS Hilger/Stumpf, S. 573, 587.

besonderen Begründung.[730] Arbeitsrechtliche Besonderheiten können nur auf dem Fundament des bürgerlichen Rechts berücksichtigt und das Recht entsprechend weiterentwickelt werden.[731] Das folgt bereits aus der auch im Arbeitsrecht verbürgten Privatautonomie, aus der Berufsfreiheit des Art. 12 GG und der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG.[732]

Spätestens seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform, in deren Zuge zahlreiche arbeitsrechtliche Normen Eingang in das BGB gefunden haben (z.B. §§ 310 Abs. 4, 619a), kann nicht ernstlich bezweifelt werden, dass die Normen des BGB im Arbeitsrecht anwendbar sind.[733]

4. Umgekehrt: Geringerer Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs im Arbeitsrecht?

Der Rechtsmissbrauchseinwand hat im Arbeitsrecht denselben Anwendungsbereich wie im übrigen Zivilrecht.

a. Geringerer Anwendungsbereich nur kraft gesetzlicher Anordnung

Deswegen ist auch der »strukturell überlegenen« Partei nicht der Missbrauchsschutz mit der Begründung zu versagen, dass sie nicht auf diesen angewiesen sei. Auch Profi-Fußballspieler genießen den vollen (Ketten-) Befristungsschutz des TzBfG, obwohl sie – politisch gesehen – aufgrund ihrer eigenen Markt- und Verhandlungsmacht keiner staatlichen Mindestarbeitsbedingungen bedürfen.[734] Solange der Gesetzgeber nicht im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG differenziert, gilt gleiches Recht für alle.

In Sonderfällen beschränken Normen ausdrücklich den Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs, etwa bei der Fallgruppe der Verwirkung, bei der teilweise ausdrücklich vorgeschrieben ist, dass sie keine Anwendung findet, vgl. § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG, § 77 Abs. 4 Satz 3 BetrVG, § 19 Abs. 3 Satz 4 HAG.[735] Dort zielt die Restriktion freilich auf Arbeitnehmerschutz, ist aber nur kraft gesetzlicher Anordnung zulässig.

730 Staudinger/*Richardi/Fischinger*, Vor § 611 Rn. 213; MüArbR/*Richardi*, § 1 Rn. 16; *Preis*, FS 50 Jahre BAG, S. 122, 126.

731 *Reuter*, FS Hilger/Stumpf, S. 573, 593.

732 Staudinger/*Richardi/Fischinger*, Vor § 611 Rn. 201.

733 So auch *Preis*, FS 50 Jahre BAG, S. 122, 123 ff.; **zweifelnd** *Däubler,* FS 50 Jahre BAG, S. 3, 7 ff.

734 Jetzt mit strenger Sachgrundprüfung: ArbG Mainz 19.3.2015 – 3 Ca 1197/14 – juris, das die Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG) als Sachgrund ablehnte; **dagegen** *Katzer/Frodl*, NZA 2015, 657 ff.

735 Dazu Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 843 ff. m.w.N.

b. Faktische Verringerung des Anwendungsbereichs

Wer entsprechenden sozialpolitischen Willen hat, passt die Reichweite des Missbrauchseinwands faktisch an: Hält man mit dem BAG das Motiv des Rechtsausübenden für das missbrauchsbegründende Merkmal, lässt sich den programmierten Beweisschwierigkeiten mit einer Beweiserleichterung (Anscheinsbeweis, abgestufte Darlegungs- und Beweislast) helfen oder eben nicht.

Etwaige Rechtsdurchsetzungsschwierigkeiten kraft Beweisnot ändern freilich nichts daran, dass der Missbrauchseinwand im Arbeitsrecht denselben Regeln unterliegt wie im (allgemeinen) Bürgerlichen Recht.

5. Zwischenergebnis

Da die Einwendungen des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung immer normgebunden sind, gelten sie unverändert auch im Arbeitsrecht. Einen weiteren Anwendungsbereich haben sie hier nicht. Missbrauchs- und Umgehungsschutz kann nur so weit reichen, wie der Geltungsanspruch der Norm reicht, der flankierender Schutz zukommen soll. Der Vergleich zum Verbraucher- und Mietrecht zeigt, dass der Maßstab des Rechtsmissbrauchs und der Umgehung unabhängig davon ist, ob eine »strukturell unterlegene« Partei beteiligt ist. Solche Beteiligung senkt die Anforderungen an Missbrauch und Umgehung nicht.

IV. Keine arbeitsrechtsspezifischen Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Motivkontrolle

Eine erweiterte Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchseinwands im Arbeitsrecht bedürfte mithin der Rechtfertigung.

1. Privatautonomie im Arbeitsrecht

Privatautonomie ist im Arbeitsrecht über Art. 2 Abs. 1 GG hinaus sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet.[736] Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit unterliegen der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG und damit letztlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG unterliegen – trotz seiner berufsspezifischen Schutzdimension – im Ergebnis dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da die sog. »Drei-Stufen-Theorie« besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist. *Söllner* spricht zu Recht von weitgehender »Ergebnisidentität«, die zwischen Eingriffen in die durch Art. 2 GG oder durch Art. 12 GG geschützte Privatautonomie be-

736 *Papier*, RdA 1989, 137, 138; *Söllner*, RdA 1989, 144, 147 ff.; MüArbR/*Richardi*, § 1 Rn. 15 ff.

steht.[737] Was einerseits mit dem besonderen Schutz der Berufsausübung gewonnen sei, werde andererseits durch die Anerkennung eines weitreichenden gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums kompensiert.[738]

2. Zulässige Motivkontrollen im Arbeitsrecht

Obschon die Frage nach den Motiven eines rechtlichen Handelns der Privatautonomie fremd ist, ist die Motivkontrolle arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften nicht unbekannt.

a. Motivkontrolle nach § 613a Abs. 4 BGB

Die Motivkontrollfunktion des § 613a Abs. 4 BGB (»wegen«) wurde dargelegt.

b. Das allgemeine und die besonderen Maßregelungsverbote

Ebenso normiert das Maßregelungsverbot des § 612a BGB eine Motivkontrollmöglichkeit im Arbeitsrecht.[739] Hiernach darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, *weil* (!) der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Zwar deutet die Konjunktion »weil« wie die Präposition »wegen« zunächst nur auf eine irgend geartete Kausalität hin, so dass grundsätzlich sowohl die objektive Kausalität als auch die subjektive Motivation als Anknüpfungspunkt in Betracht kommen.[740] Richtigerweise kommt es aber auf die subjektive Motivation an. Das Maßregelungsverbot ist verletzt, »wenn zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Grund, das heißt das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein.«[741] Wie bei § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB kommt dem Kausalitätserfordernis hier entscheidende Bedeutung zu.[742] Nach Ansicht einiger Stimmen in der Literatur soll § 612a BGB selbst dann einschlägig sein, wenn die Benachteiligung durch den Arbeitgeber von einem Motivbündel geleitet wird. Das geht ersichtlich über den Zweck des § 612a BGB hinaus, der den Arbeitnehmer nur vor einer Sanktionierung einer zulässigen Rechtsausübung schützen soll und nicht vor umfassenden Risiken, die den

737 *Söllner*, RdA 1989, 144, 148.
738 *Söllner*, RdA 1989, 144, 148.
739 *Wilken*, Maßregelungsverbot, S. 144 f.
740 *Wilken*, Maßregelungsverbot, S. 140 ff. mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand.
741 BAG 14.3.2007 – 5 AZR 420/06 – NZA 2007, 862, 865.
742 ErfK/*Preis*, § 612a BGB Rn. 11 f.

Arbeitnehmer unabhängig von seiner zulässigen Rechtsausübung treffen können.[743]

Für den allgemeinen Rechtsmissbrauchseinwand ist das Maßregelungsverbot aus zweierlei Gesichtspunkten relevant. Zum einen zeigt das Maßregelungsverbot, dass der Arbeitsrechtsordnung die Motivkontrolle bekannt ist. Sie ist aber auch hier nur relative negative subjektive Zweckbindung (§ 3 F.II.3.e.bb.). Zum anderen besteht eine gewisse Ähnlichkeit zwischen Maßregelungsverbot einerseits und Rechtsmissbrauch und Sittenwidrigkeit andererseits. So ordnen einige Stimmen in der Literatur § 612a BGB als Spezialfall des Rechtsmissbrauchs bzw. des Schikaneverbots ein.[744] Andere Stimmen halten das Maßregelungsverbot für einen Spezialfall der Sittenwidrigkeit.[745] Nach *Frauke Wilken* ist jeder Fall des Maßregelungsverbotes zugleich ein Fall rechtsmissbräuchlichen Handelns.[746] Da sie gleichzeitig (zu Recht) davon ausgeht, dass entscheidender Anknüpfungspunkt für das Maßregelungsverbot das Motiv des Arbeitgebers ist[747], scheint sie wenigstens dem individuellen Rechtsmissbrauchseinwand eine Motivkontrollfunktion zuschreiben zu wollen. Das entspricht den oben gefundenen Ergebnissen (siehe § 3 F.II.3.), wonach dem individuellen Rechtsmissbrauch eine eingeschränkte Motivkontrollfunktion zukommen kann.

c. Motivkontrolle nach AGG

Unzweifelhaft findet eine gesetzlich angeordnete Motivkontrolle im Geltungsbereich des AGG statt. Oben wurde dargelegt, dass das AGG ein Fall negativer subjektiver Zweckbindung ist.

d. Das Erfordernis sachlicher Gründe

Das im Arbeitsrecht oftmals bestehende Erfordernis sachlicher Gründe[748] kann eine erweiterte Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs aufgrund arbeitsrechtlicher Besonderheiten nicht rechtfertigen, weil ihm schon selbst keine Motivkontrollfunktion zukommt.

---

743 *Wilken*, Maßregelungsverbot, S. 221 f.; *Faulenbach*, Maßregelungsverbot, S. 112 ff.

744 *Marhold/Beckers*, EzA Art. 9 Arbeitskampf Nr. 106, S. 15; MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, § 612a Rn. 2; *Wilken*, Maßregelungsverbot, S. 34 ff.; widersprüchlich bei *Faulenbach*, Maßregelungsverbot, S. 9 f.

745 Staudinger/*Richardi/Fischinger*, § 612a Rn. 3; *Wilken*, Maßregelungsverbot, S. 144; zumindest eine Verwandtschaft bejahend: *Faulenbach*, Maßregelungsverbot, S. 16.

746 *Wilken*, Maßregelungsverbot, S. 35.

747 *Wilken*, Maßregelungsverbot, S. 144 ff.

748 Umfangreiche Nachweise gesetzlich geregelter Fallgruppen bei: *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 116 ff.

Anders als der individuelle Rechtsmissbrauch und eine mit ihm im Einzelfall durchgeführte Motiv(auswirkungs)kontrolle interessiert sich das Sachgrunderfordernis nicht für individuelle Besonderheiten des konkreten Falles oder die individuellen Interessen der Beteiligten. Sachgrundprüfung ist objektive und generalisierende Inhaltskontrolle.[749] Dem Adjektiv »sachlich« ist das Objektive immanent, weshalb auch das BAG von »verständigen«, »vernünftigen«, »sachlichen und damit objektivierbaren Gründen« spricht.[750] *Feuerborn* hat das anhand der Bedeutung des Adjektivs »sachlich« dargelegt, da »sachlich« nichts anderes bedeute als »nur von der Sache selbst, nicht von Gefühlen oder Vorurteilen bestimmt; nur auf die Sache, auf den in Frage stehenden Sachzusammenhang bezogen; objektiv.«[751] So ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit Sachgrund (§ 14 Abs. 1 TzBfG) auch wirksam, wenn der Arbeitgeber mit dem Motiv handelt, unbefristete Arbeitsverhältnisse weitgehend zu verhindern. Eine Übereinstimmung von objektivem Sachgrund und subjektivem Beweggrund der rechtlichen Gestaltung ist unnötig.

Im Gegenteil spricht das an vielen Stellen bestehende Sachgrunderfordernis gegen eine erweiterte Motivkontrollfunktion des Arbeitsrechtsmissbrauchs: Funktion des sachlichen Grundes ist, den Arbeitnehmer vor Willkür und den Folgen seiner strukturellen Unterlegenheit zu schützen. Um diesen Schutz zu gewährleisten, fordert das Gesetz an einigen Stellen sachliche Gründe; nicht nur für einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers (z.B. Kündigung), sondern auch für Verträge, die nur bei einer Mitwirkung des Arbeitnehmers zustande kommen können (§§ 145 ff. BGB).[752] Die strukturelle Unterlegenheit wird also gerade nicht mit der Bekämpfung unzulässiger Arbeitgebermotive, sondern mit der objektiven Frage nach dem sachlichen Grund bekämpft; das Schutzkonzept ist ein objektives. Das Sachgrunderfordernis ist keine Motivkontrolle, sondern relatives Diskriminierungsverbot, das vor Willkür schützt.[753]

Das verdeutlicht der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der die Frage nach arbeitgeberseitiger Willkür stellt, mithin die auf sachfremden Erwägungen beruhende Ungleichbehandlung untersagt.[754] Das Motiv der unterschiedlichen Behandlung ist für den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz irrelevant.

749 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 23 f.
750 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 24 mit Hinweis auf: BAG 17.9.1998 – 2 AZR 419/97 – NJW 1999, 1275, 1278 und BAG 12.10.1960 – GS 1/59 – NJW 1961, 798, 799 f.
751 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 24.
752 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 12 f.
753 *Junker*, Grundkurs, Rn. 49.
754 *Junker*, Grundkurs, Rn. 53.

Den relativen stehen (seltene) absolute Diskriminierungsverbote gegenüber, bei denen die Rechtfertigung über einen sachlichen Grund nicht möglich ist (AGG).[755] Nur sie ermöglichen (negative) Motivkontrolle.

e. Keine weiterreichende Motivkontrollmöglichkeit mittels Rechtsmissbrauch

Die in arbeitsrechtlichen Vorschriften normierten Motivkontrollmöglichkeiten bestätigen die für das allgemeine Zivilrecht getätigten Ausführungen zur Motivkontrolle und sprechen gegen die vom BAG vorgenommene Entgrenzung der Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs. Die Motivkontrollmöglichkeiten sind restriktiv formulierte Ausnahmen.

Die dem Arbeitsrecht bekannten Motivkontrollmöglichkeiten sind Fälle negativer subjektiver Zweckbindung, d.h. sie untersagen die Auswirkung einzelner, eng begrenzter Motive. Abgesehen vom strengen »Motivkontrollgesetz« AGG ermöglichen sie ausschließlich relative Motivkontrolle, weil das unlautere Motiv als Teil eines Motivbündels unschädlich ist. Das gilt selbst im Fall des Maßregelungsverbotes, wenn die Maßregelung nicht tragender Beweggrund ist.

Auch wenn die Tendenz dahin geht, die Merkmale des § 1 AGG extensiv zu handhaben (Stichwort: »Soziale Behinderung«[756]), lässt das die eingeschränkte Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs unberührt. Spezifische Missbrauchsfragen sind das auch im Hinblick auf dessen Motivkontrollfunktion nicht, weil allein die Merkmale des § 1 AGG zu definieren sind.

3. Zwischenergebnis: Motivkontrollfunktion des Arbeitsrechtsmissbrauchs

Ebenso wie im allgemeinen Zivilrecht ist die subjektive Zweckbindung von Befugnissen die Ausnahme. Sie erschöpft sich in gesetzlich angeordneten Fällen negativer subjektiver Zweckbindung und rechtsethischen Minima. Weitere Motive sind nicht kontrollfähig. Motivkontrollmöglichkeiten finden sich im Arbeitsrecht nur, wo sie spezialgesetzlich normiert sind. Die Motivkontrollfunktion des Arbeitsrechtsmissbrauchs reicht nicht weiter als die Motivkontrollfunktion im allgemeinen Zivilrecht. Insbesondere gibt es auch im Arbeitsrecht keinen Grundsatz, nach welchem der subjektive Zweck des Rechtsausübenden mit dem objektiven Gesetzeszweck übereinstimmen müsste (allg. § 3 F.II.3.e.aa.).

755 *Junker*, Grundkurs, Rn. 49.

756 EuGH 18.12.2014 – C-354/13 – NZA 2015, 33: Adipositas als Behinderung; BAG 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372: HIV-Infektion als Behinderung.

Das verbreitete (Willkür)Schutzkonzept des Arbeitsrechts, das nach sachlichen Gründen einer Rechtsausübung oder rechtlichen Gestaltung fragt und den im Hinblick auf (den mittelbar einwirkenden) Art. 3 Abs. 1 GG gebotenen Mindestschutz gewährleistet, verfolgt einen objektiven Ansatz. Sind sachliche Gründe für die Zulässigkeit einer rechtlichen Gestaltung erforderlich, schadet ein etwaiges unlauteres Motiv nicht, solange sachliche Gründe objektiv gegeben sind.

V. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs

Die Grundrechte erweitern den Anwendungsbereich des Einwands des Rechtsmissbrauchs auch im Arbeitsrecht nicht.

Den Grundrechten kommt im Arbeitsrecht nach heute einhelliger Ansicht wie im übrigen Zivilrecht mittelbare Drittwirkung zu. Die früher vom BAG vertretene Ansicht, nach welcher den Grundrechten unmittelbare privatrechtliche Wirkung zukomme[757], ist mit dem klaren Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren.[758]

Dementsprechend sind grundrechtliche Wertungen – wie sonst auch – bei der für den Rechtsmissbrauch notwendigen Interessenbewertung zu berücksichtigen.[759] Das Gewicht der einzelnen Grundrechte ist notwendig einzelfallbezogen.[760] Das Prinzip praktischer Konkordanz erfordert (aufgrund mittelbarer Drittwirkung), miteinander kollidierende Grundrechtspositionen in schonenden Ausgleich zu bringen.[761]

Noch dazu bedarf es sorgfältiger Prüfung, welche Grundrechte im konkreten Fall tatsächlich betroffen sind. Denn wer den Rechtsmissbrauch mit verfassungsrechtlichen Wertungen auflädt, die sich in der potentiell missbrauchten Norm nicht niedergeschlagen haben, läuft Gefahr, in Beliebigkeit zu verfallen.[762] So genügt der bloße Hinweis auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) nicht, um eine betriebsbedingte Kündigung für rechtsmissbräuchlich zu halten, umgekehrt wird eine solche, der ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme fehlt, die grundrechtlich geschützten Arbeitnehmerinteressen im Vergleich zur geschützten Unternehmerfreiheit unzureichend berücksichtigen und damit treuwidrig sein.[763]

---

757 BAG 3.12.1954 – 1 AZR 150/14 – BAGE 1, 185, 191 ff.
758 Statt aller *Junker*, Grundkurs, Rn. 45.
759 Dazu: Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 22.
760 Bamberger/Roth/*Sutschet*, § 242 Rn. 22.
761 Zum Erfordernis praktischer Konkordanz im Zivilrecht: BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 – NJW 1994, 36, 38 (Bürgschaftsbeschluss).
762 *Annuß*, NZA 2003, 783, 785.
763 Dazu: MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 58.

VI. Untätigkeit des Gesetzgebers als erweiterte Methodenkompetenz

Dass die Untätigkeit oder verzögerte Reaktion des Gesetzgebers die Methodenkompetenz der Gerichte nicht erweitert, wurde dargetan (§ 3 E.III.). Insoweit scheidet ein funktionaler Unterschied der arbeitsrechtlichen zur allgemein zivilrechtlichen Rechtsmissbrauchslehre aus.

VII. Zwischenergebnis: Zivilrechtliche Missbrauchslehre als arbeitsrechtliche Missbrauchslehre

Rechtsmissbrauchs- und Umgehungsfragen sind Normgeltungsfragen. Der Geltungsanspruch einer Norm ist rechtsgebietsunabhängig. Die Beteiligung des strukturell unterlegenen Arbeitnehmers an einem Rechtsgeschäft lässt den Geltungsanspruch einer Norm unberührt. Weil der Rechtsmissbrauch befugnisnormbezogen ist, sind im Arbeitsrecht die Maßstäbe anzulegen, die im allgemeinen Bürgerlichen Recht anzulegen sind. Rechtsgebietsabhängige Wertungen und grundrechtlich geschützte Positionen sind berücksichtigungsfähig, wenn sich entsprechende Wertungen in der potentiell missbrauchten Norm niedergeschlagen haben.

B. Entgrenzung durch Subjektivierung des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung

Oben wurde gezeigt, dass subjektive Elemente oder Motive nur in Ausnahmefällen, in denen es durch rechtsethische Minima geboten oder in der Norm selbst geregelt ist, darüber entscheiden können, ob im Einzelfall ein Rechtsmissbrauch gegeben ist. Das betrifft zum einen nur Fälle des individuellen Rechtsmissbrauchs, zum anderen ist die Motivkontrollfunktion auf Fälle der negativen subjektiven Zweckbindung beschränkt (§ 3 F.II.3.e.). Erkennt man entgegen der hier vertretenen Ansicht das Bedürfnis nach einem institutionellen Rechtsmissbrauch an, ist dieser allein objektiv zu beurteilen.

Das BAG und einige Stimmen in der Literatur sehen das anders: Das BAG setzt sowohl den individuellen als auch den institutionellen Rechtsmissbrauch zur Motivkontrolle ein und weitet damit die Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs aus.

I. Kollektiver Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB

Die beiden bisher vom BAG entschiedenen Fälle[764] zum kollektiven Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB wurden bereits vorgestellt (§ 1 A.II.1.a.), so

764 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43; BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2010, 89.

dass hier auf eine ausführliche Wiedergabe der Sachverhalte verzichtet werden kann. Beide Male prüfte das Gericht wohl[765] einen *institutionellen* Rechtsmissbrauch. Obschon das BAG den Rechtsmissbrauch im Ergebnis bisher immer ablehnte, offenbarte es *obiter* den subjektiven Maßstab, den es an den institutionellen Rechtsmissbrauch anlegt: Das falsche Motiv könne den Rechtsmissbrauch begründen. Die Vorgehensweise des Achten Senats stieß verbreitet auf Zustimmung.[766]

1. Das Motiv der Rechtsausübung als Missbrauchskriterium

Die Fälle[767] des kollektiven Widerspruchs nach § 613a Abs. 6 BGB sind ein Paradebeispiel der Motivzensur, die das BAG mit Hilfe des institutionellen Rechtsmissbrauchs durchführt.[768]

a. Gebrauch des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB

Veräußert der Betriebsinhaber einen Betrieb oder Betriebsteil, geht jener mit den bestehenden Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber über nach § 613a Abs. 1 BGB. Dem beim Betriebsinhaber beschäftigten Arbeitnehmer steht in einem solchen Fall ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu (§ 613a Abs. 6 BGB). Jener Widerspruch ist an eine einmonatige Frist gebunden, die mit Zugang einer ordnungsgemäßen (!) Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB beginnt.

Der Gesetzgeber begründete das Widerspruchsrecht damit,

> »dass es mit der Würde des Menschen, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und dem Recht auf freie Arbeitsplatzwahl (Artikel 1, 2 und 12 des Grundgesetzes) unvereinbar wäre, wenn ein Arbeitnehmer verpflichtet würde, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat [...].«[769]

Zu begründen hat der Arbeitnehmer den Widerspruch nicht. Der Widerspruch bedarf ebenso wenig eines sachlichen Grundes.[770] Es ist zunächst unerheblich, weshalb der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widerspricht. Gegenteiliges lässt sich § 613a Abs. 6 BGB nicht entnehmen.

765 Zur zweifelhaften Kategorisierung sogleich.
766 Wohl ohne die Entgrenzung des institutionellen Rechtsmissbrauchs zu bemerken: *Krause*, RdA 2006, 228, 229; *Melot de Beauregard*, BB 2005, 826, 828.
767 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43; BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2010, 89, 94.
768 *Rieble*, NZA 2005, 1, 3.
769 BT-Drs. 14/7760, S. 20.
770 BAG 19.2.2009 – 8 AZR 176/08 – NZA 2009, 1095.

Widerspricht der Arbeitnehmer, besteht sein Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Betriebsinhaber fort.

b. Der Missbrauch des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB

Das BAG nimmt einen institutionellen Rechtsmissbrauch des Widerspruchsrechts an, wenn die Arbeitnehmer kollektiv (unter Umständen: auf Anraten der Gewerkschaft oder des Betriebsrats) dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Betriebserwerber widersprechen und der Widerspruch »nicht im Schwerpunkt auf die Verhinderung des Arbeitgeberwechsels, sondern beispielsweise von der Motivation getragen ist, den Betriebsübergang als solchen zu verhindern oder aber Vergünstigungen zu erzielen, auf die die Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch haben.«.[771] Das Motiv ist entscheidendes Missbrauchskriterium.[772] Das gilt ausweislich der Worte »nicht im Schwerpunkt« selbst dann, wenn das »falsche« Motiv Teil eines Motivbündels ist.

2. Individueller versus institutioneller Rechtsmissbrauch

Wäre das richtig, würde das Widerspruchsrecht einer positiven subjektiven Zweckbindung unterliegen.

Das BAG bezeichnet die von ihm durchgeführte Missbrauchsprüfung zwar als institutionellen Rechtsmissbrauch, erläutert aber nicht, welche Missbrauchskategorie gemeint ist. Auf der einen Seite steht die vom Gericht gewählte Bezeichnung als institutioneller Rechtsmissbrauch, auf der anderen Seite führt es aus: »Eine Rechtsausübung kann nämlich dann missbräuchlich sein, wenn ihr kein schutzwürdiges Eigeninteresse zu Grunde liegt, sie als Vorwand für die Erreichung vertragsfremder oder unlauterer Zwecke dient oder nur den Zweck hat, einem anderen Schaden zuzufügen (§ 226 BGB).«.[773] Die letztgenannten Ausführungen deuten eher auf einen individuellen Rechtsmissbrauch, weil die Fallgruppe des fehlenden schutzwürdigen Eigeninteresses der Kategorie des individuellen Rechtsmissbrauchs zuzuordnen ist (§ 3 D.I.2.b.aa).

771 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43, 47 f.; BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2010, 89, 94.

772 So auch *Rieble*, NZA 2005, 1, 3.

773 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43, 48; ähnlich: BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 – NZA 2010, 89, 94.

a. Kein institutioneller Rechtsmissbrauch mangels objektiver Zweckverfehlung

Zunächst ist die Annahme eines *institutionellen* Rechtsmissbrauchs verfehlt, weil bei diesem nach ganz h.M. ein objektiver Maßstab anzulegen ist, Motive mithin nie berücksichtigungsfähig sein können. Ein institutioneller Rechtsmissbrauch könnte nur dann gegeben sein, wenn der Widerspruch bei objektiver Betrachtung seinen Zweck verfehlte. Der Zweck des Widerspruchsrechts besteht darin, dem Arbeitnehmer keinen ungewollten Arbeitgeber aufzuzwingen bzw. den Arbeitnehmer nicht mit dem Betrieb zu »verkaufen«. Dieser Zweck kann durch die Ausübung des Widerspruchsrechts nicht verfehlt werden.

Soweit *Krause* die institutionelle auf das Motiv des Arbeitnehmers gestützte Missbrauchsprüfung des BAG für richtig hält, weil eine Motivkontrolle auch bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage stattfinde, so ist der Vergleich nicht überzeugend.[774] Bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage scheidet der *institutionelle* Rechtsmissbrauch nach der überzeugenden Rechtsprechung des BGH und nach der ganz h.M. wegen des verwerflichen Motivs (Abkaufsfall) des Anfechtungsklägers gerade aus, weil der objektive Zweck der Anfechtungsklage unabhängig von den Motiven des Klägers erreicht wird (ausführlich § 3 D.III.2.c.aa.). Das Motiv begründet allenfalls einen individuellen Rechtsmissbrauch. Auf kollektiv ausgeübte Widerspruchsrechte ist diese Argumentation übertragbar. Da der objektive Zweck des Widerspruchrechts nicht durch subjektive Ziele verfehlt werden kann, kommt ein institutioneller Rechtsmissbrauch wegen subjektiver Zweckverfehlung des Widersprechenden nie in Betracht.

b. Kein individueller Rechtsmissbrauch mangels subjektiver Zweckbindung

Die verwerflichen Motive des Arbeitnehmers könnten einen individuellen Rechtsmissbrauch des Widersprechenden begründen, wenn der Widerspruch an subjektive Zwecke gebunden oder ein rechtsethisches Minimum betroffen wäre.

aa. Keine Bindung des Widerspruchrechts an subjektive Zwecke

Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers ist nicht an subjektive Zwecke gebunden. Das erkennt auch das BAG und erklärt das Motiv des Arbeitnehmers für die Ausübung des Widerspruchrechts für unerheblich: »Die Angabe eines Grundes ist für die Ausübung des Widerspruchsrechts eben-

774 *Krause*, RdA 2006, 228, 231.

so wenig von Belang wie das zu Grunde liegende Motiv des Arbeitnehmers.«[775]

Das soll in einem (im Hinblick auf die Innentheorie kaum nachvollziehbaren) zweiten Schritt – der Missbrauchsprüfung – doch nicht gelten. Hierzu führt das BAG aus:

> »Vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Widerspruchsrechts i.S. des § 613a VI BGB, die individuelle Arbeitgeberwahlfreiheit des Arbeitnehmers abzusichern (BT-Dr 14/7760, S. 19f.), darf der Widerspruch aber nicht zur Erreichung unzulässiger Ziele dienen. Eine Rechtsausübung kann nämlich dann missbräuchlich sein, wenn ihr kein schutzwürdiges Eigeninteresse zu Grunde liegt, sie als Vorwand für die Erreichung vertragsfremder oder unlauterer Zwecke dient oder nur den Zweck hat, einem anderen Schaden zuzufügen (§ 226 BGB).«[776]

Die Definition mag richtig sein, doch arbeitet das BAG das unzulässige Ziel nicht heraus.

Aus § 613a Abs. 6 BGB ergibt sich nicht, dass der Arbeitnehmer nur widersprechen darf, wenn er bezweckt, sich vor einem ungewollten Arbeitgeber zu schützen.

Widerspricht der Arbeitnehmer und verhindert so, dass sein Arbeitsverhältnis auf den Betriebserwerber übergeht, ist das hinzunehmen. Warum er das will, ist irrelevant. Selbst wenn der Arbeitnehmer die Rechtsfolge eigentlich nicht will, ist das als innerer Vorbehalt unbeachtlich gem. § 116 Satz 1 BGB. Es kann hier nicht zu Gunsten des widersprechenden Arbeitnehmers davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber den geheimen Vorbehalt kennt und die Willenserklärung nichtig ist gem. § 116 Satz 2 BGB. Aus welchem Motiv ein Widerspruch erfolgt, ist für den Arbeitgeber nicht erkennbar. Die Beweislast träfe ohnehin den Arbeitnehmer, als denjenigen, der sich auf die Nichtigkeit nach § 116 Satz 2 BGB beruft.[777]

bb. Verwirkung als möglicher individueller Rechtsmissbrauch

Beim individuellen Widerspruch kann aber der individuelle Rechtsmissbrauch in Form der Verwirkung einschlägig sein[778], sofern der Arbeitnehmer ein Vertrauen dahingehend geschaffen hat, dass er sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben werde (Zeit- und Umstandsmoment der

775 BAG 30.10.2003 – 8 AZR 491/02 – NZA 2004, 481, 482; BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43, 46.

776 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43, 48.

777 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 116 Rn. 17.

778 Dazu monographisch: *Hofmann*, Rechtsmissbrauch und Verwirkung bei Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB.

Verwirkung[779]). Ob der Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht wegen illoyaler Verspätung verwirkt hat, lässt sich nur mittels einer Gesamtbetrachtung beurteilen, bei der es darauf ankommt, ob der Gegner der Rechtsausübung nach einem gewissen Zeitablauf bei Abwägung aller Einzelfallumstände darauf vertrauen durfte, dass der Rechtsinhaber sein Recht nicht mehr ausüben wird.[780]

Jene Verwirkung gewinnt ihre Relevanz vor allem wegen der hohen Anforderungen, die das BAG[781] an eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB stellt und ohne die die Monatsfrist des § 613a Abs. 6 BGB nicht zu laufen beginnt.

cc. Entgegenstehen rechtsethischer Minima als individueller Rechtsmissbrauch

Der kollektive Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB kann im Ausnahmefall wegen der Verletzung rechtsethischer Minima unwirksam sein. Der Vergleich zur BGH-Rechtsprechung zum missbräuchlich ausgeübten Anfechtungsrecht hilft hier erneut:

Überträgt man die dort getroffenen Ausführungen auf das kollektiv ausgeübte Widerspruchsrecht, wird jenes rechtsmissbräuchlich ausgeübt, wenn der widersprechende Arbeitnehmer das Ziel verfolgt, den Arbeitgeber »in grob eigennütziger Weise zu einer Leistung zu veranlassen, auf die er keinen Anspruch hat und billigerweise auch nicht erheben kann.« Der Arbeitnehmer »wird sich dabei im allgemeinen von der Vorstellung leiten lassen, der mit dem Widerspruch konfrontierte« Arbeitgeber werde die vom Arbeitnehmer gewünschte Leistung erbringen, weil er hoffe, daß der Eintritt widerspruchsbedingter »Nachteile und Schäden dadurch vermieden oder zumindest gering gehalten werden könne«.[782]

Das wäre individueller Rechtsmissbrauch (Fallgruppe des gegenwärtigen arglistigen Verhaltens). Dazu bedürfte es freilich des Nachweises, dass das Widerspruchsrecht »erpresserisch« eingesetzt wird – ohne dass hierfür der Tatbestand des § 240 oder § 253 StGB erfüllt sein müsste.[783]

---

779 Dazu statt aller, Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 93 ff.

780 ErfK/*Preis*, § 613a BGB Rn. 101a m.w.N.; mit abweichendem Begründungsansatz: *Salzmann*, Die zivilrechtliche Verwirkung, S. 179 ff.

781 Etwa BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 – NZA 2006, 1268; BAG 13.7.2006 – 8 AZR 303/05 – NZA 2006, 1273; kritisch dazu *Schiefer/Worzalla*, NJW 2009, 558.

782 Vgl. die hier modifizierten Ausführungen aus BGH 22.5.1989 – II ZR206/88 – NJW 1989, 2689, 2692.

783 Vgl. dazu BGH 22.5.1989 – II ZR206/88 – NJW 1989, 2689, 2692.

Unzulässige Motivkontrolle wäre das nicht, weil die individuelle Rechtsmissbrauchsprüfung auf rechtsethische Minima beschränkt bliebe. Mit der vom BAG behaupteten subjektiven Zweckbindung hat jene nichts zu tun.

3. Praxisfolgen und Beweislastfragen

Der im Kollektiv widersprechende Arbeitnehmer kann beruhigt sein: Zwar kommt nach der Rechtsprechung des BAG ein Rechtsmissbrauch des Widerspruchsrechts in Betracht, sanktioniert wird ein solcher Fall nie werden, solange der Arbeitnehmer sein Motiv nicht unstreitig stellt.

a. Anforderungen des BAG an Darlegungs- und Beweislast

Den Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast kann der Arbeitgeber nur selten genügen. In einer der betreffenden Entscheidungen verneinte das BAG einen institutionellen Rechtsmissbrauch, obwohl 19 von 21 Arbeitnehmern mit vorformuliertem Widerspruchsschreiben widersprochen hatten. Der Arbeitgeber sei seiner Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen. Es gölten die allgemeinen Beweisregeln, wonach jeder dasjenige zu beweisen habe, was für ihn günstig sei. Dem Arbeitgeber mit dem Anscheinsbeweis zu helfen, komme aufgrund der Einzelfallbezogenheit des Rechtsmissbrauchseinwands nicht in Betracht.

b. Kritik

Letzterem ist zuzustimmen (allgemein § 3 H.II.1.).[784] Nicht alle Beweiserleichterungen sind indes mit dem Charakter des Rechtsmissbrauchs unvereinbar. Wie oben herausgearbeitet wurde, kommt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast, die nicht auf einen typischen Geschehensablauf, sondern auf eine typischerweise bestehende Beweisnot gestützt wird, auch im Rahmen des Rechtsmissbrauchseinwandes in Betracht. An anderer Stelle bejaht das auch das BAG, etwa wenn es in Kettenbefristungsfällen genügen lässt, dass der Arbeitnehmer die Anzahl und Gesamtdauer der Befristungen darlegt. Warum die Grundsätze nur zugunsten von Arbeitnehmern, nicht aber für Arbeitgeber gelten sollen, bleibt offen.

c. Lösungsvorschlag zum kollektiv ausgeübten Widerspruchsrecht

Richtig wäre nach hier vertretener Ansicht, bei kollektiv ausgeübten Widerspruchsrechten eine auf rechtsethische Minima beschränkte, individuelle Rechtsmissbrauchskontrolle vorzunehmen, die danach fragt, ob der Arbeitnehmer mit erpresserischer oder nötigender Motivation handelt

784 **A.A.** und für eine Anwendung des Prima-facie-Beweises: *Melot de Beauregard*, BB 2005, 826, 828.

(negative Zweckbindung). Weil das Motiv in der Regel kaum nachweisbar ist, ist mit den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu helfen, wenn äußere Umstände das verwerfliche Motiv indizieren.

Umgekehrt entkräftet der Arbeitnehmer den Missbrauchsvorwurf, wenn er bei bestehendem individuellem Missbrauchsverdacht einen zulässigen sachlichen Grund für den Widerspruch vortragen kann. Das missbrauchsbegründende Motiv als Teil eines Motivbündels ist unschädlich (relative negative subjektive Zweckbindung, § 3 F.II.3.e.cc.).

II. Das rechtsmissbräuchliche Teilzeitverlangen nach § 8 TzBfG

Ebenfalls mehrere Entscheidungen[785] ergingen zur Frage des »falsch« motivierten und daher missbräuchlichen Teilzeitverlangens nach § 8 Abs. 1, 4 TzBfG.

1. Das Motiv als Missbrauchskriterium des BAG – Motivzensur

a. Der allgemeine Teilzeitanspruch, § 8 TzBfG

§ 8 Abs. 1, 4 TzBfG gewährt (über die Anforderungen der RL 97/81/EG hinaus) dem Arbeitnehmer unter den dort genannten Voraussetzungen (Wartezeit, Abs. 1; Mindestarbeitnehmerzahl Abs. 7; Ankündigungsfrist, Abs. 2 Satz 1; Sperrfrist, Abs. 6; keine entgegenstehenden betrieblichen Gründe) einen Anspruch auf Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit und die Umverteilung von deren Lage. Einen Grund oder eine Begründung für das Teilzeitverlangen fordert § 8 TzBfG nicht.[786] Allerdings ist der Anspruch auf Umverteilung der Lage der Arbeitszeit an den Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit geknüpft. Einen isolierten Anspruch auf Umverteilung der Arbeitszeit gewährt § 8 TzBfG nicht. Der Verteilungsanspruch ist Annex des Verringerungsanspruchs und nicht umgekehrt.[787] Der Sinn und Zweck des § 8 TzBfG besteht darin, Arbeitnehmern einen einseitig erzwingbaren Anspruch auf Arbeitszeitverringe-

785 BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 – NZA 2013, 1074 (Flugzeugkapitän) mit Hinweis auf ArbG Stuttgart – 26 Ca 1324/01 – NZA-RR 2002, 183 (alleinerziehende Mutter); BAG 18.8.2009 – 9 AZR 517/08 – NZA 2009, 1207; LAG Düsseldorf 25.8.2011 – 11 Sa 360/11 – juris; LAG Köln 30.6.2014 – 2 Sa 977/13 – juris.

786 *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 52

787 *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 42; Meinel/*Heyn*/Herms, § 8 TzBfG Rn. 30; *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145, 147; *Rolfs*, RdA 2001, 129, 134; *Grobys/Bram*, NZA 2001, 1175, 1177; ErfK/*Preis*, § 8 TzBfG Rn. 6; Annuß/*Thüsing/Mengel*, TzBfG, § 8 Rn. 78; **a.A.** *Straub*, NZA 2001, 919 f.

rung zu gewähren, nicht aber den Grundsatz *pacta sunt servanda* bezüglich der Verteilung der Arbeitszeit aufzuweichen.[788]

Der Arbeitnehmer kann frei entscheiden, ob und in welchem Umfang er seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitszeit reduzieren möchte. Der Gesetzgeber hat bei Einführung des Teilzeitanspruchs bewusst darauf verzichtet, den Umfang der Arbeitszeitreduzierung vorzugeben.[789] Deshalb bietet es sich für Arbeitnehmer, die mit der Verteilung ihrer Arbeitszeit unzufrieden sind, freilich an, geringe Arbeitszeitverringerungen mit erheblichen Umverteilungswünschen zu kombinieren.

b. Der Missbrauch des Teilzeitverlangens

Unter dem Begriff des Rechtsmissbrauchs werden Fälle diskutiert, in denen der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit in geringem Umfang reduzieren will, um in erster Linie ihre Lage umzuverteilen. Eine geringfügige Reduzierung der Arbeitszeit ist nicht *per se* rechtsmissbräuchlich[790], weil das Gesetz keinen Mindestumfang für eine Arbeitszeitverringerung enthält.[791] Gleichwohl soll das Teilzeitverlangen im Einzelfall missbräuchlich sein, wenn die Verkürzungen so minimal sind, dass es dem Arbeitnehmer tatsächlich nicht mehr um die Verkürzung, sondern nur noch um eine Neuverteilung seiner Arbeitszeit gehen kann.[792]

c. Sonderfall: Teilzeitanspruch statt Urlaubsverteilungskampf

Das Teilzeitbegehren, das dem Ziel dient, Urlaubsverteilungskämpfe zu vermeiden, soll ebenfalls den Rechtsmissbrauch begründen können[793]; und zwar nach Ansicht des LAG Köln auch dann, wenn der Arbeitnehmer Teilzeit in *nicht geringem* Umfang beantragt.[794]

d. Anknüpfungspunkt des Missbrauchsurteils

Anknüpfungspunkt für das Missbrauchsverdikt ist das vermutete Motiv des Arbeitnehmers.[795]

---

788 Meinel/*Heyn*/Herms, § 8 TzBfG Rn. 30 m.w.N.
789 BT-Drs. 14/4374, S. 17.
790 *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 55.
791 ErfK/*Preis*, § 8 TzBfG Rn. 1.
792 *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 55; *Boecken*/Joussen, TzBfG, § 8 Rn. 87a; Annuß/Thüsing/*Mengel*, TzBfG, § 8 Rn. 60, 78; Arnold/Gräfl/*Lehnen*, TzBfG, § 8 Rn. 31; ErfK/*Preis*, § 8 TzBfG Rn. 1,6.
793 BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 – NZA 2013, 1074, 1075 f.
794 So in der Hilfsbegründung: LAG Köln 30.6.2014 – 2 Sa 977/13 – juris Rn. 35.
795 Ebenso *Kühnel*, ArbRB 2013, 297, 298.

Das aus dem falschen Motiv gewählte geringfügige Arbeitszeitverringerungsbegehren soll rechtsmissbräuchlich sein.

Dass die in den Fällen des § 8 TzBfG durchgeführte Missbrauchskontrolle zu einer Motivzensur und echtem Gesinnungsrecht führt, illustriert die Flugzeugkapitän-Entscheidung des BAG vom 11.6.2013 und der Gegensatz zu der dort vom BAG in Bezug genommenen Entscheidung des ArbG Stuttgart vom 23.11.2001.[796] In beiden Entscheidungen begehrte der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin eine Arbeitszeitverringerung in einem sehr geringen Umfang (Flugzeugkapitän: 3,29%[797]; alleinerziehende Mutter: 3,2%[798]). Während das Begehren des Flugzeugkapitäns rechtsmissbräuchlich war, weil es ihm darauf ankam, in der Zeit vom 22.12. eines Jahres bis zum 2.1. des Folgejahres eine blockweise Freistellung zu erreichen und sich den (von Seniorität geprägten) Konkurrenzkampf um Urlaub während dieser Zeit zu ersparen, wurde das Teilzeitbegehren der alleinerziehenden Mutter als rechtmäßig betrachtet, weil sie mit dem Ziel handelte, ihre Arbeitszeiten an die Öffnungszeiten der Kindertagesstätte anzupassen.[799] Mit dem Verweis auf die Entscheidung des ArbG Stuttgart distanzierte sich das BAG nicht von den Maßstäben der Entscheidung des ArbG Stuttgart, sondern wies auf die unterschiedliche Motivationslage hin und begründete, warum in einem Fall ein Rechtsmissbrauch gegeben sei und in dem anderen nicht, obwohl objektiv eine ähnliche Arbeitszeitverringerung begehrt wurde. Damit entscheidet nach der Rechtsprechung allein das Motiv des Arbeitnehmers über die Wirksamkeit seines Teilzeitverlangens.[800]

In anderen Entscheidungen deutet das BAG an, ein Missbrauch sei dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer sein Recht auf Verringerung der Arbeitszeit nur ausübe, »um lediglich den Übergang von der Fünftagewoche auf die Viertagewoche durchzusetzen«.[801]

e. Prüfungsfolge des BAG

Die Vorgehensweise des BAG ist hierbei zweistufig. Zunächst nimmt es den begehrten Umfang der Reduzierung in den Blick. Ist dieser sehr niedrig (z.B. ca. drei Prozent im Fall des Piloten und der alleinerziehenden Mutter), so lässt das *richtige* Motiv den Missbrauchsvorwurf entfallen. Ist

796 BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 – NZA 2013, 1074, 1076 mit Hinweis auf ArbG Stuttgart – 26 Ca 1324/01 – NZA-RR 2002, 183.
797 BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 – NZA 2013, 1074, 1075.
798 ArbG Stuttgart – 26 Ca 1324/01 – NZA-RR 2002, 183, 185.
799 BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 – NZA 2013, 1074, 1076.
800 Ebenso *Kühnel*, ArbRB 2013, 297, 298.
801 BAG 18.8.2009 – 9 AZR 517/08 – NZA 2009, 1207, 1210, dort verneinte das BAG den Rechtsmissbrauch im Ergebnis.

der begehrte Verringerungsumfang hingegen ausreichend hoch (jedenfalls zehn Prozent wie im Fall des kaufmännischen Angestellten, der eine Viertagewoche anstrebte), kann allenfalls noch das *falsche* Motiv den Missbrauchseinwand begründen. Nur das LAG Köln nimmt bei einer begehrten Arbeitszeitverringerung in erheblichem Umfang einen Rechtsmissbrauch an, sofern der Arbeitnehmer das *falsche* Motiv mit seinem Teilzeitbegehren verfolgt (Urlaubskonkurrenzvermeidung).[802]

f. Widersprüche in der Rechtsprechung der Senate

Diese Missbrauchsrechtsprechung des BAG im Zusammenhang mit § 8 TzBfG ist nicht nur Motivzensur, sondern steht noch dazu im Widerspruch zu der eigenen Rechtsprechung. Der Neunte Senat führt in einer anderen Entscheidung, in der Streitgegenstand ebenfalls das Teilzeitbegehren einer Mutter nach § 8 TzBfG war, aus: »Das Anliegen der Kl., ihr Kind zu betreuen und den Kontakt zum Beruf dennoch nicht zu verlieren, wird nach der gesetzlichen Konzeption des Verringerungs- und Neuverteilungsanspruchs in § 8 TzBfG allerdings nicht berücksichtigt. Danach kommt es nicht auf das Gewicht der vom Arbeitnehmer für seinen Teilzeitwunsch geltend gemachten Gründe an. Persönliche Belange sind in § 8 TzBfG nicht erwähnt.«[803] Wie diese Ausführungen noch mit der in Missbrauchsfällen durchgeführten Motivkontrolle in Einklang zu bringen sein sollen, erschließt sich nicht. Die Vorhersehbarkeit der einzelnen Entscheidung in Arbeitszeitverringerungsstreitigkeiten leidet.

2. Individueller versus institutioneller Rechtsmissbrauch

Da der Missbrauchsvorwurf aus der zweckwidrigen Ausübung des subjektiven Rechts, das § 8 Abs. 1, 4 TzBfG gewährt, folgt[804], kommt als Missbrauchskategorie entweder der institutionelle Rechtsmissbrauch oder der individuelle Rechtsmissbrauch in Form der gesetzeszweckwidrigen Rechtsausübung in Betracht.

802 So in der Hilfsbegründung: LAG Köln 30.6.2014 – 2 Sa 977/13 – juris Rn. 35.

803 BAG 16.10.2007 – 9 AZR 239/07 – NZA 2008, 289, 291; ähnlich BAG 9.12.2003 – 9 AZR 16/03 – NZA 2004, 921, 922: »Persönliche Belange des Arbeitnehmers sind im Gesetz nicht erwähnt.«.

804 BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 – NZA 2013, 1074, 1075: »Liegen allerdings im Einzelfall besondere Umstände vor, die darauf schließen lassen, der Arbeitnehmer wolle die ihm gem. § 8 TzBfG zustehenden Rechte **zweckwidrig** [Anm.: Hervorhebung nur hier] dazu nutzen […]«.

a. Kein individueller Rechtsmissbrauch mangels subjektiver Zweckbindung

Da nach Ansicht des BAG das Motiv des Arbeitnehmers Anknüpfungspunkt der Zweckwidrigkeit ist, müsste die objektive Kategorie des institutionellen Rechtsmissbrauchs ausscheiden. Der Fallgruppe des individuellen Rechtsmissbrauchs ließe sich das zweckwidrige Teilzeitverlangen zuordnen, wenn § 8 Abs. 1, 4 TzBfG eine subjektive Zweckbindung (subjektive Zweckbindung als Voraussetzung der subjektiven Zweckwidrigkeit § 3 F.II.3.e.) entnommen werden könnte.

aa. Wortlaut

Der Wortlaut des § 8 TzBfG gibt eine solche Zweckbindung nicht her. Wie auch das BAG an anderer Stelle erkennt (siehe soeben), sind die persönlichen Gründe des Arbeitnehmers für das Teilzeitverlangen ausweislich des eindeutigen Wortlautes irrelevant. Das TzBfG gibt dem Arbeitnehmer die Befugnis, den Arbeitgeber zu einer Verringerung der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit zu zwingen (»Kontrahierungszwang«).[805]

bb. Teleologie

Gibt der Wortlaut eine subjektive Zweckbindung nicht her, verbleiben noch die übrigen Auslegungsmethoden, vor allem die teleologische Auslegung. Hier verweist das BAG methodisch zwar zu Recht auf die Entwurfsbegründung, kommt dabei aber zu einem falschen Ergebnis: Zwar nennt die Entwurfsbegründung (unter anderem) als Ziel des TzBfG, die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu erleichtern,[806] doch ist darin keine Aufforderung an die Gerichte für Arbeitssachen zu sehen, ihre sozialpolitischen Vorstellungen zu verwirklichen und erst recht keine Zweckbindung des in § 8 TzBfG geregelten Kontrahierungszwangs an das Motiv, mehr Zeit für seine Familie zu haben.

Der Hinweis des BAG auf die Entwurfsbegründung ist unvollständig, weil nur ein Hinweis auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie gegeben wird, ohne dass die anderen Zwecke erwähnt würden, die die Bundesregierung laut ihrem Gesetzesentwurf leiteten.[807] Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie war nur ein Aspekt, den der Gesetzgeber im Rahmen des § 8 TzBfG berücksichtigte. Durch vermehrte Bereitschaft der Arbeitneh-

805 *Hromadka*, NJW 2001, 400, 403.
806 BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 – NZA 2013, 1074, 1075 mit Hinweis auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Dr 14/4374, S. 11.
807 Siehe BT-Drs. 14/4374, S. 11.

mer, in Teilzeit zu arbeiten, erhoffte sich der Gesetzgeber positive beschäftigungspolitische Effekte.[808]

Auch bei den Motiven, die einen Arbeitnehmer leiten könnten, sah der Gesetzgeber keinerlei Einschränkung oder gar weniger schützenswerte Beweggründe vor: Der Ausbau von Teilzeitarbeit sollte nicht nur die Vereinbarkeit von Beruf und Familie fördern, sondern auch die unterschiedlichen Lebensentwürfe der Arbeitnehmer berücksichtigen.[809] Vor allem § 8 TzBfG sollte »individuelle Gestaltungsmöglichkeiten« bieten.[810] Individuelle Gestaltungsfreiheit und subjektive Zweckbindung vertragen sich nicht miteinander. Weder positive noch negative Zweckbindung lässt sich demnach aus dem Gesetzesentwurf ableiten.

Deshalb ist das Motiv des Arbeitnehmers ungeeignet, einen Rechtsmissbrauch zu begründen. Ein derart starker Eingriff in die Privatautonomie – wie er mit einer subjektiven Zweckbindung des Verringerungsanspruchs verbunden wäre – ergibt sich auch unter Berücksichtigung der Entwurfsbegründung nicht. Da eine subjektive Zweckbindung gegen den Wortlaut des Gesetzes wäre, müsste sie sich wenigstens andeutungsweise in den Gesetzgebungsmaterialien finden. Wer dem Arbeitnehmer die Ausübung seiner von der Rechtsordnung bereitgestellten Rechte verwehren will, muss dafür beträchtliche Gründe ins Feld führen.

b. Individueller Rechtsmissbrauch wegen eines Verstoßes gegen rechtsethische Minima

Möglich bleibt freilich ein individueller Rechtsmissbrauch wegen eines Verstoßes gegen rechtsethische Minima, den auch das Motiv des Arbeitnehmers begründen kann. Das ist indes keine spezifische Frage einer Zweckbindung des § 8 TzBfG, sondern entspricht den allgemeinen Regeln bzw. der allgemeinen Motivkontrollfunktion des individuellen Rechtsmissbrauchs (§ 3 F.II.3.). So ist etwa der Verringerungsanspruch schikanös, den der Arbeitnehmer allein zu dem Zweck geltend macht, seinen Arbeitgeber zu schädigen (= gegen rechtsethische Minima verstoßendes Motiv), § 226 BGB.

c. Zwischenergebnis: Individueller Rechtsmissbrauch im Fall des § 8 TzBfG

Im Ergebnis kann das Motiv des Arbeitnehmers für die Rechtmäßigkeit seines Teilzeitverlangens nur im Ausnahmefall relevant sein. Ein indivi-

808 BT-Drs. 14/4374, S. 11 und 17; dazu *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2065, 2067.
809 So unmissverständlich: BT-Drs. 14/4374, S. 11.
810 BT-Drs. 14/4374, S. 17.

dueller Rechtsmissbrauch wegen Zweckverfehlung scheitert mangels subjektiver Zweckbindung nach § 8 TzBfG.

Das gilt auch, wenn der Arbeitnehmer mit seinem Teilzeitbegehren bezweckt, Urlaubsverteilungskämpfen zu seinen Gunsten auszuweichen. Insoweit hat das LAG Köln, das nur hilfsweise auf den Rechtsmissbrauch abstellte, den richtigen Weg vorgegeben: Mit einem dem Teilzeitbegehren entgegenstehenden betrieblichen Organisationskonzept zur Urlaubsverteilung können betriebliche Gründe dem Teilzeitbegehren entgegenstehen.[811]

d. Institutioneller Rechtsmissbrauch oder teleologische Reduktion wegen objektiver Verfehlung des Gesetzeszwecks

Obschon ein *individueller* Rechtsmissbrauch wegen subjektiver Zweckverfehlung ausscheidet, kommt möglicherweise ein *institutioneller* Rechtsmissbrauch aufgrund objektiver Gesetzeszweckverfehlung in Betracht.

aa. Funktionswidrigkeit des Teilzeitanspruchs

Der Teilzeitanspruch wird funktionswidrig eingesetzt, wenn der Arbeitnehmer bei minimalen Verkürzungen der Arbeitszeit um wenige Stunden oder Minuten gleichzeitig eine erhebliche Änderung der Arbeitszeitverteilung begehrt. Hier verliert der Neuverteilungsanspruch seine Annexfunktion, weil es um nichts anderes mehr *gehen kann* (!) als um die Neuverteilung der Arbeitszeit.

[1] Teleologische Reduktion des § 8 TzBfG

Da nicht damit zu rechnen ist, dass der Gesetzgeber eine Mindestgrenze normiert, böte es sich nach der hier in § 3 F.III.4. vertretenen Ansicht an, mit Hilfe einer teleologischen Reduktion des § 8 Abs. 1, 4 TzBfG eine Mindestverringerungsgrenze zu etablieren, weil § 8 TzBfG insoweit eine verdeckte Gesetzeslücke aufweist. Es muss eine Grenze geben, weil sonst das Verhältnis von Verringerungs- zu Neuverteilungsanspruch verkehrt würde. Ein Umkehrschluss zu § 15 Abs. 7 BEEG, der explizit eine Mindestgrenze der Arbeitszeitverringerung normiert, steht einer teleologischen Reduktion des § 8 TzBfG nicht entgegen. Zwar hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, eine Mindestgrenze in § 8 TzBfG zu etablieren.[812] Ein Blick in die Entwurfsbegründung legt indes den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber den Fall nicht vor Augen hatte, in welchem ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeit nur um wenige Minuten verringern will.

811 So in der Hilfsbegründung: LAG Köln 30.6.2014 – 2 Sa 977/13 – juris Rn. 31 ff.
812 BT-Drs. 14/4374, S. 16 f.

[2] Vorschlag: Verringerung der Wochenarbeitszeit um zwei Stunden als teleologische Mindestgrenze

Alle in der Entwurfsbegründung genannten Zahlenbeispiele bewegen sich im Bereich von Stunden bezogen auf die Wochenarbeitszeit.

Ausdrücklich nimmt die Entwurfsbegründung Bezug auf Umfragen zu gewünschten Arbeitszeitverringerungen. Selbst eine Verringerung der Arbeitszeit um weniger als fünf Stunden der Wochenarbeitszeit findet dort Erwähnung.[813] Noch geringere Verringerungsbegehren werden nicht genannt.

Weil die Entwurfsbegründung selbst Verringerungsbegehren unterhalb von fünf Stunden der Wochenarbeitszeit akzeptiert und der Gesetzgeber bewusst keine Mindestgrenze etabliert hat, muss eine Mindestgrenze im untersten Stundenbereich (etwa: zwei Stunden oder fünf Prozent gerechnet auf eine 40-Stunden-Woche) verlaufen. Verringerungsbegehren von weniger als zwei Stunden gerechnet auf die Wochenarbeitszeit werden nach hier vertretener Ansicht folglich von § 8 TzBfG nicht erfasst.

Das Motiv des Verringerungsbegehrens hat in jedem Fall unberücksichtigt zu bleiben.

bb. Fehlende Vorgaben des Unionsrechts

Unionsrechtliche Vorgaben sind hier unbeachtlich, weil die RL 97/81/EG schon keinen erzwingbaren Teilzeitanspruch vorsieht.[814] Die von der Richtlinie umgesetzte Rahmenvereinbarung regelt in § 5 Abs. 3 lit. a lediglich:

> »Die Arbeitgeber sollten, soweit dies möglich ist, Anträge von Vollzeitbeschäftigten auf Wechsel in ein im Betrieb zur Verfügung stehendes Teilzeitarbeitsverhältnis berücksichtigen.«

§ 8 TzBfG ist deshalb zulässige günstigere Bestimmung i.S.d. § 6 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung.

cc. Exkurs: Kein Zwang zur Vollzeittätigkeit

Umgekehrt ermöglicht das Unionsrecht (theoretisch) sogar nationale Regelungen, die dem Arbeitgeber gestatten, ohne Einverständnis des Arbeitnehmers den Wechsel von Teil- in Vollzeit anzuordnen.[815] In Deutschland steht dieser Möglichkeit freilich der zwingende § 8 TzBfG entgegen.

---

813 BT-Drs. 14/4374, S. 16 f.
814 EuGH 15.10.2014 – C-221/13 »Mascellani« – NZA 2014, 1257
815 EuGH 15.10.2014 – C-221/13 »Mascellani« – NZA 2014, 1257.

3. Praxisfolgen

Ist ein Teilzeitbegehren so gering, dass der Umverteilungsanspruch objektiv seine Annexfunktion verliert, unterfällt das nicht mehr § 8 Abs. 1, 4 TzBfG. Sowohl im Fall des Piloten als auch im Fall der alleinerziehenden Mutter hätte das Teilzeitbegehren in teleologisch reduzierter Auslegung von § 8 TzBfG abgelehnt werden können. Das gute Motiv oder der sozialpolitisch verständliche Wille, alleinerziehenden Müttern zu helfen, ändert daran nichts. Die Arbeitnehmerin wäre also entweder auf eine gütliche Einigung mit dem Arbeitgeber angewiesen – Verringerung und Umverteilung geht selbstverständlich in jedem Umfang mittels Änderungsvertrag. Alternativ hätte sie ihre Arbeitszeit in größerem Umfang von wenigstens fünf Prozent bzw. zwei Stunden Wochenarbeitszeit reduzieren müssen.

III. Die rechtsmissbräuchliche Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingten Kündigungen

Die Frage nach sachlichen Gründen einer rechtlichen Gestaltung ist mit der Rechtsmissbrauchskontrolle zulässig, wenn eine Willkürkontrolle aufgrund gesetzlicher Anordnung oder Interessenabwägung nötig ist. (Willkürkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs § 3 F.II.4.).

Die Willkürkontrollfunktion wird entgrenzt, wenn über das bloße Erfordernis sachlicher Gründe hinaus, die »richtigen«, »zweckmäßigen« oder »vernünftigen« Gründe für eine Rechtsausübung gefordert werden. Solche Anforderungen subjektivieren die objektive Willkürkontrollfunktion und führen von zulässiger Rechts- und Willkürkontrolle zu Wirtschaftsaufsicht durch Gerichte, die unternehmerische Freiheit beschneidet.

1. Von zulässiger Rechtskontrolle zur »vernünftigen Unternehmerentscheidung« – Die »missbräuchliche« Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingter Kündigung

Entgrenzungstendenzen weist die Rechtsmissbrauchskontrolle auf, die im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung die Unternehmerentscheidung in den Blick nimmt.

a. Betriebsbedingte Kündigung und Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen

Das KSchG ist gesetzlich normierter Fall zulässiger (gesteigerter) Sachgrundkontrolle, weil nur die aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen erklärte Kündigung sozial gerechtfertigt ist gem. § 1 Abs. 1 KSchG.[816] Bei der betriebsbedingten Kündigung ist der die Kündigung rechtfertigende Sachgrund das (auf inner- oder außerbetrieblichen

816 Dazu *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 153 ff.

Gründen beruhende) dringende betriebliche Erfordernis, das in Folge unternehmerischer Entscheidung zum Wegfall einer Beschäftigungsmöglichkeit führt.[817] Die Kausalkette von unternehmerischer Entscheidung bis Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit hat der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess substantiiert darzulegen und zu beweisen gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG.[818]

b. Grundsätzliche Kontrollfreiheit der Unternehmerentscheidung

Die am Anfang der Kausalkette stehende Entscheidung des Unternehmers ist dabei (abgesehen von einer Rechtskontrolle[819] auf Gesetzes- oder Tarifverstöße) grundsätzlich kontrollfrei, wird vor allem nicht auf ihre Sinnhaftigkeit, Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit geprüft.[820] Eine inhaltliche Kontrolle der Unternehmerentscheidung wäre mit der Freiheit des Unternehmers (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG), der das wirtschaftliche Risiko trägt, unvereinbar.[821] Er muss unternehmenspolitische Entscheidungen frei treffen können, ohne dass Gerichte ihm hierbei Vorgaben machen.[822]

Andererseits darf die grundsätzliche Kontrollfreiheit der unternehmerischen Entscheidung nicht dazu führen, dass der sozialstaatlich gebotene Kündigungsschutz leer läuft (»umgangen wird«), denn das KSchG begrenzt die Unternehmerfreiheit zu Gunsten des von Art. 12 GG gebotenen Arbeitnehmerschutzes.[823] Die Kündigung selbst (aber nur die Kündigung) ist deshalb gerichtlich überprüfbare Unternehmerentscheidung.[824]

c. Rechtsmissbrauchs- versus Willkürkontrolle

Die Gerichte für Arbeitssachen flankieren, um die drohende Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes zu verhindern, dessen Schutzzweck, indem sie die grundsätzlich freie unternehmerische Entscheidung auf etwaigen Missbrauch kontrollieren:

817 *Junker*, Grundkurs, Rn. 371.
818 *Franzen*, NZA 2001, 805, 809 f.
819 Beispielhaft: BAG 18.12.1997 – 2 AZR 709/96 – NZA 1998, 304: Unwirksamkeit einer Änderungskündigung wegen tarifwidriger Arbeitszeitgestaltung.
820 *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn. 55 ff.; *Junker*, Grundkurs, Rn. 371.
821 *Feuerborn*, Sachliche Gründe, S. 215 f. m.w.N.; *Thum*, Betriebsbedingte Kündigung, S. 61 ff.
822 ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 239; *Franzen*, NZA 2001, 805, 810.
823 *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn. 48.
824 *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn. 48.

Rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig ist nach Ansicht des BAG die offenbar unsachliche, unvernünftige oder willkürliche Unternehmerentscheidung.[825] Dabei will das Gericht dem Arbeitgeber mit der Missbrauchskontrolle (vermeintlich) keine organisatorischen Vorgaben machen oder die Stichhaltigkeit der Erwägungen prüfen, die den Arbeitgeber zu dem von ihm gewählten Konzept geführt haben.[826] Ziel der Missbrauchskontrolle ist, der unternehmerischen Entscheidung, die in Wirklichkeit keine solche ist, die Wirksamkeit zu versagen. So handelt der Arbeitgeber willkürlich, der eine unternehmerische Entscheidung behauptet, in Wahrheit aber nur einem bestimmten Arbeitnehmern kündigen will, obwohl objektiv Beschäftigungsbedarf fortbesteht.[827]

Auch wenn das BAG die Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung nicht eindeutig[828] der Rechtsmissbrauchskontrolle zuordnet, sondern auf offenbare Unsachlichkeit, Unvernunft und Willkür prüft, ist das dogmatisch gesehen eine Rechtsmissbrauchskontrolle, weil sie auf Interessenbewertung im Einzelfall beruht.[829]

Das Fehlen eines sachlichen Grundes betrifft die Willkürkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs, nach der im Einzelfall ein sachlicher Grund für eine Rechtsausübung verlangt werden kann, wenn jene in Gegnerrechte eingreift bzw. die Umgehung einer gegnerschützenden Norm droht (§ 3 F.II.4.). Die drohende Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes rechtfertigt hier das Sachgrunderfordernis[830]: Bedürfte die unternehmerische Entscheidung keines sachlichen Grundes, d.h. wäre sie freier Willkür zugänglich, bestünde die Gefahr, dass der Schutz des KSchG leer liefe, wenn die Unternehmerentscheidung nahe an die Kündigungsentscheidung heranrückt. Schwierigkeiten bereitet die zum Wegfall einer Beschäftigungsmöglichkeit führende Unternehmerentscheidung (Organisationsentscheidung), je näher sie mit der Kündigungsentscheidung zusammenfällt.[831] Das ist z.B. der Fall, wenn die unternehmerische Entscheidung im We-

825 ständig, nur: BAG 16.12.2010 – 2 AZR 770/09 – NZA 2011, 505 f.
826 BAG 21.9.2006 – 2 AZR 607/05 – NZA 2007, 431, 433.
827 BAG 23.2.2012 – 2 AZR 548/10 – NZA 2012, 852, 854.
828 Krit. *Preis*, Prinzipien, S. 218: »[…] muß deutlicher werden, daß es hierbei um das allgemeine Verbot des Rechtsmißbrauchs geht, das *jeder* Rechtsausübung entgegensteht.«.
829 *Preis*, Prinzipien, S. 218; *v.Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung, S. 305; *Franzen*, NZA 2001, 805, 810.
830 BAG 10.7.2008 – 2 AZR 1111/06 – NZA 2009, 312, 314 f.
831 BAG 23.2.2012 – 2 AZR 548/10 – NZA 2012, 852, 854; APS/*Kiel*, § 1 Rn. 464.

sentlichen darin besteht, den Betrieb mit reduziertem Personal fortzuführen.[832]

Dementsprechend greift die Vermutung, eine unternehmerische Entscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht ohne weiteres, wenn sie mit der Kündigungsentscheidung beinahe identisch ist, etwa weil der Arbeitgeber beschließt, sein Unternehmen mit verringertem Personalbestand fortzuführen. Vielmehr hat der Arbeitgeber dann zu den sachlichen Gründen der Unternehmerentscheidung vorzutragen.[833] Ist eine unternehmerische Maßnahme nicht von einem sachlichen Grund getragen, rechtfertigt eine Interessenbewertung im Einzelfall den Rechtsmissbrauchsvorwurf.[834]

Die »Rechtsmissbrauchslösung« führt bei der betriebsbedingten Kündigung keine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, weil auch der Rechtsmissbrauchseinwand keine solche ist. Die »Rechtsmissbrauchslösung« erfasst Ausnahmefälle und der Missbrauchsvorwurf wird immer zu entkräften sein, wenn tatsächlich eine »echte« unternehmerische Entscheidung getroffen wurde und der Arbeitgeber nicht allein bezweckt, bestimmten Arbeitnehmern kündigen zu können.

d. Konkrete Fälle der Willkürkontrolle mit Entgrenzungstendenz

Ein Problem bleibt: Wie kann die Freiheit der Unternehmerentscheidung gewährleistet bleiben, d.h. nicht auf ihre Motive, Notwendigkeit oder gar Zweckmäßigkeit kontrollierbar sein, wenn sie auf offenbare Unvernunft, Unsachlichkeit und Willkür kontrolliert wird?

Der Prüfungsmaßstab der »offenbaren Unvernunft, Unsachlichkeit und Willkür« setzt voraus, dass Vernunft, Sachlichkeit und Sachgrund als positive Gegenstücke geprüft werden. Das ist indes nur solange mit einer Missbrauchskontrolle vereinbar, solange jeder Sachgrund den Missbrauchsvorwurf entfallen lässt, keinesfalls aber der »richtige« Sachgrund gefordert wird.

832 *Franzen*, NZA 2001, 805, 810; so etwa: BAG 17.6.1999 – 2 AZR 522/98 – NZA 1999, 1095; BAG 17.6.1999 – 2 AZR 141/99 – NZA 1999, 1098; BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98 – NZA 1999, 1157.

833 BAG 10.7.2008 – 2 AZR 1111/06 – NZA 2009, 312, 314 f.; zur abgestuften Darlegungs- und Beweislast: BAG 17.6.1999 – 2 AZR 522/98 – NZA 1999, 1095; BAG 17.6.1999 – 2 AZR 141/99 – NZA 1999, 1098; BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98 – NZA 1999, 1157.

834 *Preis*, Prinzipien, S. 218.

Zwei Urteile, in denen die Unternehmerentscheidung und damit die betriebsbedingte Kündigung an der Missbrauchskontrolle scheiterte, verdeutlichen die entgrenzte Missbrauchskontrolle:

aa. ArbG Gelsenkirchen vom 28.10.1997

Besonders prominent urteilte das ArbG Gelsenkirchen am 28.10.1997, eine unternehmerische Entscheidung sei offensichtlich willkürlich, wenn ein Betrieb kontinuierlich Gewinn erziele, gleichzeitig die Organisationsentscheidung treffe, ca. 50 Prozent des Personals abzubauen. Eine solche Entscheidung widerspreche dem Sozialstaatsgebot der Art. 20, 28 GG und § 2 SGB III.[835]

Tatsächlich wurde die Entscheidung von mancher Seite begrüßt[836], während andere sie eher als »üblen Scherz« (§ 118 BGB analog) für nichtig halten wollten.[837] Worauf diese Entscheidung sich stützt, wenn nicht auf eine Zweckmäßigkeitsprüfung der unternehmerischen Entscheidung, ist nicht ersichtlich. Interessanterweise meint die Kammer des ArbG Gelsenkirchen, den Missbrauchsmaßstab des BAG anzulegen und die unternehmerische Entscheidung (nur) auf offenbare Unvernunft, Unsachlichkeit und Willkür zu prüfen.[838]

Tatsächlich geriert sich die zweite Kammer des ArbG Gelsenkirchen als der »bessere« Unternehmer, wenn es dem Unternehmer vorschreibt, wie viel Gewinnstreben noch zulässiger Rechtsgebrauch sei.

bb. BAG vom 26.9.2002

[1] Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Ebenfalls prominent ist die »Rheumaklinik-Entscheidung« des BAG vom 26.9.2002[839]:

Dort hatte eine Küchenhilfe Kündigungsschutzklage erhoben, nachdem die Betreiberin der Rheuma-Klinik ihr betriebsbedingt gekündigt hatte. Die hoch defizitär operierende Beklagte hatte – basierend auf einem betriebswirtschaftlichen Gutachten – Sanierungsmaßnahmen eingeleitet, die unter anderem beinhalteten, den Küchenbereich, in dem die Klägerin tätig war, stillzulegen. Die Küche sollte künftig (und wurde später) von einer neu gegründeten Service-GmbH betrieben werden, an der die Beklagte zu 51 Prozent beteiligt war. Ziel der Mehrheitsbeteiligung war eine steuerli-

835 ArbG Gelsenkirchen 28.10.1997 – 2 Ca 3762/96 – NZA 1998, 944.
836 *Däubler*, ArbuR 1999, 38 ff.
837 *Rieble*, EzA § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 102, S. 13.
838 ArbG Gelsenkirchen 28.10.1997 – 2 Ca 3762/96 – NZA 1998, 944, 945.
839 BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549.

che Organschaft der Beklagten herbeizuführen, damit diese keine Umsatzsteuer auf die Leistungen der Service-GmbH zu zahlen hatte. Sowohl gesparte Umsatzsteuer als auch aus der Bindung der Service-GmbH an die günstigeren Tarife des Gebäudereinigerhandwerks resultierende niedrigere Lohnkosten sollten zur Sanierung der Beklagten beitragen. Die Klägerin war der Ansicht, die Beklagte Rheumaklinik-GmbH habe nach wie vor ihre Arbeitgeberstellung inne, weil sie bestimmenden Einfluss auf die Service-GmbH ausübe.

Das BAG *verneinte* ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG, weil es in der von der Beklagten gewählten Gestaltung eine rechtsmissbräuchliche sah. Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes seien »im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden«, weshalb die unternehmerische Entscheidung auf Rechtsmissbrauch, mithin darauf zu überprüfen sei, »ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist«.[840]

Der Rechtsmissbrauch ergebe sich hier daraus, dass die Beklagte ihr unternehmerisches Ziel durch zahlreiche rechtlich zulässige Mittel habe verwirklichen können, »die Bekl. demgegenüber ein unternehmerisches Konzept zur Kostenreduzierung gewählt hat, das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen, jedoch bei allen Arbeitnehmern der betroffenen Abteilungen erklärtermaßen zum Verlust ihres Arbeitsplatzes führen sollte, obwohl nach wie vor ein [...] Beschäftigungsbedarf bestand.«.[841]

Die Wahl dieser Organisationsform (der Service-GmbH) könne nur den Zweck haben, sich von den bisherigen Arbeitnehmern zu trennen und die Arbeit von schlechter bezahlten Arbeitnehmern verrichten zu lassen.[842] Auf die von der Beklagten vorgebrachten steuerlichen Erwägungen geht das BAG zwar noch ein, sieht durch diese den Rechtsmissbrauchsvorwurf indes nicht entkräftet.[843]

[2] Kritik

Das vom Zweiten Senat erzielte Ergebnis lässt sich mit einer (im Prüfungsmaßstab) beschränkten Rechtsmissbrauchskontrolle nicht erreichen.[844] Die Umstrukturierung beruhte auf einem betriebswirtschaftlichen Gutachten und war weder unvernünftig noch unsachlich noch willkürlich; erst recht nicht »offenbar«.[845] Die verlustträchtig operierende Rheuma-

840 BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549, 551.
841 BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549, 551.
842 BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549, 551.
843 BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549, 552.
844 *Annuß*, NZA 2003, 783, 785.
845 *Adomeit*, SAE 2003, 237, 238 f.

klinik bedurfte dringend der Sanierung. Unter anderem führten (zu) hohe Tariflöhne dazu, dass die Rheumaklinik in Schieflage geraten war. Deshalb sollten einige Bereiche auf eine Service-GmbH ausgelagert werden, die einer günstigeren Tarifbindung unterlag.

Jene angestrebte (notwendige) Kostenreduzierung kann für sich den Rechtsmissbrauch nicht begründen. Die gewählte Gestaltung war mit der angestrebten steuerlichen Organschaft durch einen weiteren, anscheinend »falschen« Sachgrund getragen. Auch der Hinweis des Zweiten Senats auf andere mögliche Gestaltungen begründet den Rechtsmissbrauch nicht, weil der Rechtsgestaltende unter mehreren gangbaren Wegen frei wählen kann, solange er einen bestimmten Weg nicht aus bloßer Schikane (§ 226 BGB) wählt.[846]

Weiterhin ergibt sich der Rechtsmissbrauch nicht aus einem vermeintlich im Betrieb fortbestehenden Beschäftigungsbedarf: Hätte – wie vom Zweiten Senat behauptet – nach wie vor Beschäftigungsbedarf im Betrieb bestanden, wäre die Kündigung ohnehin am betrieblichen Erfordernis gescheitert.[847]

Georg Annuß hat Recht, wenn er auf die wenig hilfreichen verfassungsrechtlichen Ausführungen des Zweiten Senats hinweist, die den Rechtsmissbrauch zur bloßen »Glaubensfrage« machten.[848] Eine Abwägung von Unternehmerfreiheit und Recht am Arbeitsplatz vermag den Rechtsmissbrauchseinwand nicht zu begründen. Er ist keine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die praktische Konkordanz zwischen den widerstreitenden Grundrechten stellt das Kündigungsschutzgesetz her, dessen Reichweite hier allein über die Wirksamkeit der Kündigung hätte entscheiden können. Insofern verweist *Annuß* auf das Dringlichkeitserfordernis des § 1 Abs. 2 KSchG, mit dessen Hilfe das vom BAG angestrebte Ergebnis einfachgesetzlich hätte erreicht werden können.[849]

2. Gefahr entgrenzter Rechtsmissbrauchs- und Willkürkontrolle

Die Formel des BAG zur Kontrolle der Unternehmerentscheidung auf »offenbare Willkür, Unsachlichkeit und Unvernunft« ist missverständlich und lädt in der Subsumtion zu Entgrenzungen ein. Tatsächlich sind über diese Rechtsmissbrauchskontrolle nur Ausnahmefälle »einzufangen«,

846 *Annuß*, NZA 2003, 783, 785.
847 *Annuß*, NZA 2003, 783, 784.
848 *Annuß*, NZA 2003, 783, 785.
849 *Annuß*, NZA 2003, 783, 785.

weshalb sie teilweise für überflüssig[850] bzw. überhaupt nicht kontrollfähig[851] gehalten wird.

Richtigerweise muss es für die Unternehmerentscheidung ausreichen, dass tatsächlich ein Konzept gegeben ist, das sich auf wirtschaftliche Zielvorgaben des Unternehmens bezieht.[852] In diesen Fällen wird die unternehmerische Entscheidung nie unvernünftig, unsachlich oder willkürlich sein. Das KSchG bezweckt allein die Prüfung, ob der Unternehmer sein Konzept tatsächlich durchführt und ob dieses Konzept den Beschäftigungsbedarf entfallen lässt.[853] Eine Bewertung des Konzepts im Hinblick auf seine Zweckmäßigkeit durch die Gerichte für Arbeitssachen darf nicht erfolgen.

Wer – wie »grundsätzlich« die Gerichte für Arbeitssachen – die Prämisse der Freiheit unternehmerischer Entscheidungen im Rahmen betrieblicher Kündigungen akzeptiert, darf diese Freiheit nicht über die Rechtsmissbrauchs- und Willkürkontrolle beschneiden.

IV. Gegenbeispiel: Umgehung der Sozialauswahl durch Unkündbarkeitsvereinbarung

Beispiel einer zulässigen Motiv-, weil in Form bloßer Willkürkontrolle, sind Unkündbarkeitsregelungen, die in nahem zeitlichen Zusammenhang mit anstehenden betriebsbedingten Kündigungen vereinbart wurden. Hier droht eine Umgehung der Sozialauswahl durch missbräuchlich vereinbarten Sonderkündigungsschutz.

1. Die Fälle

Sind ordentlich unkündbare Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG einzubeziehen[854], lässt sich diese mit – auch zeitlich befristetem – Sonderkündigungsschutz »ausschalten«. Um solche Umgehungskonstellationen einzufangen, prüft das BAG, ob eine individualvertragliche Unkündbarkeitsvereinbarung missbräuchlich vereinbart

850 *Thum*, Betriebsbedingte Kündigung, S. 173 ff.; diff. *v.Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung, S. 301 ff., die eine Kontrolle auf offenbare Unvernunft, Unsachlichkeit und Willkür ablehnt, aber eine allgemeine Rechtsmissbrauchskontrolle für möglich hält.

851 *Möhn*, ZTR 1995, 356.

852 *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn. 55.

853 *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn. 57.

854 APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 708; **a.A.** *Löwisch/Rieble* § 1 Rn. 847 ff.; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 312; **diff**. das BAG, das unkündbare Arbeitnehmer nicht einbezieht, aber das Ergebnis der Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfen will 5.6.2008 – 2 AZR 907/06 – NZA 2008, 1120; BAG 20.6.2013 – 2 AZR 295/12 – NZA 2014, 208.

ist.[855] Insbesondere bei engem zeitlichen Zusammenhang von Sonderkündigungsschutzvereinbarung und betriebsbedingten Kündigungen sieht das BAG einen Rechtsmissbrauch.[856]

2. Bewertung

Eine unzulässige Motivkontrolle ist das nicht, weil ein sachlicher Grund für den Sonderkündigungsschutz den Rechtsmissbrauchsvorwurf nach Ansicht des BAG entfallen lässt.[857] Auf das tatsächliche Motiv der Arbeitsvertragsparteien kommt es nicht an. Rechtsmissbrauchs- und Umgehungsschutz ist hier zulässiger Willkürschutz. Das Motiv, die Sozialauswahl zu umgehen, dient allein dem Auffinden der möglicherweise umgangenen Norm. Für die Wirksamkeit der Kündigungsschutzvereinbarung ist es unbeachtlich.

Fehlt ein sachlicher Grund, ist die Kündigungsschutzvereinbarung rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam, weil die Parteien ohne berechtigtes Interesse und zu Lasten der übrigen Beschäftigten die zwingende Sozialauswahl außer Funktion gesetzt hätten.

C. Entgrenzte Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung

Oben (§ 3 F.I.) wurde gezeigt, dass sowohl dem Rechtsmissbrauch als auch der Gesetzesumgehung eine Flankierungsfunktion zukommt. Beide Begriffe werden angeführt, wenn eine gesetzliche Regelung nach ihrem Wortlaut mehr Gestaltungsfreiheit hergibt, als vom Gesetzgeber beabsichtigt war. Umgehung und Rechtsmissbrauch flankieren gesetzliche Beschränkungen der Privatautonomie. Im Arbeitsrecht – wie auch in jedem anderem Rechtsgebiet (z.B. im Steuerrecht) – reagieren die Rechtsgestaltenden/-ausübenden und die Rechtsberatung auf gesetzliche Regulierungen, die in privatautonome Gestaltungsfreiheit eingreifen, mit Ausweichbewegungen.

I. Entgrenzung beim Schutz vor atypischer Beschäftigung

Eine extensive Handhabung des Rechtsmissbrauchs ist bei der atypischen Beschäftigung anzutreffen, wo mit Hilfe des Missbrauchs- oder Umgehungsverdikts den arbeitnehmerschützenden Vorschriften des TzBfG und AÜG weitreichender, flankierender Schutz teilweise gerichtlich zugebilligt, teilweise von der Literatur behauptet wird.

855 BAG 2.6.2005 – 2 AZR 480/04 – NZA 2006, 207, 210; APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 709.
856 BAG 2.6.2005 – 2 AZR 480/04 – NZA 2006, 207, 210.
857 BAG 2.6.2005 – 2 AZR 480/04 – NZA 2006, 207, 210.

1. Ausweichbewegungen im Befristungsrecht

Die Bekämpfung von Kettenbefristungen hat im Arbeitsrecht Tradition: Früher Höhepunkt war die Entscheidung des Großen Senats des BAG aus dem Jahre 1960[858], die noch zu § 620 BGB a.F. erging. Hier argumentierte das BAG aus der Umgehungsperspektive (des Kündigungsschutzgesetzes). Die Notwendigkeit des Kündigungsschutzes folge aus dem Sozialstaatsprinzip. Eine Befristungsvereinbarung, mit der dem Arbeitnehmer dieser Kündigungsschutz genommen werde, sei nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes wirksam.[859] Die Besonderheit der Entscheidung war, dass der Große Senat sich der objektiven Theorie der Gesetzesumgehung angeschlossen, auf ein subjektives Merkmal (Umgehungsabsicht) verzichtet hatte und es allein für maßgeblich hielt, ob eine »objektive Funktionswidrigkeit des Rechtsgeschäftes« zu bejahen sei.[860] In der Folgezeit prüfte das BAG befristete Arbeitsverhältnisse unter dem Gesichtspunkt der Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes und forderte für die Befristung an sich, nicht aber für die vereinbarte Befristungsdauer einen sachlichen Grund (z.B. Vertretung), der den Umgehungsvorwurf entfallen ließ.[861]

Mit Inkrafttreten des TzBfG erübrigte sich – zumindest für die Sachgrundbefristung – die Umgehungsperspektive. Maßgebende Grenze ist seitdem die Reichweite des jeweiligen Befristungstatbestandes. Die Entwicklung ging von der Gesetzesumgehung zum institutionellen Rechtsmissbrauch (Perspektivwechsel).

Während die Rechtsprechung heute Kettenbefristungen mit Sachgrund aus der institutionellen Missbrauchsperspektive beurteilt, wechselt sie diese Perspektive in den Kettenbefristungsfällen ohne Sachgrund und fragt nach einer Umgehung des Anschlussbefristungsverbotes (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Im ersten Fall stellt sich die Frage nach Reichweite einer Befugnisnorm, während im zweiten Fall die Reichweite einer Verbotsnorm zu ermitteln ist.[862]

Die Kritik, der der Siebte Senat sowohl in Missbrauchs- als auch in Umgehungsfällen ausgesetzt ist, richtet sich gegen eine intransparente Umsetzung der maßgebenden Befristungsrichtlinie (1999/70/EG) und wirft die Frage auf, ob das Instrument des Rechtsmissbrauchs nicht eine inkonsistente, willkürliche und kaum vorhersehbare Rechtsfindung im Einzelfall

858 BAG 12.10.1960 – GS 1/59 – NJW 1961, 798.
859 BAG 12.10.1960 – GS 1/59 – NJW 1961, 798 ff.
860 BAG 12.10.1960 – GS 1/59 – NJW 1961, 798, 799.
861 Ständig, nur BAG 22.11.1995 – 7 AZR 252/95 – NZA 1996, 878, 879.
862 Klar trennen lassen sich die beiden Perspektiven nicht. Auch in Fällen der Umgehung des Anschlussbefristungsverbots stellt das BAG die Frage nach dem »Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten«.

ermöglicht.[863] Der Kontrast zwischen objektiver Missbrauchskontrolle in (Sachgrund-)Kettenbefristungsfällen und subjektiver Umgehungskontrolle bei sachgrundloser Befristung provoziert Kritik: Die subjektive Umgehungskontrolle setzt sich nicht nur in Widerspruch zur Rechtsprechung des Großen Senats, sondern wirft die Frage nach einem konsistenten Missbrauchsmaßstab im Befristungsrecht auf.[864]

a. Gemeinsame Vorgaben des Unionsrechts

Gemeinsam haben die Kettenbefristungskonstellationen, dass sie unionsrechtlich – vorbehaltlich der Bereichsausnahme der Arbeitnehmerüberlassung[865] – den Anforderungen der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG bzw. der von dieser umgesetzten Rahmenvereinbarung der Sozialpartner unterliegen.

aa. Inhalt der Befristungsrichtlinie

Die mit der RL 1999/70/EG umgesetzte Rahmenvereinbarung der Sozialpartner setzt den unbefristeten Arbeitsvertrag als übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses voraus (Erwägungsgrund 6. der Rahmenvereinbarung). Gleichzeitig erkennt sie im achten Erwägungsgrund das Bedürfnis nach befristeter Beschäftigung an und sieht die aus objektiven Gründen erfolgende Inanspruchnahme befristeter Arbeitsverträge als Instrument gegen den Missbrauch (Erwägungsgrund 7.).[866] Ausweislich ihres § 1 soll die Rahmenvereinbarung den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder –verhältnisse verhindern. Dieses Ziel soll erreicht werden, indem die Mitgliedstaaten eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen ergreifen (§ 5):

- Sachliche Gründe, die die Verlängerung befristeter Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen;

---

863 *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990, nennt das die »unter dem Zaubermantel des § 242 BGB versteckte Rechtsmissbrauchsprüfung […]«; *Bruns*, NZA 2013, 769, 771: »Der Gesichtspunkt des institutionellen Rechtsmissbrauchs ist konturlos und damit kein brauchbarer Kontrollmaßstab. Unter seinem Deckmantel lässt sich alles Mögliche für unwirksam halten, […]«.

864 *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990.

865 Dort gelten die Vorgaben der Arbeitnehmerüberlassungsrichtline 2008/104/EG: EuGH 11.4.2013 – C-290/12 – NZA 2013, 495 »Della Rocca«; ablehnend *Lembke*, NZA 2013, 815, 816 ff.; Das ändert freilich nichts daran, dass befristete Arbeitsverhältnisse mit Leiharbeitnehmern nach deutschem Recht dem Anwendungsbereich des TzBfG unterfallen, dazu *Franzen*, EuZA, 2013, 433 f.

866 EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. »Mascolo« – NZA 2015, 153, 156; EuGH 3.7.2014 – C-362/13 u.a. »Fiamingo« - EzA Richtlinie 99/70 EG-Vertrag 1999 Nr. 10.

- die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse;
- die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge oder Verhältnisse.

Diesen Anforderungen ist der deutsche Gesetzgeber mit § 14 TzBfG und der dort normierten Sachgrundbefristung (§ 14 Abs. 1 TzBfG) und der Begrenzung der sachgrundlosen Befristung auf maximal zwei Jahre bei höchstens dreimaliger Verlängerung (§ 14 Abs. 2 TzBfG) nachgekommen.[867] § 14 TzBfG hat die Befristungsrichtlinie unionsrechtskonform umgesetzt.[868] Die Unionsrechtskonformität des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG hat der EuGH ausdrücklich festgestellt.[869] Der deutsche Gesetzgeber hat damit die Maßnahmen ergriffen, die abstrakt zur Verhinderung eines Missbrauchs im Sinne des § 5 Satz 2 der Rahmenvereinbarung erforderlich sind.

Das lässt die Aufgabe der Gerichte, im konkreten Fall die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts bei Anwendung des TzBfG sicherzustellen, unberührt. Die Frage ist, was eine praktische Wirksamkeit des § 5 der Rahmenvereinbarung (umgesetzt durch die Richtlinie) im konkreten Fall fordert.

Eine Missbrauchsdefinition fehlt. Die berücksichtigungsfähigen Wertungskriterien zeigt § 5 der Rahmenvereinbarung: Ein Missbrauch ist durch sachliche Gründe (objektiv), Maximaldauer (objektiv) und/oder maximale Verlängerungszahl (objektiv) zu verhindern. Im Umkehrschluss heißt das: Subjektive Missbrauchskriterien sind unionsrechtlich irrelevant. Das bestätigt der siebte Erwägungsgrund der Rahmenvereinbarung, der objektive Gründe als Mittel gegen den Missbrauch bezeichnet.

bb. Rechtsprechung des EuGH zu Kettenbefristungen

Maßgebend für die konkrete Missbrauchsbekämpfung durch nationale Gerichte ist das Verständnis des EuGH der Begriffe »aufeinanderfolgend« und »Missbrauch«.

Zum Begriff der »aufeinanderfolgenden Arbeitsverträge- oder verhältnisse« führte der EuGH in der Rechtssache »Fiamingo« aus, eine 60-tägige Unterbrechung lasse das Merkmal »aufeinanderfolgend« entfallen, weil

867 BAG 19.3.2014 – 7 AZR 828/12 – NZA-RR 2014, 462, 464.
868 *Meinel/Heyn/Herms*, Einl. Rn. 16; Zweifelhaft ist nach *Katharina Loth* allein die Unionsrechtkonformität des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG: *Loth*, Prognoseprinzip, S. 68 f.
869 EuGH 26.1.2012 – C-586/10 »Kücük« – NZA 2012, 135.

bei jener (langen) Unterbrechung ein Missbrauch nicht mehr zu befürchten sei.[870]

Zur Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs hatte der EuGH seit der Entscheidung in der Rechtssache »Kücük«, die dem BAG den Anstoß für die Entwicklung der institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle gab, mehrmals die Gelegenheit, sich zum Missbrauchsbegriff nach § 5 der Rahmenvereinbarung zu äußern und seinen Missbrauchsmaßstab zu konkretisieren.[871]

Gemeinsam ist den Entscheidungen, dass sie sich mit dem Kriterium des sachlichen Grundes (§ 5 Nr. 1 lit. a) auseinanderzusetzen hatten.

Ausgangspunkt der Befristungskontrolle ist für den EuGH, dass die Rahmenvereinbarung vom unbefristeten Arbeitsverhältnis als Normalfall ausgeht und das befristete nur unter bestimmten Umständen zulässig ist.[872] Befristete Arbeitsverträge sind deshalb nur zur Deckung eines zeitweiligen Bedarfs zulässig und nicht zur Deckung eines faktisch ständigen und dauerhaften.[873] Der befristete Arbeitsvertrag darf nicht »Normalfall« werden.

Zentrales Kriterium, um einen Missbrauch im Sinne des § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung auszuschließen, ist die Rechtfertigung des befristeten Arbeitsvertrages durch einen »sachlichen Grund« (§ 5 Nr. 1 lit. a). Ein sachlicher Grund erfordert objektive transparente Kriterien, um mit dem Ziel und dem Erfordernis praktischer Wirksamkeit der Rahmenvereinbarung vereinbar zu sein.[874]

870 EuGH 3.7.2014 – C-362/13 u.a. »Fiamingo« - EzA Richtlinie 99/70 EG-Vertrag 1999 Nr. 10.

871 EuGH 13.3.2014 – C-190/13 »Samohano« – NZA 2014, 475; EuGH 3.7.2014 – C-362/13 u.a. »Fiamingo« – EzA Richtlinie 99/70 EG-Vertrag 1999 Nr. 10; EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. »Mascolo« – NZA 2015, 153; EuGH 26.2.2015 – C-238/14 – »Kommission/Luxemburg«– NZA 2015, 424; zuvor bereits EuGH 4.7.2006 – C-212/04 »Adeneler« – ZESAR 2007, 373; EuGH 23.4.2009 – C-378/07 bis 380/07 »Angelidaki« – Slg. 2009, I-3071.

872 EuGH 4.7.2006 – C-212/04 »Adeneler« – ZESAR 2007, 373, 380; EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. »Mascolo« – NZA 2015, 153, 155; EuGH 3.7.2014 – C-362/13 u.a. »Fiamingo« – EzA Richtlinie 99/70 EG-Vertrag 1999 Nr. 10.

873 EuGH 13.3.2014 – C-190/13 »Samohano« – NZA 2014, 475, 479; EuGH 26.1.2012 – C-586/10 »Kücük« – NZA 2012, 135, 137.

874 EuGH 26.1.2012 – C-586/10 »Kücük« – NZA 2012, 135, 137; EuGH 13.3.2014 – C-190/13 »Samohano« – NZA 2014, 475, 479; EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. »Mascolo« – NZA 2015, 153, 156; EuGH 26.2.2015 – C-238/14 »Kommission/ Luxemburg«– NZA 2015, 424, 425.

[1] Die Rechtssache »Kücük«

Auslöser der institutionellen Missbrauchsrechtsprechung des BAG war die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Kücük*.

Im Ausgangsrechtsstreit hatte die Justizangestellte *Bianca Kücük* Befristungskontrollklage (§ 17 TzBfG) erhoben, um die Unwirksamkeit der auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gestützten Befristung ihres 13. aufeinanderfolgenden Arbeitsvertrages innerhalb von elf Jahren mit dem Land Nordrhein-Westfalen feststellen zu lassen.

Aus der Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 AEUV folgten drei für die Frage des Missbrauchs durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge wesentliche Erkenntnisse: Der Sachgrund der Vertretung in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG ist unionsrechtskonform (1.). Auch ein wiederholt oder ständig auftretender Vertretungsbedarf darf mit befristet Beschäftigten gedeckt werden; eine Personalreserve muss der Arbeitgeber nicht vorhalten. Allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber wiederholt oder dauerhaft auf befristet Beschäftigte zurückgreift, begründet noch keinen Missbrauch (2.). Bei der Ermittlung eines rechtfertigenden Sachgrundes sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, vor allem die Zahl und Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen Arbeitsverträge (3.).[875]

Entscheidend für eine Sachgrundprüfung ist mit dem EuGH, dass der befristete Arbeitsvertrag und seine Verlängerung nicht einem dauerhaften Bedarf dienen, weil sonst das befristete Arbeitsverhältnis zum »Normalfall« würde. Das liefe der Prämisse der Rahmenvereinbarung zuwider.[876] Ein Widerspruch zu der Aussage, es sei zulässig, wiederholt oder sogar dauerhaft auf befristete Vertretungen zurückzugreifen, ist das nicht. Mit dieser Aussage meint der Gerichtshof den Arbeitgeber, der – wie im öffentlichen Dienst üblich – wiederholt bzw. dauerhaft auf befristete Vertretungen zurückgreift, weil er wegen der Vielzahl seiner Arbeitnehmer ständig (neuen) Vertretungsbedarf hat. Nicht mit der Rahmenvereinbarung vereinbar wäre nur, eine (!) dauerhaft freie Stelle mit einem befristet Beschäftigten zu besetzen. Nur das verstieße gegen das Verbot »dauerhafter« Befristung.

[2] Konkretisierung und Bestätigung der *Kücük*-Entscheidung durch die Rechtssachen »Samohano« und »Mascolo«

Der *Kücük*-Entscheidung folgten die Rechtssachen *Samohano* und *Mascolo*, in welchen der EuGH seine zuvor getätigten Aussagen bestätigte und konkretisierte:

875 EuGH 26.1.2012 – C-586/10 »Kücük« – NZA 2012, 135.
876 EuGH 26.1.2012 – C-586/10 »Kücük« – NZA 2012, 135, 137.

[a] Die Rechtssache »Samohano«

In der Rechtssache *Samohano* hatte der spanische Assistenzprofessor *Antonio Marquez Samohano* im Ausgangsstreit mit seinem Arbeitgeber, der Universitat Pompeu Fabra um die Qualifizierung seines Arbeitsvertrages gestritten. Die für das Vorlageverfahren relevante nationale Regelung gestattet Universitäten eine theoretisch unbegrenzt (bezogen auf Gesamtdauer und Anzahl der Verlängerungen) zu verlängernde befristete Anstellung als Assistenzprofessor, solange der Assistenzprofessor (zusätzlich) außerhalb des Hochschulbereichs beruflich tätig ist, um so einen Austausch von Praxis und Wissenschaft zu ermöglichen. Die fehlende Höchstdauer und Gesamtzahl für die Verlängerung befristeter Arbeitsverträge (im Fall von Herrn *Marquez Samohano*: drei Verlängerungen bei knapp vierjähriger Gesamtdauer) veranlasste das spanische Gericht zur Vorlage an den EuGH.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass eine fehlende Obergrenze hinsichtlich Gesamtdauer und Gesamtzahl der Verlängerungen mit der Rahmenvereinbarung vereinbar sei, solange ein sachlicher Grund für die Befristung gegeben sei.[877] Das entspricht der Formulierung des § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung (»eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen«). Im Rahmen der Sachgrundprüfung führte der Gerichtshof (erneut) aus, dass für den Sachgrund entscheidend sei, dass eine innerstaatliche Vorschrift nicht allgemein und abstrakt den Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zulasse, sondern objektive und transparente Kriterien für eine Prüfung vorsehe, anhand derer sich prüfen lasse, ob die Verlängerung der Befristung tatsächlich einem echten Bedarf entspreche und zur Erreichung des mit dem Befristungstatbestand verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sei.[878] Diesem Maßstab hielt der Sachgrund »Austausch von Wissenschaft und Praxis« stand.[879] Die befristete Einstellung von Assistenzprofessoren inklusive Verlängerungsmöglichkeit ohne zeitliche Obergrenze überschreite nicht die Grenze zur verbotenen Dauerbefristung, die den Prinzipien der Rahmenvereinbarung zuwiderliefe, weil sie darauf angelegt sei, dass jene nach Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses ihre berufliche Vollzeittätigkeit wieder aufnähmen.[880]

[b] Die Rechtssache »Mascolo«

In der Rechtssache *Mascolo* war Gegenstand der Vorlageentscheidung eine italienische Regelung, »die bis zum Abschluss von Auswahlverfahren zur Einstellung von planmäßigem Personal der staatlichen Schulen die

877 EuGH 13.3.2014 – C-190/13 »Samohano« – NZA 2014, 475, 478.
878 EuGH 13.3.2014 – C-190/13 »Samohano« – NZA 2014, 475, 479 m.w.N.
879 EuGH 13.3.2014 – C-190/13 »Samohano« – NZA 2014, 475, 479.
880 EuGH 13.3.2014 – C-190/13 »Samohano« – NZA 2014, 475, 479 f.

Verlängerung befristeter Arbeitsverträge zur Besetzung freier und verfügbarer Planstellen für Lehrkräfte sowie Verwaltungs-, technisches und Hilfspersonal zulässt, ohne einen genauen Zeitplan für den Abschluss dieser Auswahlverfahren anzugeben [...]«.[881] Diese Regelung führte bei Frau *Mascolo* zu einer Befristungskette, bei der sie 71 Monate in neun Jahren (zwischen 2003 und 2012) beim Ministerium für Bildung, Hochschulen und Forschung angestellt war. Die italienische Regelung hielt einer Überprüfung durch den EuGH am Maßstab des § 5 der Rahmenvereinbarung nicht stand: Zwar sei grundsätzlich eine Regelung zulässig, die den Abschluss befristeter Arbeitsverträge bis zum Abschluss eines Auswahlverfahrens zur Einstellung von planmäßigem Personal vorsehe, weil es sich dabei um eine durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigte Befristung handele. Das gelte nicht, wenn die Zeitspanne der Vertretung – wie bei der gegenständlichen Regelung – sowohl variabel als auch ungewiss sei. Bei solcher Intransparenz bestehe die Gefahr, dass es sich tatsächlich nicht um einen Vertretungsfall, sondern um einen dauerhaften Bedarf handele, der auf einem strukturellen Mangel an Planstellen beruhe.[882]

Der Missbrauch ergab sich aus dem Mangel an objektiv-transparenten Kriterien für den Sachgrund der Vertretung.[883] Das zeigt: Die Aussagen des EuGH zielen – wie schon in den Entscheidungen *Kücük* und *Samohano* auf eine strenge Sachgrundprüfung, die Transparenz und objektive Kriterien fordert.

[3] Bewertung der Rechtssachen »Kücük«, »Samohano« und »Mascolo«

Eine Einschränkung der *Kücük*-Entscheidung ist in beiden Entscheidungen nicht zu sehen.[884] Vor allem die Aussage des EuGH, nach der ein Gericht zu prüfen habe, ob »im Ausgangsverfahren die fragliche Verlängerung der aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträge tatsächlich zur Deckung eines zeitweiligen Bedarfs diente und dass eine Regelung [...] nicht in Wirklichkeit eingesetzt wurde, um einen ständigen und dauerhaften Bedarf zur Einstellung von Lehrkräften zu decken«, ist keine Abkehr von den Maßstäben aus der Rechtssache »Kücük«. Jene Aussage findet sich in allen drei Vorabentscheidungen.[885] Der Gerichtshof ist nicht von der Aussage abgerückt, dass ein Arbeitgeber, der dauerhaften Vertre-

881 EuGH 26.11.2014 – C-22/11 u.a. »Mascolo« – NZA 2015, 153, Leitsatz.
882 EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. »Mascolo« – NZA 2015, 153, 158.
883 EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. »Mascolo« – NZA 2015, 153, 158.
884 Richtig: *vom Stein*, NJW 2015, 369, 370; **zweifelnd** wohl: *Klenter*, jurisPR-ArbR 21/2014 Anm. 5.
885 EuGH 13.3.2014 – C-190/13 »Samohano« – NZA 2014, 475, 479 Rn.55,59; EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. »Mascolo« – NZA 2015, 153, 157 f.; EuGH 26.1.2012 – C-586/10 »Kücük« – NZA 2012, 135, 137 Rn. 36.

tungsbedarf hat, diesen mit befristet Beschäftigten abdecken darf.[886] Die Ausführungen in den Rechtssachen *Samohano* und *Mascolo* zur Dauervertretung meinen, dass ein Vertretungsfall nicht angenommen werden kann, wenn für die konkret zu besetzende Stelle ein dauerhafter »Vertretungsbedarf« besteht. Das wäre keine Vertretung, sondern eine (dauerhaft) unbesetzte Stelle.

In der Rechtssache »Kücük« ging es im Gegensatz dazu um einen Arbeitgeber, der (aufgrund seiner Größe) stets Vertretungsbedarf hat, jeder Vertretungsfall aber diesen Namen auch verdient, weil der Vertretene nicht dauerhaft zu vertreten ist. Das Verbot der Dauervertretung untersagt nur den Vertretungsfall, der kein Vertretungsfall ist, ist aber ohne weiteres vereinbar mit und ausdrücklich genannt bei den Maßstäben der *Kücük*-Entscheidung. Schon vor der *Kücük*-Entscheidung ging der EuGH von einem solchen Verbot der Dauervertretung aus.[887]

Im Ergebnis sind die Entscheidungen in den Rechtssachen *Samohano* und *Mascolo* als Bestätigung der *Kücük*-Entscheidung zu lesen. Die ernstzunehmende Sachgrundprüfung ist aus unionsrechtlicher Sicht das (einzige und) probate Mittel gegen Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge. Unionsrechtliche Missbrauchskontrolle verlangt Sachgrundprüfung.[888]

cc. Zwischenergebnis zu unionsrechtlichen Vorgaben

Das Unionsrecht (die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG und die von dieser umgesetzte Rahmenvereinbarung) betrachtet den unbefristeten Arbeitsvertrag als Normalfall und normiert den unbefristeten als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Rechtfertigung gelingt über die objektiven Kriterien der Gesamtdauer, der Gesamtzahl oder eines Sachgrundes. Ein Sachgrund erfordert objektive und transparente Kriterien und muss zur Erreichung seines Ziels geeignet und erforderlich sein. Verlangt eine nationale Regelung für die Befristung einen Sachgrund, ist zusätzlich keine Höchstzahl oder Höchstdauer nötig. Der Sachgrund selbst ist das einzig relevante Kriterium. Indes: Das Fehlen einer Befristungshöchstgrenze darf nicht dazu führen, dass die Befristung der »Normalfall« wird, weil das der Prämisse der Rahmenvereinbarung zuwider liefe. Insofern ist davon auszugehen, dass es unionsrechtlich eine ungeschriebene, dem Sachgrund

886 So auch *vom Stein*, NJW 2015, 369, 370; **anders** *Klenter*, jurisPR-ArbR 21/2014 Anm. 5.

887 Siehe nur EuGH 23.4.2009 – C-378/07 bis 380/07 »Angelidaki« – Slg. 2009, I-3071.

888 So auch *Schlachter*, FS Wank, S. 503, 504; ähnlich: *Busemann*, MDR 2015, 315, 316.

immanente Höchstgrenze gibt, bei deren Erreichen der Sachgrund nicht mehr gegeben ist.

b. Kettenbefristung mit Sachgrund – institutioneller Rechtsmissbrauch

Das BAG bekämpft die Kettenbefristung mit Sachgrund, angestoßen durch die Entscheidung des EuGH in Sachen *Bianca Kücük,* mittlerweile in ständiger Rechtsprechung[889] mit dem Instrument des »institutionellen Rechtsmissbrauchs«, um den Schutzzweck sowohl des § 14 Abs. 1 TzBfG als auch der Rahmenvereinbarung der Sozialpartner zu flankieren. Dabei hilft das BAG dem Arbeitnehmer zusätzlich, indem es nicht nur bei der sachgrundlosen[890], sondern auch bei der Sachgrundbefristung die Beweislast für einen Missbrauchstatbestand zu dessen Gunsten verschiebt (abgestufte Darlegungs- und Beweislast).[891]

aa. Das Konzept des BAG

Die Vorgehensweise des BAG in Sachgrundbefristungsfällen leidet dabei an der für den institutionellen Rechtsmissbrauch typischen und im Hinblick auf die Innentheorie bedenklichen inneren Widersprüchlichkeit, die für das Beispiel der Vertretungsbefristung die Gründe der *Kücük*-Folgeentscheidung (und seither die weiteren Entscheidungen) des BAG exemplarisch zeigen. Dort führt der Siebte Senat einerseits aus, dass »selbst ein ständiger Vertretungsbedarf dem Vorliegen eines Sachgrunds i. S. von § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG nicht entgegen« stehe.[892] Auch habe der »Arbeitgeber grundsätzlich nicht, einen ständigen Vertretungsbedarf durch eine Personalreserve aus unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern auszugleichen«.[893] Entscheidend sei allein, ob bei Abschluss der Befristungsabrede ein Vertretungsfall vorlag, wobei die Anzahl und Dauer vorangegangener Befristungen für das Vorliegen eines Sachgrundes (konkret: Vertretungsfalles) irrelevant sein sollen.[894] Andererseits urteilt der Siebte Senat im Leitsatz: »Die Gerichte dürfen sich bei der Befristungskontrolle nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds der Vertretung beschränken. Sie sind vielmehr aus

889 Siehe dazu nur die zahlreichen Entscheidungen, die seit der *Kücük*-Entscheidung ergangen sind, z.B.: BAG 19.2.2014 – 7 AZR 260/12 – juris; BAG 24.9.2014 – 7 AZR 987/12 – NZA 2015, 301; BAG 12.11.2014 – 7 AZR 891/12 – NZA 2015, 379.

890 Dazu BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426, 429 f.

891 *Sievers*, jurisPR-ArbR 26/2014 Anm. 3.

892 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1353; ebenso BAG 29.4.2015 – 7 AZR 310/13 – NZA 2015, 928, 931.

893 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1355.

894 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1355.

unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, alle Umstände des Einzelfalls und dabei namentlich die **Gesamtdauer** und die **Zahl** [**Anm**.: Hervorhebung nur hier] der mit derselben Person zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen. Diese zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) vorzunehmen.«.[895] Das BAG unterscheidet die Rechtfertigung der Befristung »an sich« und die Rechtfertigung der Befristung im konkreten Fall, mithin Sachgrund und nachgelagerte Rechtsmissbrauchskontrolle.

[1] Rechtfertigung der Befristung »an sich«

Das BAG prüft im ersten Schritt, ob die Befristung »an sich« durch einen Sachgrund gerechtfertigt ist und hält an seiner Rechtsprechung zu den Anforderungen an einen Sachgrund fest.[896] Insbesondere hält der Siebte Senat im Fall der Vertretungsbefristung weiterhin sowohl eine mittelbare Vertretung[897] für möglich als auch an der Rechtsfigur der »gedanklichen Zuordnung«[898] fest, wonach dem Vertreter Aufgaben übertragen werden können, die nie zum Aufgabenbereich des Vertretenen gehörten. Entscheidend sei allein die Kausalität der Abwesenheit des Vertretenen für die befristete Einstellung des Vertreters, d.h. der Arbeitgeber müsste rechtlich und tatsächlich in der Lage sein, dem Vertretenen die Aufgaben, die der Vertreter wahrnimmt, zuzuweisen. Vor allem aber lehnt der Siebte Senat eine Rückkehr zu seinem vor Inkrafttreten des TzBfG verfolgten Schutzkonzept ab, nach welchem sich die Kontrollintensität bei der Prüfung eines Sachgrundes mit Anzahl wiederholter befristeter Arbeitsverträge erhöhte.[899] Er meint: »Die Vorabentscheidung des EuGH vom 26.1.2012 [...] zwingt auch nicht dazu, die Sachgrundprüfung bei Vertretungsbefristungen mit zunehmender Anzahl und Dauer der befristeten Verträge zu intensivieren oder an die Rückkehrprognose erhöhte Anforderungen zu stellen[...].«[900]

---

895 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, Leitsatz.
896 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1353 ff.
897 Dazu *Meinel*/Heyn/Herms, § 14 TzBfG Rn. 79 ff.
898 Dazu *Meinel*/Heyn/Herms, § 14 TzBfG Rn. 82.
899 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1353 ff.; zu der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des TzBfG: BAG 22.11.1995 – 7 AZR 252/95 – NZA 1996, 878, 879.; BAG 21.1.1987 – 7 AZR 265/85 – NZA 1988, 280, 282.
900 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1355.

[2] Rechtfertigung der Befristungsabrede im konkreten Fall – institutionelle Missbrauchskontrolle

Statt auf Tatbestandsebene die Sachgründe des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG restriktiv zu handhaben, schaltet das BAG der »an sich« wirksamen, weil tatbestandsmäßigen Sachgrundbefristung die institutionelle Rechtsmissbrauchsprüfung nach, um die unionsrechtlich gebotene Restriktion zu gewährleisten. Maßgeblich sei eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls. Institutionell missbräuchlich ist nach Ansicht des Siebten Senats die Befristungsabrede, die eine gewisse Anzahl an befristeten Arbeitsverhältnissen und/oder Gesamtdauer befristeter Arbeitsverhältnisse überschreite. Dabei soll zu berücksichtigen sein, ob der Arbeitnehmer immer auf demselben Arbeitsplatz gearbeitet und dabei stets dieselben Aufgaben hatte. Selbst ein ständiger Vertretungsbedarf könne in die Einzelfallabwägung zu Lasten des Arbeitgebers eingestellt werden. Deutlich wird dabei, dass die Missbrauchsgrenze eher erreicht ist, je mehr das befristete Arbeitsverhältnis zum Normalfall wird (»Bei zunehmender Anzahl und Dauer der jeweils befristeten Beschäftigung eines Arbeitnehmers kann es eine missbräuchliche Ausnutzung der dem Arbeitgeber an sich rechtlich eröffneten Befristungsmöglichkeit darstellen, wenn er gegenüber einem bereits langjährig beschäftigten Arbeitnehmer trotz der tatsächlich vorhandenen Möglichkeit einer dauerhaften Einstellung immer wieder auf befristete Verträge zurückgreift.«[901]). Als Orientierungshilfe will der Siebte Senat die Wertungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG heranziehen und meint, das erhebliche und insbesondere kumulative Überschreiten der dort genannten Grenzen könne einen Missbrauch begründen.[902]

Weitere Missbrauchskriterien seien die Laufzeit der einzelnen befristeten Verträge und die Frage, ob die vereinbarte Befristungsdauer hinter dem erwarteten vorübergehenden Beschäftigungsbedarf zurückbleibe. Eine Vielzahl an Verträgen mit kurzer Laufzeit lege einen Gestaltungsmissbrauch nahe.[903]

Keines der genannten Kriterien sei indes abschließend. Die bei einer institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle geforderte Abwägung aller Umstände des Einzelfalls ermögliche, »zahlreiche weitere Gesichtspunkte« zu berücksichtigen, z.B. branchenspezifische Besonderheiten oder Art. 5 Abs. 1 u. 3 GG.[904] So sah der Siebte Senat den Vorwurf des Gestaltungsmissbrauchs trotz 15-jähriger Beschäftigung mittels zehn befristeter Arbeitsverträge als widerlegt an, weil der Arbeitnehmer eine Arbeitneh-

901 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1358.
902 BAG 29.4.2015 – 7 AZR 310/13 – NZA 2015, 928, 930 f.; BAG 19.2.2014 – 7 AZR 260/12 – NZA-RR 2014, 408, 412.
903 BAG 24.9.2014 – 7 AZR 987/12 – NZA 2015, 301, 304.
904 BAG 24.9.2014 – 7 AZR 987/12 – NZA 2015, 301, 304, 305 f.

merin unmittelbar vertrat (Mutterschutz, Elternzeit, Sonderurlaub), deren Arbeitsplatz nur einmal vorhanden war.[905]

[3] Flexibilität versus Vorhersehbarkeit

Die Berücksichtigung »zahlreicher weiterer Gesichtspunkte« im Rahmen der Missbrauchskontrolle zielt auf maximale Flexibilität im Einzelfall. Das mag dem Gerechtigkeitsempfinden des Richters im Einzelfall genügen, die Rechts- und Planungssicherheit der Rechtsunterworfenen leidet.

Sogar der auf einem gerichtlichen Vergleich beruhenden Sachgrundbefristung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG) misstraut das BAG zu Gunsten der gewünschten Flexibilität. Dabei bejaht das Gericht den Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG entgegen der Systematik des § 286 Abs. 6 ZPO ohnehin nur, wenn es sich um einen Vergleichsvorschlag des Gerichts handelt (§ 286 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO).[906]

Jene Sachgrundbefristung könne institutionell rechtsmissbräuchlich sein, weil es bei einem gerichtlichen Vergleich in der Hand der Parteien liege, ob es zu einem Vergleich komme. In einem gewissen Gegensatz dazu führt das BAG aus, ein Gericht werde in der Regel gewährleisten, »dass das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers berücksichtigt und ein angemessener Ausgleich der widerstreitenden Interessen unter Berücksichtigung der Prozessaussichten erzielt wird.« Es werde keine Vergleichsbefristung vorschlagen, wenn ein institutioneller Rechtsmissbrauch indiziert sei. Trotzdem soll die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle notwendig sein.[907]

[4] Übereinstimmung der BAG Rechtsprechung mit Unionsrecht

Die vom Siebten Senat mit der institutionellen Rechtsmissbrauchsprüfung erzielten Ergebnisse stimmen mit den unionsrechtlichen Vorgaben im Ergebnis überein.

[a] Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls

Die institutionelle Missbrauchskontrolle berücksichtigt alle Umstände des Einzelfalls. Das hat der EuGH gefordert. Es geschieht zusätzlich zu den abstrakt normierten Sachgründen.

---

905 BAG 29.4.2015 – 7 AZR 310/13 – NZA 2015, 928, 930 f.

906 BAG 14.1.2015 – 7 AZR 2/14 – EzA-SD 2015, Nr. 9, 6; BAG 15.2.2012 – 7 AZR 734/10 – NZA 2012, 919, 921 f.; zu Recht **dagegen** *Serr*, SAE 2013, 44.

907 BAG 12.11.2014 – 7 AZR 891/12 – NZA 2015, 379.

Die Kriterien, die der EuGH für eine wirksame Missbrauchsbekämpfung nennt, berücksichtigt der Siebte Senat. Für die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*) ist der methodische Weg irrelevant (allg. § 4 C.II.).

[b] Institutioneller Rechtsmissbrauch als methodenunsicherer Weg

Die (deutschrechtliche) Frage ist, ob das *Kücük*-Urteil des EuGH nahelegt, unionsrechtskonforme Rechtsanwendung mit Hilfe des institutionellen Rechtsmissbrauchs sicherzustellen[908] oder ob die *Kücük*-Entscheidung den Weg über eine teleologische Reduktion nicht geradezu aufdrängte (dazu sogleich).

Der Ansicht, die eine (institutionelle) vom Sachgrund gelöste Rechtsmissbrauchsprüfung, d.h. eine Trennung von Sachgrund und Missbrauch befürwortet, ist zuzugestehen, dass man einige Passagen des EuGH-Urteils in der Rechtssache *Kücük* in dieser Richtung verstehen könnte. Bereits der Leitsatz enthält dahingehende Aussagen: »[…] folgt weder, dass kein sachlicher Grund i.S. von § 5 Nr. 1 lit. a der genannten Rahmenvereinbarung gegeben ist, noch das Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne dieser Bestimmung.«[909] Weiterhin führt der EuGH obiter aus: »schließt das Vorliegen eines sachlichen Grundes i. S. von § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge einen Missbrauch grundsätzlich aus, es sei denn, eine umfassende Prüfung der mit der Verlängerung der betreffenden befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse verbundenen Umstände zeigt, dass ein nicht nur vorübergehender Bedarf an den vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen besteht.«.[910] Diese Aussage (»es sei denn«) ließe sich in dem Sinne verstehen, dass der EuGH Befristungen für möglich hält, die durch einen Sachgrund getragen und dennoch missbräuchlich sind.

Indes: Wie oben ausgeführt, zeigen die Urteile des EuGH zu § 5 der Rahmenvereinbarung, dass es unionsrechtlich auf eine strenge Sachgrundprüfung ankommt; ein Missbrauch kann nur im Zusammenhang mit dem Sachgrund gesehen werden. Die missbräuchliche Befristung ist gerade nicht durch einen Sachgrund gerechtfertigt, eine zweistufige Prüfung nicht in den Vorabentscheidungen des EuGH angelegt.[911]

908 In diese Richtung versteht das BAG den EuGH, ebenso *Gooren*, ZESAR 2012, 225, 230.

909 EuGH 26.1.012 – C-586/10 – NZA 2012, 135, Leitsatz.

910 EuGH 26.1.012 – C-586/10 – NZA 2012, 135, 138.

911 *Schlachter*, FS Wank, S. 503, 504; *Bayreuther*, NZA 2013, 23, 24 f.; *Greiner*, ZESAR 2013, 305, 309.

Für den Rechtsanwender bzw. –gestaltenden hat die Vorgehensweise des Siebten Senats den widersprüchlichen Effekt, dass der Befristungstatbestand bejaht, aber der Gestaltung doch die Wirksamkeit versagt wird. *Greiner* meint zu Recht, es sei geradezu »unvorstellbar, dass eine rechtliche Gestaltung durch einen sachlichen Grund legitimiert ist, andererseits aber als rechtsmissbräuchlich gebrandmarkt wird.«.[912] Sachgrund und Missbrauch sind miteinander nicht vereinbare Begriffe (§ 3 F.II.4.b.).

Für das unionsrechtlich geforderte Ergebnis ist das irrelevant. Denn dogmatische Vorgaben macht der EuGH den nationalen Gerichten nicht. Zwar schreibt der EuGH eine effektive Richtlinienumsetzung vor, was impliziert, den (deutschrechtlich: untechnisch gesprochen) Missbrauch des befristeten Arbeitsverhältnisses zu verhindern. Auf welchem Weg das in den nationalen Rechtsordnungen geschieht, ist irrelevant. Wenn das BAG meint, in der *Kücük*-Entscheidung sei ein anderes Prüfprogramm vorgegeben[913], geht das zu weit. Derartige Vorgaben hat der EuGH nicht gemacht. Die unionsrechtlich gebotene Missbrauchskontrolle trägt zwar diesen Namen. Weder die Rahmenvereinbarung noch der EuGH meinen indes Missbrauch im Sinne der deutschrechtlichen Missbrauchsdogmatik. Zu dieser könnte der Gerichtshof keine Vorgaben machen (s.o. § 4 C.II.).[914]

[c] Beispiel der Widersprüchlichkeit: Die Befristung aufgrund gerichtlichen Vergleichs

Den mit der Rechtsprechung des Siebten Senats zum institutionellen Rechtsmissbrauch verbundenen Eindruck innerer Widersprüchlichkeit bestätigt ein Urteil vom 14. Januar 2015: Dort wollte der Senat die unionsrechtlich gebotene Missbrauchskontrolle sowohl auf Sachgrundebene als auch mit einer nachgelagerten Rechtsmissbrauchskontrolle verwirklichen.

- Missbrauchsprävention auf Sachgrundebene

In einem ersten Schritt bestätigte der Senat seine Rechtsprechung, wonach nur der gerichtliche Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO ein Sachgrund i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TzBfG sei (bereits § 6.C.I.1.b.aa.[3].). Dafür spreche zwar nicht der Wortlaut, wohl aber das Telos der Vorschrift. Nur bei einem Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO sei eine ausreichende gerichtliche Mitwirkung gegeben und damit der von § 14 TzBfG bezweckte Arbeitnehmerschutz gewährleistet.

---

912 *Greiner*, ZESAR 2014, 357, 362.

913 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1355; zustimmend wohl *Schmitt*, ZESAR 2012, 369, 371, die meint der EuGH habe das Problem der Kettenbefristung von der Tatbestands- auf die Rechtsmissbrauchsebene verlagert.

914 Sehr klar *Greiner*, ZESAR 2014, 357, 362.

Des Weiteren sei die unionsrechtlich gebotene Missbrauchsprävention (§ 5 der von der Befristungsrichtlinie umgesetzten Rahmenvereinbarung) auch schon auf Sachgrundebene zu gewährleisten, was die Differenzierung zwischen den Alternativen des § 278 Abs. 6 Satz 1 ZPO rechtfertige.

- Nachgelagerte Rechtsmissbrauchskontrolle

In einem zweiten Schritt sei – bei entsprechenden Indizien, die hier aber nicht gegeben waren – wie bei jedem anderen Sachgrund eine institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle durchzuführen.

- Kritik

Die Entscheidung ist aus zwei Gründen zu kritisieren. Zum einen überzeugt die Differenzierung innerhalb des § 278 Abs. 6 ZPO nicht. Zum anderen ist die unionsrechtlich gebotene Missbrauchskontrolle entweder auf Sachgrund- oder auf Rechtsmissbrauchsebene zu berücksichtigen.

Zunächst besteht kein Grund, innerhalb des § 278 Abs. 6 ZPO zu differenzieren. Der Wortlaut des § 278 Abs. 6 ZPO und jener des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TzBfG sprechen für das Gegenteil. Das erkennt freilich auch das BAG.[915]

Gegen die teleologischen Argumente des BAG hat *Stephan Serr* zu Recht darauf hingewiesen, dass das Telos des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TzBfG nicht dagegen spricht, auch einen Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO als Sachgrund anzuerkennen. Denn das BAG unterstellt zu Unrecht, dass bei den beiden Varianten des schriftlichen Vergleichs ein unterschiedliches Schutzniveau gewährleistet sei.[916]

Zuletzt weist *Stephan Serr* mit Recht auf die Zivilrechtsakzessorietät des TzBfG hin, aus der folgt, dass Entwicklungen des Zivilprozessrechts mangels entgegenstehender Anhaltspunkte in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TzBfG sich auf jenen auswirken.[917]

Selbst wenn man die Argumentation des BAG als richtig unterstellte, wäre sie widersprüchlich. Denn der Siebte Senat rechtfertigt die vermeintlich nötige institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle damit, dass eine Mitwirkung des Gerichts nicht sicherstellen könne, dass die Sachgrundbefristung im Einzelfall nicht doch rechtsmissbräuchlich sei.[918] Warum dann aber, um Missbrauch zu vermeiden, nur der Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO ein Sachgrund i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TzBfG sein soll, erschließt sich nicht.

915 BAG 14.1.2015 – 7 AZR 2/14 – EzA-SD 2015, Nr. 9, 6 Rn. 27.
916 *Serr*, SAE 2013, 44, 46 f.
917 *Serr*, SAE 2013, 44, 47.
918 BAG 14.1.2015 – 7 AZR 2/14 – EzA-SD 2015, Nr. 9, 6 Rn. 41.

Jene soeben aufgezeigte Widersprüchlichkeit ist der zweite Grund, aus dem die Entscheidung des Siebten Senats vom 14. Januar 2015 zu kritisieren ist.

Entweder die unionsrechtlich gebotene Missbrauchskontrolle wird durch eine institutionelle Rechtsmissbrauchsprüfung oder durch eine strenge Sachgrundprüfung (dazu sogleich) gewährleistet. Erst eine strenge Sachgrundprüfung mit den Vorgaben des Unionsrechts zu rechtfertigen, um in einem zweiten Schritt festzustellen, dass jener strengen Sachgrundprüfung nicht »zu trauen« sei, überzeugt nicht.

bb. Kein Vertrauenshaftungskonzept als Alternative

Eine von *Schlachter*[919] vorgeschlagene Art »Vertrauenshaftung«, nach der es für die Zulässigkeit der Befristung darauf ankäme, ob der Arbeitnehmer ein berechtigtes Vertrauen dahingehend entwickelt habe, dass sein Arbeitsverhältnis weiter verlängert werde und er sich deshalb keinen unbefristeten Arbeitsvertrag auf dem Arbeitsmarkt suchen müsse, überzeugt nicht, weil das in eine *petitio principii* führte. Der kaum zu definierende Begriff des »Missbrauchs« würde durch jenen des »berechtigten Vertrauens« ersetzt.

cc. Alternativkonzept – Sachgrundprüfung

Als Alternative zur institutionellen Missbrauchskontrolle schlagen gewichtige Stimmen in der Literatur die auch im Unionsrecht angelegte strengere Sachgrundprüfung[920], u.U. in Form der richterlichen Rechtsfortbildung[921] bzw. teleologischen Reduktion des jeweiligen Sachgrundes[922], vor, um so den normlogischen Widerspruch des »Erfurter Missbrauchskonzepts« zu beseitigen.[923]

919 *Schlachter*, FS Wank, S. 503, 509 ff.

920 *Schlachter*, FS Wank, S. 503, 504 f.; *Loth*, Prognoseprinzip, S. 254 ff.; ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 36a; *Greiner*, ZESAR 2013, 305, 311; *Busemann*, MDR 2015, 315, 316 f.

921 Dazu *Bruns*, NZA 2013, 769, 771 f.

922 *Bayreuther*, NZA 2013, 23, 24 f.

923 *Bayreuther*, NZA 2013, 23, 24; ebenso *Greiner*, NZA 2014, 284, 286, jetzt auch *Schlachter*, FS Wank, S. 503, 504 f.

[1] Möglichkeit flexibler Restriktion und teleologischer Reduktion

Die Kriterien der institutionellen Missbrauchskontrolle lassen sich im Rahmen der Sachgrundprüfung berücksichtigen.[924] Ein die Befristung rechtfertigender Sachgrund ist nicht (mehr) gegeben, wenn tatsächlich ein Dauerarbeitsplatz mit einem befristet Beschäftigten besetzt wird, d.h. wenn die Anzahl der Verlängerungen und die Gesamtdauer oder andere Einzelfallumstände der Befristung dafür sprechen, dass nicht nur ein zeitweiliger Bedarf besteht. Das entspricht den Vorgaben des EuGH und der Rahmenvereinbarung, die bei Vorliegen eines Sachgrundes zwar keine Höchstgrenzen fordern, nach denen das Überschreiten gewisser Höchstgrenzen aber Zweifel an einem Sachgrund aufkommen lässt. Wo genau die entsprechenden Grenzen verlaufen, lässt sich ohne entsprechende Regelung zwar nicht sicher sagen. Dieser Rest an Intransparenz ist zugunsten der Umstände des Einzelfalls hinzunehmen.

Aus prozessualer Sicht würde eine verschärfte Sachgrundprüfung der unionsrechtlich gebotenen Missbrauchskontrolle zu praktischer Wirksamkeit verhelfen, weil die Beweislast für das Vorliegen eines Sachgrundes voll den Arbeitgeber träfe.[925] Zwar hilft das BAG bei potentieller Beweisnot des Arbeitnehmers mit der abgestuften Darlegungs- und Beweislast[926], dabei hat der Arbeitnehmer auf der ersten Stufe aber Missbrauchsindizien darzulegen und zu beweisen.

[2] Keine starren Grenzen zu Gunsten von Transparenz

Der Versuch des ArbG Freiburg[927], die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle mit festen Grenzwerten zu versehen, ist zwar aus Transparenzgesichtspunkten begrüßenswert, die auch der EuGH sowohl im Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache *Kücük*[928] als auch mit dem Gebot der transparenten Richtlinienumsetzung[929] forderte. Indes: Zur einzelfallbezogenen unionsrechtlichen Missbrauchskontrolle passen feste Grenz-

924 *Loth*, Prognoseprinzip, S. 254 ff., ausführlich zu den Modalitäten einer Sachgrundprüfung orientiert am Prognoseprinzip ab S. 303 ff.; *Bayreuther*, NZA 2013, 23, 24 f.; *Greiner*, NZA 2014, 284, 286, *ders.*, ZESAR 2013, 305, 309.

925 *Busemann*, MDR 2015, 315, 316 f.

926 Etwa BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426.

927 ArbG Freiburg 16.12.2014 – 4 Ca 339/14 – NZA-RR 2015, 68, 70 ff.: Rechtsmissbrauch sei jedenfalls dann indiziert, wenn die Grenzwerte des § 14 Abs. 2 TzBfG um das Dreifache (sechsjährige Gesamtbefristungsdauer bei mehr als neun Verlängerungen) überschritten seien.

928 EuGH 26.1. 2012 – C-586/10 »Kücük« – NZA 2012, 135, 137.

929 Dazu EuGH 10.5.2001 – C-144/99 – NJW 2001, 2244.

werte ebenso wenig wie zur deutschrechtlichen institutionellen oder einer strengen Sachgrundprüfung.

Läse man im Wege teleologischer Reduktion in jeden Sachgrund eine immanente (Höchst)Grenze von beispielsweise sechs Jahren Gesamtbefristungsdauer bei mehr als neun Verlängerungen, ginge das über die Anforderungen einer unionsrechtlich gebotenen Missbrauchskontrolle hinaus. Nicht jede Befristung, die diese Grenze überschreitet, ist ein Missbrauch. Feste Grenzen hat auch der EuGH nicht gezogen.

Zu Recht weist *Katharina Loth* darauf hin, dass das Unionsrecht zwar eine zeitliche Höchstgrenze ermögliche, eine entsprechende Entscheidung indes durch den nationalen Gesetzgeber zu treffen wäre. Eine Höchstgrenze »durch Richterrecht wäre contra legem«.[930]

[3] Gesamtzahl und -dauer als wesentliche Missbrauchskriterien

Nichtsdestotrotz gehören die Anzahl der Befristungen und deren Gesamtdauer zu den wesentlichen Kriterien für die Frage, ob noch ein Sachgrund oder schon (aus unionsrechtlicher Sicht) ein Missbrauch des befristeten Arbeitsvertrages gegeben ist. Der von der Rahmenvereinbarung und dem EuGH verwandte Begriff der »Prekarisierung« lässt sich ausschließlich mit objektiven Kriterien konkretisieren.

[4] Beibehaltung des Konzepts der mittelbaren Stellvertretung

Entgegen *Schlachter*[931] ist bei der vorzugswürdigen strengen Sachgrundprüfung und der damit unter Umständen verbundenen teleologischen Reduktion nicht das Konzept der mittelbaren Vertretung in Form der »gedanklichen Zuordnung« gänzlich in Frage zu stellen. Vielmehr ist mit *Bayreuther*[932] diese Form der Vertretung bei der Prüfung des Sachgrundes zu berücksichtigen. Denn für die Identifikation eines Dauerarbeitsplatzes ist es ein Unterschied, ob eine Vertretungskraft immer auf dem Arbeitsplatz des Vertretenen eingesetzt wird oder stets auf demselben Arbeitsplatz tätig ist und in jedem Fall ein anderer »Vertretener« diesem Arbeitsplatz gedanklich zugeordnet wird. Das deutete auf einen verdeckten Dauerarbeitsplatz hin.

930 *Loth*, Prognoseprinzip, S. 257 m.w.N., mit der rechtspolitischen Forderung eine zeitliche Höchstgrenze zu normieren auf S. 363 ff.

931 *Schlachter*, FS Wank, S.503, 511 f.; kritisch auch *Loth*, Prognoseprinzip, S. 278 f.

932 *Bayreuther*, NZA 2013, 23, 25.

dd. Ergebnis: Kettenbefristung mit Sachgrund

Im Ergebnis ist entgegen der Ansicht des BAG[933] Missbrauchsprävention durch eine strenge Sachgrundprüfung zu gewährleisten.

Diese vermeidet nicht nur die innere Widersprüchlichkeit, sondern entspricht auch den Vorgaben des EuGH. Die Ausführungen des EuGH – v.a. in den Rechtssachen *Kücük*, *Samohano* und *Mascolo* – zeigen, dass es entscheidend auf den Sachgrund selbst ankommt. Die *Kücük*-Entscheidung des EuGH fügt sich nahtlos an die Entscheidungen in Sachen *Angelidaki* und *Adeneler*, die bereits darauf hindeuteten, dass bei Vorliegen eines Sachgrundes keine Bedenken im Hinblick auf die Wirksamkeit der Befristung bestehen.[934] Eine transparente und vorhersehbare Umsetzung der Befristungsrichtlinie bzw. Rahmenvereinbarung verlangt keine starren Grenzen.

c. Kettenbefristung durch mehrfaches Hinausschieben der Regelaltersgrenze, § 41 Satz 3 SGB VI

Ein ähnliches Problem, wie in den Kettenbefristungsfällen mit Sachgrund, denen das BAG mit der institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle begegnet, könnte sich in Zukunft bei der Handhabung des seit dem 1.7.2014 geltenden § 41 Satz 3 SGB VI[935] stellen. Hiernach ist es sogar *ohne* Sachgrund möglich, den Beendigungszeitpunkt eines Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung gegebenenfalls auch mehrfach hinauszuschieben.[936] Da die Norm weder Sachgründe für die Befristung fordert noch Höchstgrenzen für Gesamtdauer und – zahl an möglichen Verlängerungen normiert, wird sich auch hier die Frage nach einem institutionellen Rechtsmissbrauch bzw. einer möglichen Unionsrechtswidrigkeit der Norm stellen.[937] Mit der Befristungsrichtlinie ist § 41 Satz 3 SGB VI schon deshalb nicht zu vereinbaren, weil sie keines der Schutzkonzepte gegen einen Missbrauch des befristeten Arbeitsverhältnisses verfolgt.[938]

933 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351, 1355: »Die Vorabentscheidung des EuGH vom 26.1.12012 [...] zwingt auch nicht dazu, die Sachgrundprüfung bei Vertretungsbefristungen mit zunehmender Anzahl und Dauer der befristeten Verträge zu intensivieren [...].«.

934 EuGH 4.7.2006 – C-212/04 »Adeneler« – ZESAR 2007, 373, 380 f.; EuGH 23.4.2009 – C-378/07 bis C-380/07 »Angelidaki« – Slg. 2009, I-3071 Rn. 92.

935 BGBl. I S. 787.

936 *Poguntke*, NZA 2014, 1372, 1373.

937 ErfK/*Rolfs*, § 41 SGB VI Rn. 22; *Bauer*, NZA 2014, 889, 890; *Bader*, NZA 2014, 749, 752.

938 ErfK/*Rolfs*, § 41 SGB VI Rn. 22.

d. Sachgrundlose Kettenbefristung – individueller Rechtsmissbrauch

Sowohl unter der Geltung des früheren § 1 Abs. 3 BeschFG aF als auch seit Inkrafttreten des TzBfG stellt sich regelmäßig die Frage nach einer Umgehung des Anschlussbefristungsverbotes nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bzw. spiegelbildlich betrachtet nach einem Missbrauch der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG.[939]

aa. Die Gestaltungsmöglichkeiten

Weil das Vorbeschäftigungsverbot vertragsarbeitgeberbezogen ist[940], lässt sich die Beschäftigung eines über mehr als zwei Jahre sachgrundlos befristeten Arbeitnehmers auf faktisch »demselben«[941] Arbeitsplatz bewerkstelligen, indem der Arbeitnehmer den Vertragsarbeitgeber wechselt. Das Vorbeschäftigungsverbot ist weder mit dem Arbeitsplatz noch mit dem Beschäftigungsbetrieb verknüpft.[942] Für die sachgrundlos befristete Beschäftigung über zwei Jahre hinaus auf faktisch demselben Arbeitsplatz haben sich zwei Strategien als relevant erwiesen:

Zum einen die rechtliche Gestaltung des Gemeinschaftsbetriebs, in welcher der sachgrundlos befristet Beschäftigte nach spätestens zwei Jahren den Arbeitgeber wechselt, und sodann von seinem neuen Arbeitgeber, der ebenfalls am Gemeinschaftsbetrieb beteiligt ist, weiterhin sachgrundlos befristet beschäftigt und im Gemeinschaftsbetrieb eingesetzt wird.[943] Zum anderen meint das Fälle, in denen ein sachgrundlos befristeter Arbeitnehmer nach Ablauf zu einem (auch: konzerninternen) Verleihunternehmen wechselt, dort einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag abschließt und vom Verleiher auf seinen »alten« Arbeitsplatz entliehen wird.

---

939 Zu § 14 TzBfG: BAG 18.10.2006 – 7 AZR 145/06 – NZA 2007, 443; BAG 9.3.2011 – 7 AZR 657/09 – NZA 2011, 1147; BAG 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 – NZA 2013, 1214; zu § 1 BeschFG: BAG 25.4.2001 – 7 AZR 376/00 – NZA 2001, 1384.

940 BAG ständig, nur: BAG 19.3.2014 – 7 AZR 527/12 – NZA 2014, 840, 841; BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426, 428; BAG 9.3.2011 – 7 AZR 657/09 – NZA 2011, 1147, 1149.

941 Tatsächlich handelt es sich natürlich um verschiedene Arbeitsplätze, weil der Arbeitsplatz über den Arbeitgeber definiert ist und die Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber die Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz ausschließt.

942 Ständig, nur: BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426, 428.

943 Zu den sog. »Jobcenter-Fällen«: BAG 19.3.2014 – 7 AZR 527/12 – NZA 2014, 840; BAG 22.1.2014 – 7 AZR 243/12 – NZA 2014, 483; BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426; zu § 1 BeschFG aF: BAG 25.4.2001 – 7 AZR 376/00 – NZA 2001, 1384.

bb. BAG-Rechtsprechung zum Anschlussbefristungsverbot

[1] Arbeitnehmerüberlassung zur Umgehung des § 14 Abs. 2 TzBfG

Das BAG bejaht nicht ohne weiteres eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Anschlussbefristungsverbotes nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, wenn ein Arbeitnehmer nach sachgrundloser Befristung bei einem Arbeitgeber mit einem Verleihunternehmen einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag schließt und sodann an den Alt-Arbeitgeber überlassen wird. Entscheidend für die Missbrauchs- und Umgehungskontrolle ist nach Ansicht des BAG, dass der Arbeitgeber »den Vertrag **in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken** [Anm: Hervorhebung nur hier] mit dem letzten Vertragsarbeitgeber des Arbeitnehmers **ausschließlich** deshalb vereinbart hat, **um** [Anm: Hervorhebung nur hier] das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zu umgehen.«[944] Folge sei dann, dass der Verleiher sich nach § 242 BGB nicht auf die sachgrundlose Befristung berufen könne, mithin ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher zustande gekommen sei. Kriterien für die Missbrauchskontrolle, die alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen habe, seien z.B.[945]:

- die Umstände des Arbeitsvertragsangebots (z.B. Zuleitung durch Altarbeitgeber),
- die inhaltliche Übereinstimmung der Arbeitsbedingungen (Vergütung, einschlägige Tarifwerke, Urlaub u.ä.),
- eine Weiterbeschäftigung auf dem bisherigem Arbeitsplatz,
- eine gegenüber dem Verleiher bestehende Pflicht des Alt-Arbeitgebers den Leiharbeitnehmer zu übernehmen,
- eine Institutionalisierung des Vorgehens.

Diesem Missbrauchsmaßstab hielt der Einsatz eines sachgrundlos befristet beschäftigten Leiharbeitnehmers bei seinem Alt-Arbeitgeber in einer Entscheidung des BAG vom 9.3.2011[946] stand, weil der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ausreichend geändert wurde: Der neue Arbeitsvertrag enthielt eine Versetzungsklausel, so dass der Einsatz nicht beim Alt-Arbeitgeber erfolgen musste. Auch die Vergütung wurde von einem anderen Tarifwerk geregelt. So entstand nicht der Verdacht, der Vertrag mit dem Verleiher sei *ausschließlich* geschlossen worden, um § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zu umgehen.

944 BAG 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 – NZA 2013, 1214, Ls.
945 BAG 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 – NZA 2013, 1214, 1216; BAG 9.3.2011 – 7 AZR 657/09 – NZA 2011, 1147, 1149 f.
946 BAG 9.3.2011 – 7 AZR 657/09 – NZA 2011, 1147, 1149 f.

Im Kontrast dazu steht die Entscheidung des BAG vom 15.5.2013[947], in der alle Umstände für eine missbräuchliche Umgehung des Anschlussverbotes sprachen: Nach Ablauf der sachgrundlosen Befristung bei ihrer Alt-Arbeitgeberin wechselte die Arbeitnehmerin – initiiert durch die Alt-arbeitgeberin – zu einem Personaldienstleister, der mit der Alt-Arbeitgeberin eine Rahmenvereinbarung getroffen hatte, wonach die Alt-Arbeitgeberin alle ursprünglich bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung übernehmen musste. Die Vergütung richtete sich abweichend vom BTV BZA-DGB nach der zuletzt bei der Alt-Arbeitgeberin erzielten Bruttojahresvergütung. Kosten für unverschuldete Nichteinsatzzeiten hatte die Alt-Arbeitgeberin dem Personaldienstleister zu ersetzen. Im Ergebnis blieben die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerin durch den formalen Arbeitnehmerwechsel gleich und sie wurde faktisch auf ihrem alten Arbeitsplatz beschäftigt. Den einzig denkbaren Zweck der Gestaltung sah das BAG in der Umgehung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG.

[2] Der Gemeinschaftsbetrieb als Umgehungsstrategie

Der Gemeinschaftsbetrieb als Umgehung des Anschlussbefristungsverbotes ist in den sog. »Jobcenter-Fällen« relevant geworden.[948] In diesen Fällen bildeten jeweils eine Stadt oder ein Kreis mittels öffentlich-rechtlichen Vertrages zusammen mit der Bundesagentur für Arbeit (BA) als Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 u. 2 SGB II eine Gemeinsame Einrichtung nach § 44b SGB II. Dieser Gemeinsamen Einrichtung stellten die Stadt/ der Kreis und die BA Personal. Waren die Beschäftigen zunächst bei der BA sachgrundlos befristet beschäftigt, wechselten sie nach spätestens zwei Jahren zur Stadt/ dem Kreis oder umgekehrt.[949] So ließen sich vier Jahre sachgrundlose Befristung erreichen. Dem schob das BAG in den drei Jobcenter-Entscheidungen mit seiner Rechtsmissbrauchs-, Vertragsgestaltungs- und Umgehungskontrolle (teilweise) einen Riegel vor. In zwei von drei Entscheidungen verwies das BAG an das LAG zurück, um eine Missbrauchsprüfung durchführen zu

947 BAG 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 – NZA 2013, 1214, 1215 ff.

948 BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426; BAG 22.1.2014 – 7 AZR 243/12 – NZA 2014, 483; BAG 19.3.2014 – 7 AZR 527/12 – NZA 2014, 840, zuvor LAG Köln 9.3.2012 – 4 Sa 1184/11 – juris; zu diesen Fällen *Greiner*, DB 2014, 1987.

949 BAG NZA 2014, 840: »Nach den Feststellungen des LAG wurde in weiteren Fällen „umgekehrt" verfahren: Arbeitnehmer erhielten zunächst einen befristeten Vertrag mit der Beklagten und wechselten später zur Bundesagentur für Arbeit, wo sie wiederum befristet angestellt wurden.«.

lassen.[950] Allein in der Entscheidung vom 22.1.2014 hatte die Revision des Klägers keinen Erfolg, weil sich die Klage von vorneherein gegen die falsche Beklagte richtete. Der Rechtsmissbrauchseinwand kann im Rahmen einer Befristungskontrollklage (§ 17 TzBfG) selbstverständlich nur dem zweiten an der »Überkreuzbefristung« beteiligten Arbeitgeber entgegengehalten werden.[951]

Das BAG meint auch hier, »[…]die Ausnutzung der durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten kann unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein, etwa wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in **bewusstem und gewolltem Zusammenwirken** [Hervorhebung nur hier] aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge mit einem Arbeitnehmer **ausschließlich [!]** deshalb schließen, um auf diese Weise über die nach § 14 II 1 TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können«.[952]

Die Indizien für dieses ausschließlich (!) verwerfliche Motiv liefern – parallel zu den Arbeitnehmerüberlassungsfällen – nach Ansicht des BAG ein etwaige Arbeitsplatzidentität, eine (weitgehende) Übereinstimmung der arbeitsvertraglichen Rahmenbedingungen, eine mögliche Vermittlung durch den Alt-Arbeitgeber oder auch die Einstellung ohne ein Vorstellungsgespräch. Eine Gesamtbefristungsdauer von unter vier Jahren spreche dabei nicht gegen einen Rechtsmissbrauch.[953]

cc. Leitlinien des Missbrauchskonzepts und Kritik

Die Analyse sowohl der zur Arbeitnehmerüberlassung vorgestellten Entscheidungen als auch der Jobcenter-Fälle zeigt, dass das BAG den Rechtsmissbrauch nicht allein deshalb bejaht, weil eine Überlassung des sachgrundlos befristeten Arbeitnehmers an dessen vormaligen Vertragsarbeitgeber erfolgt. Vielmehr verlangt das BAG ein weiteres Element: das »bewusste und gewollte Zusammenwirken, um das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 zu umgehen«.

[1] Berücksichtigung subjektiver Elemente

Der Siebte Senat stützt sein Missbrauchskonzept – anders als in den Fällen der Kettenbefristung mit Sachgrund – auf subjektive Elemente (»bewusst und gewollt zusammenwirken«, »ausschließlich […] um«).[954] Die

950 BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426, 429 f.; BAG 19.3.2014 – 7 AZR 527/12 – NZA 2014, 840, 843.
951 BAG 22.1.2014 – 7 AZR 243/12 – NZA 2014, 483, 484.
952 BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426, 429.
953 BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426, 429 f.
954 Daher mit dogmatischer Kritik: *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990.

unterschiedlichen Maßstäbe lassen sich mit den verschiedenen Missbrauchskategorien erklären: Bei der Kettenbefristung mit Sachgrund, bei der der Siebte Senat den institutionellen Rechtsmissbrauch heranzieht, geht es in Wahrheit um die Auslegung und Reichweite der in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG genannten Sachgründe. Eine Missbrauchsfrage ist das nach hier vertretener Ansicht nicht (§ 6 C.I.1.b.cc.). Der Vergleich zur hier besprochenen Missbrauchskontrolle zeigt, dass der Rückgriff auf den institutionellen Rechtsmissbrauch schadet, weil er inkonsistente Rechtsmissbrauchsrechtsprechung fördert.[955]

[2] Zulässigkeit der Berücksichtigung subjektiver Elemente

Die hier diskutierten Fälle der Umgehung des Anschlussbefristungsverbotes sind echte (weil individuelle) Missbrauchsfälle der »Vereitelung einer gegnerischen Rechtsposition«.[956] Die Berücksichtigung subjektiver Elemente und die damit verbundene Motivkontrolle ist hier zulässig, wenn es sich um den Fall gesetzlich angeordneter negativer Zweckbindung, rechtsethische Minima oder eine gebotene Willkürkontrolle (=bloße Frage nach einem sachlichen Grund) handelt.

[a] Negative subjektive Zweckbindung

Die individuelle Missbrauchskontrolle des BAG zielt nicht darauf ab, dass nur aus dem richtigen Motiv sachgrundlos befristete Arbeitsverträge geschlossen werden dürften. Das wäre unzulässige Motivkontrolle, die positive subjektive Zweckbindung behauptete (§ 3 F.II.3.e.aa.).

Nur das falsche Motiv, d.h. das nicht schützenswerte Eigeninteresse, kombiniert mit dem Fehlen jedes sachlichen Grundes – nämlich die Wahl einer Gestaltung *ausschließlich* aus dem Grund, eine sachgrundlose Befristungsmöglichkeit zu erlangen, die sonst nicht gegeben wäre, begründet den Rechtsmissbrauch. Rechtsmissbrauchskontrolle ist hier die Frage nach einem sachlichen Grund der gewählten rechtlichen Gestaltung, mithin Willkürkontrolle. Diese Frage ist – und so auch hier – geboten, wenn Rechte des Vertragspartners vorenthalten zu werden drohen und hierfür kein sachlicher Grund oder schützenswertes Eigeninteresse ersichtlich ist. Bei der beim individuellen Rechtsmissbrauch gebotenen konkreten Interessenabwägung spricht dann nichts zugunsten des Rechtsausübenden, mithin ist eine Fallgruppe des fehlenden bzw. nicht schützenswerten Eigeninteresses gegeben.

955 Nur *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990.
956 So bereits MünchKommBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 281.

[b] Vergleich zum Steuerrecht

Diese eingeschränkte Motivkontrolle in Form der Willkürkontrolle mit Hilfe des Rechtsmissbrauchs ist der Rechtsordnung auch an anderer Stelle bekannt. Die Struktur der »Jobcenter-Fälle« erinnert, weil es sich bei ihnen um »Überkreuzkonstellationen« handelt, an die aus dem Steuerrecht bekannten »Überkreuzvermietungsfälle« zwischen nahen Angehörigen, bei denen jene sich gegenseitig ihr Eigentum vermieten, um Werbungskosten (Zinsen und AfA) zu generieren und möglicherweise einen horizontalen Verlustausgleich, der bei Einkünften aus § 21 EStG erlaubt ist, durchzuführen.[957] Der BFH bejaht in ständiger Rechtsprechung den auf § 42 AO gestützten Gestaltungsmissbrauch, »wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die gemessen an dem erstrebten Ziel unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist«.[958] Das ist die Frage nach einer der Sachverhaltsgestaltung immanenten, sachlichen Rechtfertigung.

[3] Keine Subjektivierung der Umgehungslehre

Die Berücksichtigung subjektiver Elemente bezieht sich dabei auf den Rechtsmissbrauchseinwand, grenzt aber nicht einen möglichen Umgehungsversuch ein.

Wären die Ausführungen des Siebten Senats dahin zu deuten, dass bei der Prüfung einer Umgehung subjektive Elemente zu berücksichtigen seien, setzte er sich in Widerspruch zum Großen Senat[959], der im Jahr 1960 entschieden hatte, dass in der Umgehungslehre ausschließlich objektive Kriterien zu berücksichtigen sind. Es hätte einer Divergenzanfrage bzw. anschließend einer Vorlage an den Großen Senat nach § 45 Abs. 2 Alt. 2 ArbGG bedurft, wenn nunmehr eine subjektive Umgehungslehre verfolgt werden sollte.

Rechtsfrage im Sinne des § 45 Abs. 2 ArbGG ist nicht nur eine Frage, die bei ein und derselben Norm auftritt, sondern kann auch die Auslegung inhaltsgleicher Normen oder Rechtsbegriffe sein.[960] Das trifft auf die Gesetzesumgehung zu, bei der es gerade zu klären gilt, ob sie ein bloßer Rechtsbegriff ist (so die objektive Theorie und der Große Senat des BAG) oder ob sie ein Rechtsinstitut mit eigenen Rechtsfolgen sein kann.

Indes: Näherliegend ist die Annahme, dass der Siebte Senat nicht von der objektiven Theorie der Gesetzesumgehung abrücken wollte, sondern sich

957 Beispielhaft: BFH 19.6.1991 – IX R 134/86 – NJW 1992, 136.
958 BFH 9.10.2013 – IX R 2/13 – DStRE 2014, 610, 612.
959 BAG 12.10.1960 – GS 1/59 – NJW 1961, 798.
960 Germelmann/Matthes/*Prütting*, § 45 ArbGG Rn. 20.

die subjektiven Ausführungen nur auf den individuellen Rechtsmissbrauch bezogen haben. Dass jener von der Gesetzesumgehung (auch methodisch) zu unterscheiden und nicht ihr bloßes Spiegelbild ist, wurde dargetan (s.o. § 3 J.II.). Ebenso, dass bei jenem (eingeschränkt) subjektive Merkmale berücksichtigungsfähig sind.

[4] Zwischenergebnis zum Missbrauchskonzept des BAG bei sachgrundloser Kettenbefristung

Im Ergebnis führt das BAG zu Recht eine individuelle Rechtsmissbrauchsprüfung in Kettenbefristungsfällen ohne Sachgrund durch. Haben die Arbeitgeber einen sachlichen Grund für ihr Zusammenwirken, der über die sachgrundlos befristete Beschäftigung eines Arbeitnehmers auf demselben Arbeitsplatz über zwei Jahre hinaus reicht, scheidet ein Rechtsmissbrauch aus. Allein das Motiv, Personalkosten zu senken, begründet keinen Rechtsmissbrauch. Die Möglichkeit, einen Leiharbeitnehmer bei seinem Alt-Arbeitgeber einzusetzen, ermöglicht das AÜG ohne weiteres und verhindert einen Missbrauch allein durch die Drehtürklausel des § 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG.[961]

Mit unionsrechtlichen Vorgaben stimmt die Rechtsprechung des BAG überein. Für die Arbeitnehmerüberlassungsfälle gilt die Rahmenvereinbarung im Anhang der Befristungsrichtlinie ohnehin nicht.[962] In den Gemeinschaftsbetriebsfällen gebietet das Unionsrecht den dauerhaften Bedarf, der bei einem Arbeitgeber auf einem Arbeitsplatz besteht, nicht dauerhaft mit befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu decken. Das geschieht infolge des Arbeitgeberwechsels nicht.

dd. Konsequenzen geltender Rechtsprechung

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs lässt sich vermeiden. Nach zweijähriger sachgrundloser Befristung kann der Arbeitnehmer den Vertragsarbeitgeber wechseln und abermals sachgrundlos befristet auf dem »bisherigen Arbeitsplatz« beschäftigt werden. Das Vorbeschäftigungsverbot ist arbeitgeber- und nicht arbeitsplatzbezogen. Bloß faktische Arbeitsplatzidentität begründet keinen Rechtsmissbrauch. Entscheidend sind das Zustandekommen des Arbeitsvertrages (keine institutionalisierte Mitwirkung des jeweils anderen Arbeitgebers) und eine Änderung der materiellen Arbeitsbedingungen.

In Arbeitnehmerüberlassungsfällen bietet es sich an, eine Versetzungsklausel in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, so dass ein vom Alt-Arbeitgeber verschiedenes Unternehmen als Entleiher in Betracht kommt.

961 BT-Drs. 17/4804 S. 9.
962 EuGH 11.4.2013 – C-290/12 »Della Rocca« – NZA 2013, 495.

Ob der Leiharbeitnehmer in einem anderen Unternehmen eingesetzt wird, ist unerheblich. Die Möglichkeit genügt, um den Missbrauchsvorwurf zu entkräften.[963] Darüber hinaus gilt: Je mehr Arbeitsbedingungen im neuen Arbeitsvertrag im Vergleich zu demjenigen, der mit dem Alt-Arbeitgeber bestand, verändert werden (das beinhaltet i.R.d. § 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG auch eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen), desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, sich dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auszusetzen.

Ob die geltende Gesetzeslage in Arbeitnehmerüberlassungsfällen ermöglicht, einen Arbeitnehmer dauerhaft auf demselben Arbeitsplatz zu beschäftigen, indem er alle zwei Jahre sachgrundlos befristet bei einem neuen Verleihunternehmen angestellt wird, hängt davon ab, ob »vorübergehend« (unabhängig davon, wie lange die Zeitspanne ist[964]) arbeitsplatz-[965] oder arbeitnehmerbezogen[966] ist. Beim mit der Leiharbeitsrichtlinie zu vereinbarenden arbeitnehmerbezogenen Verständnis[967] ist der dauerhafte Einsatz auf faktisch demselben Arbeitsplatz durch Wechsel des Arbeitgebers möglich. Es handelt sich dann zwar um denselben Menschen, rechtlich nicht um denselben Arbeitnehmer, weil jeweils ein neues Arbeitsverhältnis existiert. Ist »vorübergehend« hingegen arbeitsplatzbezogen zu verstehen[968], eignet sich die Arbeitnehmerüberlassung nicht für »Kettenbefristungen ohne Sachgrund«.

ee. Alternative Lösungsmöglichkeit

Greiner schlägt für Gemeinschaftsbetriebsfälle als Alternative zur Missbrauchskontrolle des Siebten Senats eine funktionale Arbeitgeberbetrachtung und rechtsträgerübergreifende tätigkeitsbezogene Befristungskontrolle vor, bei der es entgegen dem BAG nicht mehr nur auf den formalen Vertragsarbeitgeber ankommen soll, sondern zu prüfen sei, ob die spezifische Tätigkeit des Arbeitnehmers eine Befristung rechtfertige. Für seinen Vorschlag führt er sowohl die Entscheidung des EuGH in Sachen *Albron Catering*[969] an, in der dieser von einem formalen Arbeitgeberverständnis

963 BAG 9.3.2011 – 7 AZR 657/09 – NZA 2011, 1147, 1149 f.
964 Zu dieser Frage: *Giesen*, FA 2012, 66; ErfK/*Wank*, § 1 AÜG Rn. 37c m.w.N.
965 J.Ulber/*ders.*, § 1 Rn. 230u f. m.w.N.; ErfK/*Wank*, § 1 AÜG Rn. 37d m.w.N.; *Hamann*, NZA 2011, 70, 72 f.
966 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 179 ff.
967 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 181 ff.
968 J.Ulber/*ders.*, § 1 Rn. 230u f. m.w.N.; ErfK/*Wank*, § 1 AÜG Rn. 37d m.w.N.; *Hamann*, NZA 2011, 70, 72 f.
969 EuGH 21.10.2010 – C-242/09 »Albron Catering« – NZA 2010, 1225.

abgerückt sei, als auch die *Kücük*-Entscheidung[970], die für eine arbeitsplatz- bzw. tätigkeitsbezogene Befristungskontrolle spreche.[971]

Ähnlich entschied das LAG Köln in einem der Jobcenter-Fälle und meinte, eine effektive Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben (*effet utile*) erfordere, alle am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten natürlichen oder juristischen Personen als einen Arbeitgeber im Sinne des § 14 Abs. 2 TzBfG anzusehen. Die vom BAG durchgeführte Rechtsmissbrauchskontrolle genüge den Anforderungen der Rahmenvereinbarung im Anhang der Befristungsrichtlinie nicht, weil sie auf subjektive Kriterien abstelle und dem Arbeitnehmer damit eine Darlegungs- und Beweislast aufbürde, die eine effektive Missbrauchsbekämpfung nicht gewährleisten könne.[972]

Für *Greiners* Vorschlag einer tätigkeitsbezogenen Missbrauchskontrolle spricht, dass auch die Rahmenvereinbarung im Anhang der Befristungsrichtlinie und die Rechtsprechung des EuGH ein tätigkeitsbezogenes Missbrauchskonzept verfolgt. Wie oben gezeigt, ist die aufgrund der Befristungsrichtlinie unionsrechtlich gebotene Missbrauchskontrolle objektiv. Sie zielt darauf, befristete Beschäftigung auf einem Dauerarbeitsplatz zu verhindern (Arbeitsplatzbezug).

Das von *Greiner* vorgeschlagene Konzept funktionierte indes nur, wenn man gleichzeitig mit dem LAG Köln alle am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten juristischen Personen als einen Arbeitgeber im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ansähe, weil es sich andernfalls nicht mehr um denselben Arbeitsplatz handeln würde.

Der Arbeitsplatz ist über den Arbeitgeber zu definieren. Für eine teleologische Extension des Arbeitgeberbegriffs gibt weder das Unionsrecht noch das TzBfG Anhaltspunkte.

Anleihen bei der Betriebsübergangsrichtlinie zu nehmen und die extensive Auslegung mit der *Albron-Catering*-Entscheidung zu rechtfertigen, überzeugt nicht, weil die Aussagen des EuGH dem spezifischen Schutzzweck der Betriebsübergangsrichtlinie (2001/23/EG) Rechnung tragen. Zwar unterschied der EuGH zwischen vertraglichem und nichtvertraglichem Arbeitgeber. Das geschah aber nur, um zu definieren, wer als Veräußerer im Sinne des Art. 2 Nr. 1 lit. a der RL 2001/23/EG angesehen werden kann. Auf die Befristungsrichtlinie, die nicht vor den Folgen eines Inhaberwechsels und der damit notwendig verbundenen Beteiligung mehrerer Arbeitgeber, sondern vor einem Missbrauch befristeter Arbeitsverträge schützen soll, ist diese Unterscheidung nicht übertragbar. Die Beteiligung mehrerer Arbeitgeber regelt die Befristungsrichtlinie nicht.

970 EuGH 26.1.2012 – C-586/10 »Kücük« – NZA 2012, 135.
971 *Greiner*, DB 2014, 1987, 1990.
972 LAG Köln 9.3.2012 – 4 Sa 1182/11 – juris Rn. 33 ff.

Weder die Rahmenvereinbarung im Anhang der Befristungsrichtlinie noch der EuGH haben für das Befristungsrecht Vorgaben dazu gemacht, was unter einem Arbeitgeber zu verstehen ist. Insoweit ist der nationale Arbeitgeberbegriff maßgeblich, für dessen Extensivierung das TzBfG keine Anhaltspunkte bietet.

Zu der befürchteten ineffektiven Umsetzung des Unionsrechts führt die Rechtsmissbrauchskontrolle des BAG nicht, auch wenn sie auf subjektive Kriterien abstellt. Zwar stellt das BAG auf den ausschließlich missbräuchlichen Zweck einer Gestaltung ab, doch verbirgt sich dahinter die objektive Frage nach einem sachlichen Grund der von zwei Arbeitgebern gewählten Gestaltung (soeben § 6 C.I.1.d.cc.[2].). Die abgestufte Darlegungs- und Beweislast des Siebten Senats[973], nach welcher der Arbeitnehmer nur objektive Indizien[974] für eine ausschließlich missbräuchliche Gestaltung vortragen muss, bringt den Arbeitnehmer nicht in Beweisnöte. Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungs- und Beweislast in den meisten Fällen bereits mit Vorlage des alten und neuen Arbeitsvertrages, anhand derer sich die meisten vom BAG genannten Missbrauchsindizien ablesen lassen. Allein für die Umstände des zweiten Vertragsschlusses und eine mögliche Institutionalisierung des Vorgehens hat der Arbeitnehmer weitergehende Beweismittel zu bringen. Sodann trifft den Arbeitgeber eine erhebliche Darlegungs- und Beweislast, um sich trotz objektiver Missbrauchsindizien vom Rechtsmissbrauchsverdacht zu exkulpieren (§ 138 Abs. 2 ZPO).[975]

ff. Ergebnis: Kettenbefristung ohne Sachgrund

In Ergebnis und Methode überzeugt die individuelle Rechtsmissbrauchskontrolle, die der Siebte Senat in Fällen der sachgrundlosen Kettenbefristung durchführt. Sowohl in Fällen der Arbeitnehmerüberlassung als auch in jenen des Gemeinschaftsbetriebes sind die Gestaltungen nicht rechtsmissbräuchlich, wenn objektive Indizien darauf hindeuten, dass ein sachlicher Grund für die gewählte Gestaltung vorhanden ist. Die abgestufte Darlegungs- und Beweislast gewährleistet effektive Missbrauchskontrolle, so dass es darüber hinaus keine Erleichterungen für befristet beschäftigte Arbeitnehmer bedarf, um einen Missbrauch darzulegen und zu beweisen. Ein alternatives Missbrauchsbekämpfungskonzept, das den Arbeitgeberbegriff über den Vertragsarbeitgeber hinaus extensiviert, ist weder in der Befristungsrichtlinie noch im TzBfG angelegt.

973 Siehe nur BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426.
974 Zu den Kriterien: BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426, 430.
975 BAG 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426, 429.

2. Die (konzerninterne) dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung als atypische Form der Beschäftigung wirft Fragen nach den Grenzen zulässiger Gestaltung auf, wenn die Arbeitnehmerüberlassung dauerhaft, vor allem durch konzerneigene Personalgesellschaften erfolgt. Das ist etwa der Fall, wenn Personalgesellschaften Krankenschwestern einstellen, um sie sodann an eine Klinik zu überlassen, die demselben Konzern angehört, wie die Personalgesellschaft.[976]

a. Anwendungsbereich des AÜG

Konzerneigene Personalgesellschaften erfasst das AÜG stets, seit der Gesetzgeber durch Gesetz vom 28.4.2011[977] das Merkmal »gewerbsmäßig« durch »im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit« in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ersetzt hat und damit eine Gewinnerzielungsabsicht für die Erlaubnispflicht irrelevant geworden ist.[978] Die damit einhergehende Erweiterung des Anwendungsbereichs war durch die Leiharbeitsrichtlinie (Art. 1 Abs. 2 RL 2008/104/EG) geboten.

b. Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung(?)

Um klarzustellen, dass das deutschrechtliche Konzept der Arbeitnehmerüberlassung jenem der Richtlinie entspricht, fügte der Gesetzgeber weiterhin den Begriff »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ein.[979] Die Folgen dieser Ergänzung sind ungeklärt.

Das BAG[980] und die Mehrheit der Literaturstimmen ist der Ansicht, das AÜG erfasse die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung und untersage sie[981], indem es allein die »vorübergehende« gestatte.

aa. Entscheidungskompetenz des EuGH

Der Begriff »vorübergehend« findet sich jedenfalls ebenso (u.a.) in Art. 1 Abs. 1 RL 2008/104/EG.

---

976 Siehe dazu den Sachverhalt von BAG 3.6.2014 – 9 AZR 111/13 – BB 2014, 3007.

977 BGBl. I, 642.

978 BT-Drs. 17/4804, S. 8; ErfK/*Wank*, § 1 AÜG Rn. 31 m.w.N.

979 BT-Drs. 17/4804, S. 8.

980 BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11 – NZA 2013, 1296; BAG 30.9.2014 – 1 ABR 79/12 – NZA 2015, 240, 242.

981 *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern, S. 460 ff.; J.Ulber/*ders.*, § 1 Rn. 230b; Thüsing/*Waas*, AÜG, § 1 Rn. 109a; ErfK/*Wank*, § 1 AÜG Rn. 37a; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 10; *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 450 f.; **a.A.** *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 486 ff.; *Lembke*, DB 2011, 414, 415; *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632, 634

Entsprechend liegt es nicht am BAG, den Begriff »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG zu konkretisieren. Weil der Begriff unionsrechtlich determiniert ist, kommt dem EuGH das Letztentscheidungsrecht über die Auslegung des »vorübergehend« im Sinne des Art. 1 Abs. 1 RL 2008/104/EG und damit mittelbar über § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG zu.[982]

bb. Beschränkter Anwendungsbereich versus Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung

Eine Entscheidung des EuGH müsste klären, ob »vorübergehend« der Überschrift des Art. 1 RL 2008/104/EG entsprechend, allein den Anwendungsbereich der Richtlinie regelt[983] oder ob »vorübergehend« die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung untersagt.[984]

cc. (Fehlende) Stellungnahmen des EuGH und der Europäischen Kommission

Der EuGH hat zur Leiharbeitsrichtlinie zum heutigen Stand erst eine Entscheidung getroffen:

Jene Entscheidung in der Rechtsache *AKT* hat für die Auslegung des Merkmals »vorübergehend« keine Klarheit gebracht.[985] Der Gerichtshof ließ offen, inwiefern Art. 4 der Richtlinie 2008/104/EG zeitliche Einschränkungen der Leiharbeit durch nationale Regelungen zulässt.[986] Er führte allerdings aus, dass die nationalen Gerichte Einschränkungen der Leiharbeit durch den nationalen Gesetzgeber hinzunehmen hätten, ihnen insoweit keine Prüfungskompetenz zukäme.[987]

Generalanwalt *Szpunar* hielt in seinen Schlussanträgen eine zeitliche Einschränkung durch nationale Regelungen »aus Gründen des Allgemeininteresses, die die Notwendigkeit betreffen, das ordnungsgemäße Funktionieren des Arbeitsmarkts sicherzustellen und Missbräuche zu verhindern« für gerechtfertigt.[988]

Die Europäische Kommission befasste sich Anfang 2015 auf die Beschwerde einer deutschen Leiharbeitnehmerin, mit der Frage nach der

982 *Temming*, jurisPR-ArbR 25/2015 Anm. 1.
983 So *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 487.
984 *Temming*, jurisPR-ArbR 25/2015 Anm. 1.
985 Daher mit Kritik: *Stiebert*, NJW 2015, 1234 f.; *Zimmermann*, NZA 2015, 528, 530 f.; *Sittard/Houf*, EuZW 2015, 386 f.
986 EuGH 17.3.2015 – C-533/13 »AKT« – NZA 2015, 423.
987 EuGH 17.3.2015 – C-533/13 »AKT« – NZA 2015, 423, 424; **krit**. *Sittard/Houf*, EuZW 2015, 386, 387.
988 Schlussanträge des GA *Szpunar* in der Rechtssache »AKT« vom 20.11.2014 – C-533/13 – BeckRS 2014, 82404, Rn. 110 ff, 124.

Höchstüberlassungsdauer. Das von der Klägerin erhoffte Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV), leitete die Kommission indes nicht ein. Die Kommission führte aus: »Die Richtlinie sieht keine Beschränkung der Dauer der Arbeitnehmerüberlassung an die entleihenden Unternehmen vor.«.[989] Die von der Leiharbeitnehmerin vor dem LG Berlin erhobene Klage, mit der sie Staatshaftungsansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen einer fehlerhaften Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie erfolgt, hat damit wenig Aussicht auf Erfolg.[990]

Die von der Großen Koalition der 18. Legislaturperiode geplante Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten[991], unterliegt damit zumindest einem Rechtfertigungszwang.

dd. BAG: Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung

Das BAG entscheidet in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung, dass die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung verboten ist.[992] Obwohl das BAG diese Rechtsprechung ohne Vorlage an den EuGH begründet hat, steht nicht zu befrüchten, dass jener das Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung bzw. die entsprechende Lesart des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG für unionsrechtswidrig halten wird.[993] Dafür sprechen sowohl der großzügige Gestaltungsspielraum, den der EuGH dem nationalen Gesetzgeber in der Rechtssache *AKT* einräumte[994], als auch die Schlussanträge des GA *Szpunar* (siehe soeben).

ee. Keine gesetzliche Sanktion bei dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung

Eine gesetzliche Sanktion der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung fehlt – im Gegensatz zu den Fällen fehlender Überlassungserlaubnis (§§ 10 Abs. 1, 9 Nr. 1 AÜG). Es besteht aber ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats des Entleiherbetriebs nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.[995]

---

989 Antwortschreiben der Kommission, Az.: CHAP (2015) 00716, abrufbar im Volltext unter: http://www.templin-thiess.de/blog/arbeitsrecht-aktuell/ueberraschung-eu-kommission-haelt-unbefristete-arbeitnehmerueberlassung [30.9.2015].

990 Bereits *Zimmermann*, ArbR 2015, 165, 166 f.

991 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16.12.2013, S. 49 f.

992 BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11 – NZA 2013, 1296; BAG 30.9.2014 – 1 ABR 79/12 – NZA 2015, 240, 242.

993 Ebenso *Sittard/Houf*, EuZW 2015, 386, 387.

994 EuGH 17.3.2015 – C-533/13 »AKT« – NZA 2015, 423, 424.

995 BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11 – NZA 2013, 1296; BAG 30.9.2014 – 1 ABR 79/12 – NZA 2015, 240, 241 f.

c. Untaugliche Bekämpfungsversuche

Das Fehlen einer individualarbeitsrechtlichen Sanktion veranlasste wie einleitend beschrieben (§ 1 A.I.3.) die mit schöpferischer Kraft ausgestatteten LAGe Berlin-Brandenburg (15. Kammer)[996], Rheinland-Pfalz[997], Baden-Württemberg[998] und Niedersachsen[999] unter Zustimmung einiger Stimmen in der Literatur[1000], eine solche Sanktion mit Hilfe der §§ 10 Abs. 1, 9 Nr. 1 AÜG (analog) und/oder dem institutionellen Rechtsmissbrauch zu schaffen.

aa. Restriktives Verständnis der gewerberechtlichen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Am LAG Berlin-Brandenburg sowie am ArbG Cottbus ist man teilweise der Ansicht[1001], eine bereits erteilte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis erhalte durch die geänderte Gesetzeslage einen beschränkten Regelungsgehalt. Da die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung seit dem 1.12.2011 verboten sei, könne sich auch die bereits erteilte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis seitdem nur auf eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung beziehen, die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung geschehe mithin ohne Erlaubnis, so dass in direkter Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und dauerhaft überlassenem Arbeitnehmer zustande komme.

Das ArbG Frankfurt (Oder)[1002] hat zu dieser Ansicht das Nötige gesagt: Eine Inhaltsänderung des Verwaltungsakts *ipso iure* ist mit der Systematik des § 5 Abs. 1 Nr. 4 AÜG nicht zu vereinbaren. Die Überlassungserlaubnis als Verwaltungsakt hat Bestandsschutz (parallel zu §§ 48, 49 VwVfG).

Das LAG Rheinland-Pfalz lehnt die Inhaltsänderung des Verwaltungsaktes darüber hinaus mit einer gebotenen Arbeitnehmermeistbegünstigung ab:

---

996 LAG BB 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12 – NZA-RR 2013, 234; **a.A.** LAG BB 16.4.2013 – 16 Sa 1637/12 – juris.

997 LAG RP 1.8.2013 – 11 Sa 112/13 – juris.

998 LAG BW 22.11.2012 – 11 Sa 84/12 – juris.

999 LAG Niedersachsen 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11 – juris.

1000 J.Ulber/*ders*., § 1 Rn. 231d; wohl auch ErfK/*Wank*, § 1 AÜG Rn. 37 f.; **dagegen**: *Hamann*, RdA 2014, 271, 274.

1001 LAG BB 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12 NZA-RR 2013, 234, 237, das für die Zeit vor dem 1.12.2011 auf den institutionellen Rechtsmissbrauch und später sowohl auf jenen als auch hilfsweise auf die restriktiv verstandene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis abstellen will; wörtliche Übernahme bei ArbG Cottbus 24.4.2013 – 2 Ca 424/12 – juris Rn. 35 ff.

1002 ArbG Frankfurt (Oder) 17.4.2013 – 6 Ca 1754/12 – juris Rn. 19.

Die Ansicht könne zu Ergebnissen führen, die den Interessen des Leiharbeitnehmers entgegenstünden.[1003]

bb. Analogie zu §§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Eine andere Ansicht meint, dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung sei mit einer analogen Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu begegnen.[1004] So ist das LAG Baden-Württemberg im Anschluss an *Düwell* der Ansicht, eine richtlinienkonforme Auslegung des AÜG gebiete, den Fall dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung »wertungsmäßig« dem Fall der fehlenden Erlaubnis gleichzusetzen.[1005] Darüber hinaus will *Düwell* dem Arbeitnehmer noch ein Wahlrecht zugestehen, weil es mit Art. 12 GG unvereinbar sei, diesem ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher aufzuzwingen.[1006]

Mit dem Nachweis einer planwidrigen Regelungslücke als Voraussetzung einer Analogie hält sich dabei niemand auf. *Düwell* meint zwar, der erklärte Wille des parlamentarischen Gesetzgebers spreche für eine Analogie. Am AÜG lässt sich indes ein solcher erklärter Wille nicht ablesen. Sowohl das AÜG als auch der der Regierungsentwurf des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG (BT-Drs. 17/4804) schweigen zur Frage einer Sanktion im Fall dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung. Das belegt eine Regelungslücke, nicht aber ihre Planwidrigkeit.

Das Fehlen einer individualrechtlichen Sanktion spricht vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber eine solche nicht wollte, die Lücke mithin planvoll gelassen hat. Für den Fall einer fehlenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hat der Gesetzgeber explizit eine Sanktion angeordnet (*arg. e contrario*).

Folgte man – entgegen hier vertretener Ansicht – der Meinung von *Düwell* und sanktionierte die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG analog, wäre es folgerichtig, dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zuzugestehen. Die verfassungsrechtliche Argumentation zum Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB, wonach es mit Art. 1, 2, 12 GG nicht zu vereinbaren ist, dem Arbeitnehmer einen nicht frei gewählten Arbeitgeber aufzuzwingen, ist hierher übertragbar.[1007]

1003 LAG RP 1.8.2013 – 11 Sa 112/13 – juris Rn. 102.
1004 LAG BW 22.11.2012 – 11 Sa 84/12 – juris Rn. 67; J.Ulber/*ders.*, § 1 Rn. 231d.
1005 LAG BW 22.11.2012 – 11 Sa 84/12 – juris Rn. 67 im Anschluss an: *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 454.
1006 *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 455.
1007 Zur verfassungsrechtlichen Argumentation ErfK/*Preis*, § 613a BGB Rn. 96.

cc. Institutioneller Rechtsmissbrauch

Die Kammern einiger LAGe (Rheinland-Pfalz[1008], Berlin-Brandenburg[1009]) wollen die dauerhafte konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung mit dem institutionellen Rechtsmissbrauch sanktionieren: Das »Sich-Berufen« des Entleihers auf die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis des Verleihers soll institutionell rechtsmissbräuchlich sein, weil die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung unzulässig sei. Der Entleiher verhindere, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen sich und dem Leiharbeitnehmer zustande komme, indem er sich auf die erforderliche Erlaubnis des Verleihers berufe.

Im Ergebnis will das LAG Rheinland-Pfalz eine fehlende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis mit Hilfe des institutionellen Rechtsmissbrauchs fingieren, was zu einer unmittelbaren Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG führte.

d. Richtig: Keine individualarbeitsrechtliche Sanktion (BAG)

Das BAG hat alle drei Versuche, die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung individualrechtlich zu sanktionieren, für untauglich gehalten und die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher abgelehnt.[1010]

aa. Keine direkte Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Die direkte Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG scheitere an vorhandener Erlaubnis. Ein Widerruf sei nur für die Zukunft nach Maßgabe des § 5 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 AÜG möglich.[1011]

bb. Keine Analogie zu § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG scheitere mangels planwidriger Regelungslücke als erste Voraussetzung einer Analogie.[1012] Mit beachtlicher Argumentation zeigt der Neunte Senat den LAGe die durch die Gewaltenteilung gezogenen Grenzen richterlicher Legitimation auf:

> »Zur wortsinnübersteigenden Gesetzesanwendung durch Analogie bedarf es einer besonderen Legitimation. Die analoge Anwendung einer Norm setzt vo-

1008 LAG RP 1.8.2013 – 11 Sa 112/13 – juris Rn. 108 ff.
1009 LAG BB 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12 NZA-RR 2013, 234.
1010 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – NZA 2014, 196; bestätigt in: BAG 3.6.2014 – 9 AZR 111/13 – BB 2014, 3007; BAG 29.4.2015 – 9 AZR 883/13 – juris.
1011 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – NZA 2014, 196, 197.
1012 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – NZA 2014, 196, 198; BAG 3.6.2014 – 9 AZR 111/13 – BB 2014, 3007.

> raus, dass eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigt gelassene Lücke vorliegt und diese Planwidrigkeit auf Grund konkreter Umstände positiv festgestellt werden kann. […] Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass ein Gericht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt. Nach Art. 20 II 2 GG wird die Staatsgewalt vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich darauf, den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und dich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein […].«[1013]

Diese Grenzen überschreite, wer eine Analogie zu § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG bejaht, weil der Gesetzgeber bewusst auf eine (individualarbeitsrechtliche) Sanktion verzichtet habe. Während des Gesetzgebungsverfahrens sei wiederholt auf die fehlende Sanktion hingewiesen worden.[1014] Die Reglungslücke ist planvoll.

Weiter hält das BAG eine Analogie zu § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG für verfassungsrechtlich bedenklich (Art. 12 Abs. 1 GG), weil ohne gesetzliche Grundlage in die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien eingegriffen werde.[1015] Das Argument ist in der Sache zwar richtig, der Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit aber vorrangig an Art. 15 Abs.1 GRC und nicht an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, weil die Frage einer wirksamen Sanktion der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung in den Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie fällt (Art. 10 RL 2008/104/EG).[1016]

cc. Kein institutioneller Rechtsmissbrauch durch dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung

Die richtige Argumentation des BAG zu Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gilt ebenso für den (institutionellen) Rechtsmissbrauch:

1013 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – NZA 2014, 196, 198.

1014 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – NZA 2014, 196, 198 f.

1015 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – NZA 2014, 196, 199.

1016 BVerfG 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07 – ZIP 2015, 335, gegen BAG 1.2.2007 – 2 AZR 15/06 – juris Rn. 9 ff.; Einheit, Vorrang und praktische Wirksamkeit des Unionsrechts dürfen durch nationale Grundrechtsstandards nicht beeinträchtigt werden: EuGH 26.2.2013 – C-399/11 »Melloni« – NJW 2013, 1215, 1219; EuGH 6.3.2014 – C-206/13 »Siragusa« – NVwZ 2014, 575, 576 f.; EuGH 10.7.2014 – C-198/13 »Hernández« – NZA 2014, 1325, 1327. Zum weiten Anwendungsbereich des Unionsrechts: § 4 C.I.

[1] Rechtsmissbrauch versus Rechtsbruch

In der Zeit nach dem 30.11.2011 kann die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung allenfalls Rechtsbruch, nicht aber Rechtsmissbrauch sein. Es fehlte bereits die für den Rechtsmissbrauch nötige, formale Zulässigkeit der Gestaltung.[1017] Umgekehrt war die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung bis zum 30.11.2011 erlaubt, für einen Rechtsmissbrauch allein wegen der Dauerhaftigkeit mithin kein Raum.[1018]

Trotz der deutlichen Worte des BAG finden sich weiterhin Entscheidungen, die in der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung einen institutionellen Rechtsmissbrauch und keinen Rechtsverstoß sehen wollen.[1019] Wer in der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung einen Rechtsmissbrauch sieht, verkennt die Flankierungsfunktion des institutionellen Rechtsmissbrauchs und vermengt Rechtsbruch und Rechtsmissbrauch. Den mangelnden Respekt, den derjenige gesetzgeberischen Wertentscheidungen erweist, der eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG beweist, hat das BAG deutlich begründet.

[2] Potentielle Folgen eines Rechtsmissbrauchs

Bejahte man einen institutionellen Rechtsmissbrauch, begründete der Rechtsmissbrauch *unmittelbar* ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher. Eine unmittelbar rechtsbegründende Funktion kommt dem Rechtsmissbrauch nach hier vertretener Ansicht schon nicht zu (§ 3 G.II.).

Selbst wenn man eine unmittelbar rechtsbegründende Funktion bejahte, käme hier ein Arbeitsverhältnis zustande, ohne dass der potentielle Arbeitgeber eine Auswahlentscheidung getroffen hätte. Der Rechtsmissbrauch griffe nicht nur in die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers[1020], dem ein neuer Arbeitgeber aufgezwungen würde, sondern auf der anderen Seite in die (negative) Vertragsabschlussfreiheit des potentiellen Arbeitgebers ein. Der Rechtsmissbrauchseinwand wäre Kontrahierungszwang (allg. zu diesem § 3 G.III.). Das verhindert selbst das strenge AGG mit § 15 Abs. 6 AGG. Erst-Recht muss das für den nicht kodifizierten Einwand des Rechtsmissbrauchs gelten.

1017 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – NZA 2014, 196, 200.

1018 BAG 15.5.2013 – 7 AZR 494/11 – NZA 2013, 1267, 1270 f.

1019 So das ArbG Cottbus 6.2.2014 – 3 BV 96/13 – juris Rn. 24 ff., das im dortigen Beschlussverfahren ausführt, dem Leiharbeitnehmer stehe in einem solchen Fall des institutionellen Rechtsmissbrauchs ein Anspruch auf Eingruppierung und Differenzentgelt gegen den Entleiher zu, wobei dem Entleiherbetriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG zustehe.

1020 Dessen Vertragsfreiheit hat das BAG vor Augen: BAG10.12.2013 – 9 AZR 51/13, NZA 2014, 196, 199.

[3] Das Argument des Strohmanngeschäfts

Zu keinem anderen Ergebnis führt das wiederholt bemühte »Strohmanngeschäft«. Für das Strohmanngeschäft gilt wie für das Umgehungsgeschäft, dass beide zunächst wirksam sind, da die Parteien die Rechtsfolgen des Geschäftes ernsthaft wollen.[1021] Anders kann das allenfalls sein und dann könnte der Einwand des Strohmanngeschäfts im Fall dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung greifen, wenn der Strohmann die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Pflichten auch im Außenverhältnis nicht übernehmen will und der Vertragspartner hiervon Kenntnis hat. Dann kommt eine Nichtigkeit als Scheingeschäft in Betracht gem. § 117 BGB.[1022]

[4] Zulässigkeit von sog. »Drehtürkonstrukten«

Selbst die Wahl eines Drehtürkonstruktes, d.h. einen Leiharbeitnehmer auf einem Arbeitsplatz einzusetzen, auf dem er zuvor als Stammarbeitnehmer beschäftigt war, ist kein Rechtsmissbrauch. Das AÜG geht implizit von der Zulässigkeit solcher Konstruktionen aus (arg: § 9 Nr. 2 Hs. 4 AÜG).[1023]

e. Ergebnis und Ausblick zur dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung

Ist das Merkmal »vorübergehend« Wirksamkeitsvoraussetzung der Arbeitnehmerüberlassung, ist die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung Rechtsbruch. Ist der Rechtsbruch nicht sanktioniert, darf die »passende« Sanktion nicht freirechtlich geschaffen werden. Eine individualarbeitsrechtliche Sanktion enthält das AÜG planmäßig nicht. Wer über § 242 BGB eine Analogie oder richtlinienkonforme Auslegung ein Arbeitsverhältnis begründet, setzt sich damit über den Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers hinweg.

Das Argument, die Leiharbeitsrichtlinie erfordere eine individualarbeitsrechtliche Sanktion im Fall dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung[1024], ist bloße Behauptung. Art. 10 der Leiharbeitsrichtlinie verlangt wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen, ohne zu konkretisieren, welche Anforderungen an eine Sanktion zu stellen sind. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *AKT*[1025] hat schon offengelassen, ob es zeit-

1021 Palandt/*Ellenberger*, § 117 Rn. 5 f.
1022 Allg. BGH 29.10.1996 – XI ZR 319/95 – NJW-RR 1997, 238; BAG 22.9.1992 – 9 AZR 385/91 – NZA 1993, 837.
1023 BT-Drs. 17/4804, S. 9.
1024 So aber ErfK/*Wank*, § 1 AÜG Rn. 37f: » Auch unter Berücksichtigung des Gewaltenteilungsprinzips erscheint daher eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in Form der Analogie zu §§ 9 Nr. 1, 10 angemessen.«
1025 EuGH 17.3.2015 – C-533/13 »AKT« – NZA 2015, 423.

liche Grenzen der Arbeitnehmerüberlassung gibt und falls ja, wo diese verlaufen. Die Europäische Kommission anerkennt keine unionsrechtliche Höchstüberlassungsgrenze.[1026]

Als Sanktions- bzw. Präventionsmechanismus besteht derzeit ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG.[1027] Gewerberechtlich besteht die Möglichkeit, die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis im Fall dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung zu widerrufen gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG.

Ob die Leiharbeitsrichtlinie darüber hinaus eine individualarbeitsrechtliche Sanktion erfordert, müsste ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH klären.

Zwar existiert ein vom Bundesrat eingebrachter Gesetzesentwurf für einen neuen § 9 Nr. 1 lit. c AÜG, wonach auch die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung unwirksam ist, mit der Folge, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher zustande kommt.[1028] Indes darf bezweifelt werden, dass sich die Parteien der »Großen Koalition« der 18. Legislaturperiode auf diese Neufassung verständigen können, weil der Koalitionsvertrag entgegen den Wünschen der SPD explizit darauf verzichtet hat, eine Regelung zur dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung zu treffen.[1029]

Möglich bleibt nach geltendem Recht eine individuelle Rechtsmissbrauchskontrolle, bei der sich der missbrauchsbegründende Umstand nicht allein aus dem Umstand der Dauerhaftigkeit der Arbeitnehmerüberlassung ergeben dürfte. Vielmehr müssten besondere Einzelfallumstände zu einem Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung führen.

3. Zwischenergebnis – atypische Beschäftigung

TzBfG und AÜG ermöglichen atypische Formen der Beschäftigung. Einen Anspruch auf Abschluss unbefristeter Normalarbeitsverhältnisse enthält die Rechtsordnung nicht. Atypische Beschäftigung ist daher nicht *per se* missbrauchsanfällig. Im Gegenteil: Echte Rechtsmissbrauchsfälle sind auch bei atypischer Beschäftigung selten. TzBfG und AÜG ziehen deutlichere Grenzen zwischen verbotener und erlaubter Gestaltung als zuweilen behauptet. Daher bedarf es des Rückgriffs auf den Rechtsmissbrauchseinwand allenfalls in individuellen Rechtmissbrauchsfällen, in denen besondere Umstände des Einzelfalls diesen Rückgriff rechtfertigen. Ganz aus

1026 Antwortschreiben der Kommission, Az.: CHAP (2015) 00716, abrufbar im Volltext unter: http://www.templin-thiess.de/blog/arbeitsrecht-aktuell/ueberraschung-eu-kommission-haelt-unbefristete-arbeitnehmerueberlassung [30.9.2015].

1027 BAG 30.9.2014 – 1 ABR 79/12 – NZA 2015, 240.

1028 BT-Drs. 18/14, S. 5.

1029 *Zimmermann*, NZA 2015, 528, 531.

dem Blick gerät das atypische Arbeitsverhältnis auf Wunsch des Arbeitnehmers[1030], bei der es weder vor Rechtsmissbrauch noch vor Umgehung zu schützen gilt.

II. Falschbezeichnung und Rechtsmissbrauch

Entgrenzt wird der Rechtsmissbrauchseinwand weiterhin, weil Fälle, in denen schlicht Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen, unter dem Begriff des Rechtsmissbrauchs oder der Umgehung diskutiert werden. Die Falschbezeichnung ist unschädlich, wenn alle Beteiligten wissen, dass kein Rechtsmissbrauch im technischen Sinne in Rede steht, verleitet indes manche Diskussionsteilnehmer (und Gerichte) zu der Annahme, es ginge tatsächlich um den dysfunktionalen Einsatz eines Rechtsinstituts, so dass § 242 BGB zum Einsatz kommen müsse.

1. Der Einsatz von Werkverträgen

Ein Versuch, Tarifverträge mit Umgehungsschutz auszustatten, findet sich in der Stigmatisierung des Werkvertragseinsatzes als (institutionell) rechtsmissbräuchlich. Dem »Missbrauch« von Werk- oder Dienstverträgen widmet sich selbst der Koalitionsvertrag der Großen Koalition.[1031] Befürchtet wird, dass Tariflöhne sowie die strengen Vorgaben des AÜG umgangen werden.

a. Werk-/Dienstvertrag als Tariffluchtinstrument

Der Werk- oder Dienstvertrag eignet sich als Tariffluchtinstrument. Wer seiner eigenen Tarifbindung entkommen will und beispielsweise einen Industrietarif als zu teuer empfindet, wird eine Fremdvergabe der Tätigkeit in Betracht ziehen.[1032]

Der aus dem Motiv der Tarifflucht genutzte Werkvertrag ist nicht rechtsmissbräuchlich.[1033] Lohnkosten zu sparen, ist für den Rechtsmissbrauch genauso relevant, wie Steuern zu sparen für § 42 AO – nämlich irrelevant.[1034] Die Tarifgeltung ist Frage der Tarifbindung kraft Gesetzes (§ 3 TVG) oder kraft Bezugnahme. Beiderseitige Tarifbindung kann nur

1030 Zur Arbeitnehmerüberlassung: *Rieble*, NZA 2013, 309; zur Befristung: *Schiefer*, P&R 2014, 181.

1031 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16. Dezember 2013, S. 49.

1032 *Schmitt-Rolfes*, AuA 2013, 631.

1033 **A.A.** wohl *Däubler*, DB 2015, S7, S8, der ernstlich meint, es verstoße gegen die »mit jedem Tarifvertrag verbundene Durchführungspflicht, wenn der Arbeitgeber bestimmte Bereiche ausgliedert und so den Anwendungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages schmälert«.

1034 BFH 3.2.1998 – IX R 38-96 – NJW 1998, 3143.

bestehen oder nicht. Tarifbindung über einen Umgehungsschutz auf Werkunternehmer oder Dienstleister zu erstrecken, ist weder mit der Systematik des TVG noch mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar. Das versucht – soweit ersichtlich – (bislang) auch niemand.

b. Werk-/Dienstvertrag statt Arbeitnehmerüberlassung

Schwieriger ist das Problem des »Missbrauchs« von Werkverträgen, der zu einer Umgehung des AÜG führen soll. Hier gilt es, Scheinwerkverträge zu identifizieren.[1035]

aa. Direktionsrecht als Abgrenzungskriterium

Dogmatisch betrachtet findet keine Missbrauchsdebatte statt, weil Gegenstand nicht der (im Sinne eines institutionellen Rechtsmissbrauchs:) dysfunktional eingesetzte Werkvertrag ist, sondern der Werkvertrag, der keiner ist. Zu Recht diskutiert deshalb die überwiegende Praxis über die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung anhand des Direktionsrechts.[1036] Während bei der Arbeitnehmerüberlassung der Entleiher das Direktionsrecht gegenüber dem Leiharbeitnehmer ausübt, kommt beim Werk- oder Dienstvertrag allein dem Werk- oder Dienstnehmer das Direktionsrecht gegenüber seinen eigenen Arbeitnehmern zu.[1037] Der Inhaber des Einsatzbetriebs kann dem Werkunternehmer und dessen Erfüllungsgehilfen ausschließlich auf das herzustellende Werk bezogene Weisungen im Sinne des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB erteilen.[1038]

bb. Irrelevanz des Rechtsmissbrauchs für eine Abgrenzung

Ernstlich diskutiert das LAG Schleswig-Holstein den Einsatz von Werkverträgen unter dem Gesichtspunkt des institutionellen Rechtsmissbrauchs.[1039] In der Sache meint es immerhin die Abgrenzungsproblematik, die zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung besteht, diskutiert sie nur systemfremd unter dem Oberbegriff des Rechtsmissbrauchs. Nach Ansicht des LAG »spricht sehr viel dafür, eine derart engmaschige, als Weisung nach § 645 Abs. 1 BGB deklarierte und kaschierte Leistungsvorgabe eines Betriebsinhabers an seinen Werk- bzw. Dienstvertragspartner zur Ausgestaltung eines Fremdarbeitnehmereinsatzes als institutionellen Rechtsmissbrauch gem. § 242 BGB anzusehen. Denn es ist offensicht-

1035 Statt vieler: *Hamann/Rudnik*, NZA 2015, 449 ff.
1036 Etwa: *Rieble*, ZfA 2013, 137, 146 ff. m.w.N.; *Oberthür*, Industriedienstleistung und Zeitarbeit, S. 43, 47 ff.
1037 *Oberthür*, Industriedienstleistung und Zeitarbeit, S. 43, 47.
1038 ErfK/*Wank*, § 1 AÜG Rn. 15.
1039 Im Ergebnis aber immerhin offen lassend: LAG SH 5.6.2013 – 3 TaBV 6/12 – juris Rn. 80, 81.

lich, dass nicht die V..., sondern die Beteiligte zu 2 die Tätigkeit der V...-Mitarbeiter im innerbetrieblichen Warentransport verantwortlich organisiert und bedarfsgerecht mit ihren Weisungen steuert.«[1040]

Die gleiche Diskussion besteht auch bei der Flucht aus der Arbeitnehmerüberlassung in die freie Mitarbeit, bei der es ebenso nur darum gehen kann, das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis korrekt zu identifizieren.[1041]

Wer das anders sieht und einen echten Rechtsmissbrauch des Werkvertrages, der freien Mitarbeit, des »Ein-Mann-Werkvertrages«[1042] oder der Beschäftigung als arbeitnehmerähnliche Person[1043] behauptet, müsste den dysfunktionalen Einsatz darlegen. Die Frage, wann ein Werkvertrag tatsächlich dysfunktional eingesetzt wird, lässt sich nicht beantworten. Denn § 631 BGB ermöglicht keinen zweckwidrigen Einsatz, da ein Vertrag entweder Werkvertrag ist oder nicht. § 631 BGB bindet den Werkvertrag an keinen Zweck - weder einen objektiven noch gar subjektiven.

cc. Möglichkeit des individuellen Rechtsmissbrauchs und dessen Folgen

Es bleibt allein die Frage nach einem individuellen Rechtsmissbrauch. Da bei der Arbeitnehmerüberlassung eine Drei-Personen-Konstellation gegeben ist, könnte sich der (individuelle) Missbrauchsmaßstab des BAG aus den Kettenbefristungsfällen ohne Sachgrund übertragen lassen.[1044] Ein Missbrauch des Werkvertrages wäre demnach gegeben, wenn er **in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken der Werkvertragsparteien ausschließlich** deshalb vereinbart worden wäre, **um** den Arbeitnehmer des Werkunternehmers über die tatsächlich gegebene Arbeitnehmerüberlassung zu täuschen.

Welche Folge sollte sich daraus aber ergeben? Was wäre mit dem Rechtsmissbrauchseinwand gewonnen? Tatsächlich fehlt es an einer korrekturbedürftigen Gesetzeslage: Besteht zwischen den Vertragsparteien jener Werkvertrag nur zum Schein und ist tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung gegeben, gelten die Vorschriften des AÜG ohnehin (insbesondere das

1040 LAG SH 5.6.2013 – 3 TaBV 6/12 – juris Rn. 80, 81.
1041 Dazu *Freckmann*, DB 2013, 459 ff.
1042 Auch die freie Mitarbeit oder der sog. »Ein-Mann-Werkvertrag« sind Instrumente nicht nur der Tarifflucht, sondern auch der Flucht vor dem KSchG, dem AÜG oder vor der Verpflichtung, Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen. Ob sie rechtmäßig eingesetzt werden, hängt maßgeblich davon ab, wie das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu qualifizieren ist; zu den Abgrenzungsschwierigkeiten: *Freckmann*, DB 2013, 459 ff.
1043 Z.B. zur Meidung des Mindestlohns, vgl. § 22 MiLoG.
1044 Ähnlich: *Hamann/Rudnik*, NZA 2015, 449, 451 f.

Equal-pay-Gebot). Ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher (vermeintlichen Werkbesteller) kommt nur zustande, wenn der Verleiher (vermeintliche Werkunternehmer) ohne »Netz«, sprich: Verleiherlaubnis (dazu sogleich) gearbeitet hat, weil die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung nicht mit dem Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher sanktioniert ist. Die Täuschungsabsicht der »Werkvertrags«-Parteien kann daran nichts ändern.[1045]

Nach geltendem Recht gilt es deshalb, falsch bezeichnete Werkverträge und Scheingeschäfte nach § 117 BGB zu identifizieren. Der Rechtsmissbrauchseinwand hilft nicht.

Ist ein wirksamer Werk- oder Dienstvertrag vorhanden, scheidet eine (analoge) Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes aus. Ebenso ist der wirksame Werk-/Dienstvertrag kein Scheingeschäft nach § 117 BGB. Ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB, Werk- oder Dienstverträge zu schließen, enthält die Rechtsordnung nicht.

c. Werk-/Dienstvertrag mit »Netz«

Ist der als solcher bezeichnete Werkvertrag bei zutreffender rechtlicher Würdigung eine »verdeckte« Arbeitnehmerüberlassung, droht die Sanktion der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG.[1046]

aa. Das Konstrukt

Um Rechtssicherheit im Umgang mit der unter Umständen schwierigen Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag zu erhalten oder um zu verhindern, sich unbemerkt vom Werkvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung zu entwickeln, arbeiten Industriedienstleister und Werkunternehmer mit »Netz«. Der Industriedienstleister/Werkunternehmer beantragt eine »Reserve-überlassungserlaubnis«.[1047] Erhält er eine solche, ist das mit den §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG verbundene Risiko ausgeschaltet, selbst wenn sich die von den Vertragsparteien vorgenommene Abgrenzung vor den Gerichten für Arbeitssachen als falsch herausstellt oder an § 117 Abs. 2 BGB scheitert.

bb. Das Risiko des Konstruktes

Ein Risiko bleibt: Nicht vor jedem Gericht hat dieses Konstrukt rechtlich Bestand. Sogar vom Geschäftsverteilungsplan eines LAG kann der rechtliche Erfolg des »Netzes« abhängen: Vor der dritten Kammer des LAG Ba-

1045 Im Ergebnis ebenso: *Hamann/Rudnik*, NZA 2015, 449, 451 f.

1046 BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12 – NZA 2013, 1348.

1047 Zu diesem Konstrukt etwa: *Hamann/Rudnik*, NZA 2015, 449; *Jordan/Bissels*, AuA 2013, 636, 637; *Giese/Scheuer*, BB 2015, 1461.

den-Württemberg hält die Reserve-Verleiherlaubnis[1048], vor der vierten Kammer desselben Gerichts nicht[1049].

[1] Venire contra factum proprium?

Das »venire contra factum proprium« begründete die vierte Kammer[1050] mit einem Vergleich zu einem Urteil des BGH[1051], in welchem dieser einem Verbraucher die Berufung auf die begünstigenden Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs verwehrt hatte, weil der Verbraucher den Unternehmer, der nicht mit einem Verbraucher kontrahieren wollte, über seine Verbrauchereigenschaft arglistig getäuscht (!) hatte. Bereits dieser Vergleich geht fehl. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens zielt auf den Schutz berechtigten Vertrauens, das eine Partei gesetzt hat (§ 3 D.I.2.c.dd.[1].). Während im Urteil des BGH eine arglistige Täuschung in Rede stand, meint die vierte Kammer (im Anschluss an *Wiebke Brose*), die Nutzung einer Arbeitnehmerüberlassung erfordere maximale Transparenz, weshalb der Verleiher seinen Nutzungswillen hinsichtlich der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vor dem Fremdpersonaleinsatz offenlegen müsse.[1052] Der qualitative Unterschied zwischen arglistiger Täuschung einerseits (BGH) und der vermeintlichen Notwendigkeit, bei der Arbeitnehmerüberlassung unaufgefordert maximale Transparenz herzustellen andererseits, wird ignoriert; die Pflicht, nicht zu täuschen, mit der Pflicht, aufzuklären, gleichgesetzt. Das ist mit zivilistischen Grundsätzen, nach denen die Aufklärungspflicht die Ausnahme ist, nicht zu vereinbaren. Ohnehin kann es auf den Nutzungswillen nicht ankommen: Dann hinge die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung vom Willen des Verleihers ab. Was hätte im Fall der »Wahnarbeitnehmerüberlassung« (parallel zum Wahndelikt) zu gelten?

[2] Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis als begünstigender VA

Die Argumentation der vierten Kammer überzeugt aber vor allem aus verwaltungsrechtlicher Sicht nicht. Die dritte Kammer des LAG Baden-Württemberg führt das Nötige aus[1053]: Die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis als begünstigender Verwaltungsakt legalisiert die Arbeitnehmerüberlassung kraft ihrer Existenz. Die maßgeblichen Vorschriften des VwVfG lassen keine andere Beurteilung zu. Vor allem aber wird der Zweck

1048 LAG BW 18.12.2014 – 3 Sa 33/14 – BB 2015, 955.
1049 LAG BW 3.12.2014 – 4 Sa 41/14 – BB 2015, 315, 318 f.
1050 LAG BW 3.12.2014 – 4 Sa 41/14 – BB 2015, 315, 319.
1051 BGH 22.12.2004 – VIII ZR 91/04 – NJW 2005, 1045.
1052 LAG BW 3.12.2014 – 4 Sa 41/14 – BB 2015, 315, 319; im Anschluss an *Brose*, DB 2014, 1739, 1742.
1053 LAG BW 18.12.2014 – 3 Sa 33/14 – juris Rn. 41.

der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – die Zuverlässigkeit des Verleihers zu gewährleisten – sowohl im Fall offener als auch im Fall verdeckter Arbeitnehmerüberlassung gewährleistet. Nach geltendem Recht führt der Werkvertragseinsatz, der sich als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung erweist, nicht zu einem fingierten Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, wenn der Verleiher die notwendige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hat.

[3] Kein Arbeitsverhältnis kraft individuellen Rechtsmissbrauchs

Ein anderes Ergebnis folgt auch hier nicht aus einem etwaigen individuellen Rechtsmissbrauch. Unabhängig davon, ob man – entgegen hier vertretener Ansicht – im Einzelfall einen Rechtsmissbrauch bejaht (*Hamann/Rudnik*: Vereitelung von Rechten der Gegenpartei durch Täuschung[1054]), kann die Rechtsfolge des »Werkvertrages mit Netz« nie ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher sein, weil eine solche Sanktion nicht im AÜG vorgesehen und nicht allein, d.h. normgelöst über den Missbrauchseinwand herzustellen ist.[1055]

[4] Künftige Zulässigkeit des Werkvertrages mit »Netz«?

Indes hat sich die »Große Koalition« der 18. Legislaturperiode zum Ziel gesetzt, den „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen [zu] verhindern“.[1056] Entsprechende Initiativen sind ausgearbeitet. Ein aus dem Bundesrat stammender Gesetzesentwurf vom 28. Oktober 2013[1057] sieht einen neuen § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b AÜG vor, wonach die Arbeitnehmerüberlassung unwirksam ist, also die Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG greift, wenn der Verleiher bei vorhandener Erlaubnis die Überlassung des Leiharbeitnehmers nicht eindeutig als Arbeitnehmerüberlassung kenntlich macht und als solche bezeichnet.

2. Weitere Fälle bloßer Falschbezeichnung oder Abgrenzungsschwierigkeiten

Zahlreiche weitere Fälle bloßer Falschbezeichnung sind denkbar, bei denen die Herausforderung in der zutreffenden rechtlichen Qualifizierung besteht. Rechtsmissbrauchsfragen stellen sich dort nicht.

1054 *Hamann/Rudnik*, NZA 2015, 449, 451 f.
1055 Im Ergebnis auch: *Hamann/Rudnik*, NZA 2015, 449, 451 f.
1056 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16. Dezember 2013, S. 49.
1057 BT-Drs. 18/14, S. 5.

- Zentral ist insoweit bereits der Arbeitnehmerbegriff, der den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften überhaupt erst eröffnet.[1058] So stellt sich bei »freien Mitarbeitern«[1059], arbeitnehmerähnlichen Personen oder Praktikanten regelmäßig die Frage, ob sie Arbeitnehmer im Sinne arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften oder Beschäftigte im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV sind oder nicht ihre Sonderstellung »missbraucht« wird.
- Weitere Abgrenzungsschwierigkeiten bieten sog. »Null-Stunden-Verträge«, bei denen die Vertragsparteien keinen Mindestumfang für eine zu erbringende Dienstleistung festlegen und zu bestimmen ist, ob es sich um einen Null-Stunden-Dienstvertrag oder um einen Null-Stunden-Arbeitsvertrag handelt.[1060] Hier können TzBfG wie ArbZG »umgangen« werden.

Den Fällen ist gemeinsam, dass der Missbrauchsvorwurf hier keine rechtliche Kategorie ist. Unsicherheiten in der rechtlichen Erfassung einer Gestaltung sind nie Rechtsmissbrauch. Das gilt auch für bewusst herbeigeführte Unsicherheit. Wer den Anwendungsbereich eines Gesetzes (z.B. des MiLoG) durch Beschäftigung einer arbeitnehmerähnlichen Person meidet, missbraucht weder eine Gestaltungsmöglichkeit noch umgeht er das Gesetz. Ein Gesetz, das Geltung für arbeitnehmerähnliche Personen beansprucht, muss das anordnen (z.B. § 12a TVG, § 2 Satz 2 BUrlG, § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG) oder eben darauf verzichten (§ 22 MiLoG[1061]).

III. Zwischenergebnis: Weitreichendes Verständnis der Flankierungsfunktion bei fehlender Rechtfertigung der Entgrenzung

Es besteht eine Tendenz, arbeitsrechtlichen Schutznormen vor allem im Bereich atypischer Beschäftigung über ihren Geltungsanspruch hinaus flankierenden Schutz zu gewähren. Entsprechende Ansätze sind oftmals von dem Willen getragen, auf tatsächliche oder vermeintliche Ausweichbewegungen in der Wirtschaft zu reagieren. Auf die träge Gesetzgebung ist im konfliktträchtigen Arbeitsrecht selten Verlass, weshalb sich einige Arbeitsgerichte wie Arbeitsrechtswissenschaftler zu weitergehender Rechtsgestaltung ermächtigt sehen als ihre Kollegen im übrigen Zivilrecht.

Mit dem Rechtsmissbrauchseinwand lässt sich das nicht bewerkstelligen. Der Rechtsmissbrauch schützt den Geltungsanspruchs einer Rechtsordnung (Flankierungsfunktion). Wer nach Rechtfertigungen für arbeits-

1058 ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rn. 37.
1059 Dazu *Freckmann*, DB 2013, 459.
1060 Instruktiv *Forst*, NZA 2014, 998.
1061 ErfK/*Franzen*, § 22 MiLoG Rn. 1.

rechtliche Entgrenzungstendenzen sucht, müsste darlegen, dass der Geltungsanspruch arbeitsrechtlicher Schutznormen weiter reicht als der Geltungsanspruch in anderen Rechtsgebieten.

Strengere Restriktion der Arbeitnehmerüberlassung oder des Einsatzes von Werkverträgen kann nur der Gesetzgeber regeln.

Reglementiert der Gesetzgeber die Arbeitnehmerüberlassung oder den Werkvertrag strenger, z.B. durch ein Verbot des »Werkvertrages mit Netz«, bieten sich andere Gestaltungsmöglichkeiten an: So z.B. die Trennung der Belegschaft von den Betriebsmitteln durch die Flucht in den (vor allem »unechten«[1062]) Betriebsführungsvertrag, bei dem der Betriebsführer im eigenen Namen handelt.[1063] Dem Betriebsführer, der eigene Arbeitskräfte mitbringt, kommt die Arbeitgeberstellung zu.[1064] Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung droht bei Abschluss eines Betriebsführungsvertrages nie, weil die Eigentümergesellschaft in keinem Fall das Weisungsrecht ausübt.[1065]

D. Zwischenergebnis: Die Entgrenzung der Missbrauchs- und Umgehungslehre

Die arbeitsrechtlichen Fälle zum *institutionellen* Rechtsmissbrauch bestätigen das oben (§ 5) gefundene Ergebnis: Die Anwendung des institutionellen Rechtsmissbrauchs sorgt kaum für Rechtsklarheit und -vorhersehbarkeit. Auf die Rechtsfigur des institutionellen Rechtsmissbrauchs ist deshalb zu verzichten. Eine methodensichere Auslegung ist der bessere Weg. Wo das BAG mit institutionellem Rechtsmissbrauch argumentiert, drängt sich der Eindruck innerer Widersprüchlichkeit auf. Sei es, dass das BAG im Fall der kollektiven Widerspruchsausübung nach § 613a Abs. 6 BGB ausführt, es komme auf das Motiv des Arbeitnehmers nicht an, im Einzelfall könne es aber doch den institutionellen Rechtsmissbrauch begründen. Oder, dass im Fall der (Sachgrund)Kettenbefristung zunächst ein Sachgrund für die Zulässigkeit einer Befristung ausreichen soll, um im nächsten Schritt auszuführen, dass auch eine durch einen Sachgrund gerechtfertigte Befristung rechtsmissbräuchlich sein könne. Diese Widersprüche vermeidet, wer die Kategorie des institutionellen Rechtsmiss-

1062 Zur Unterscheidung zum echten Betriebsführungsvertrag: *Veelken*, Betriebsführungsvertrag, S. 15 ff., 18; MüchKommAktG/*Altmeppen*, § 292 Rn. 144; *Rieble*, NZA 2010, 1145, 1146.

1063 *Rieble*, NZA 2010, 1145; zu gesellschaftsrechtlichen Aspekten: *Köhn*, Der Konzern 2011, 530.

1064 MüchKommAktG/*Altmeppen*, § 292 Rn. 145 m.w.N.; *Rieble*, NZA 2010, 1145, 1147; *ders.*, Neue Wettbewerbsbedingungen, S. 15, 20 f.

1065 *Rieble*, NZA 2010, 1145, 1147 m.w.N.; auch schon *ders.*, Neue Wettbewerbsbedingungen, S. 15, 20 f.

brauchs ablehnt und Tatbestandsmerkmale nach Sinn, Zweck und Funktion des Tatbestandsmerkmals restriktiv auslegt, falls nötig mit Hilfe der teleologischen Reduktion.

Vor allem die Berücksichtigung subjektiver Elemente im Rahmen der institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle entgrenzt die Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs.

Die *individuelle* Rechtsmissbrauchskontrolle weist hingegen keine Entgrenzungstendenzen auf. Dem BAG gelingt ihre Handhabung; Ausreißversuche einzelner LAGe fängt das BAG ein. Die mit der individuellen Rechtsmissbrauchskontrolle verbundene eingeschränkte Motivkontrolle ist bei negativer subjektiver Zweckbindung zulässig.

§ 7 Besonderheiten zweckwidriger Rechtsausübung und Gestaltung im kollektiven Arbeitsrecht

Der »Siegeszug« des Missbrauchseinwands im Arbeitsrecht wurde bisher nur im individuellen Arbeitsrecht aufgezeigt. Besonderheiten hält das kollektive Arbeitsrecht bereit. Ausgangspunkt ist auch im kollektiven Arbeitsrecht die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs. Rechtsmissbrauch ist Zweckentfremdung eines Rechts. Wer zweckwidrigen Einsatz eines Rechts behauptet, muss dessen Zweckbindung darlegen.

A. Tarifautonomie versus Betriebsautonomie

Die Frage nach Zweckbindung im kollektiven Arbeitsrecht ist zugleich die Frage nach privatautonomer Gestaltungsfreiheit.

Das kollektive Arbeitsrecht weist insofern Besonderheiten gegenüber dem Individualarbeitsrecht auf, als die privatautonome Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse eingeschränkt ist. Reichweite und Grenzen der beiden kollektiv-arbeitsrechtlichen Autonomien, Tarifautonomie und Betriebsautonomie, folgen ihrem Geltungsgrund.

I. Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie

Arbeitgeber, Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften sind ausnahmslos Träger von (abgeleiteter)[1066] Privatautonomie. Dem individuellen Arbeitgeber kommt ohne weiteres Tarif- und Privatautonomie zu. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sind unstreitig jedenfalls Träger der Tarifautonomie. Die Tarifautonomie lässt sich aus einem delegativen und einem privatautonomen Ansatz herleiten[1067]:

1066 *E.Picker*, NZA 2002, 761, 768.

1067 Däubler/*ders*., TVG, Einl. Rn. 75; *Waltermann,* RdA 2014, 86, 88 will einen (Misch)Weg gehen, weil die Normsetzungsbefugnis gegenüber Nichtorganisierten privatrechtlich ebenso wenig zu erklären sei wie deren Arbeitskampffreiheit; ähnlich bereits *ders*., FS Söllner, S. 1251, 1266 ff.; auch *Wiedemann*, BB 2013, 1397, 1400 ff.; auch *Däubler* meint, weder der privatautonome noch der delegative Ansatz führten weiter, da sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Maßgaben zu beachten seien. Daher sei Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG und dem TVG selbst heraus zu interpretieren, in: *Däubler*, KJ 2014, 372, 379 ff.

1. Delegationstheorie

Nach der nur noch vereinzelt vertretenen Delegationstheorie hat der Staat seine Regelungsmacht zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf die Koalitionen übertragen. Der Beitritt der Koalitionsmitglieder ist nach *Gamillscheg* (lediglich) »erfreuliche Verstärkung des demokratischen Elements im Gesamtbereich der Tarifautonomie« [1068], aber nicht notwendige Legitimationsgrundlage.

Indes: Die Normsetzungsbefugnis beruht nicht – wie Vertreter der Delegationstheorie und früher auch das BAG mein(t)en[1069] – auf einer Delegation staatlicher Regelungsmacht.[1070] Die Delegationstheorie ist mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren.[1071] Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu regeln, ist keine primäre Staatsaufgabe, sondern von der Verfassung den Koalitionen zugeschrieben.[1072]

2. Der privatautonome Ansatz

Die heute überwiegende Ansicht geht in Übereinstimmung mit dem BAG[1073] davon aus, dass Tarifautonomie kollektiv ausgeübte Privatautonomie ist, mithin ihre Grundlage in der Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien hat.[1074] Durch den Beitritt zur Koalition unterwerfen die Arbeitsvertragsparteien sich der Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen durch die Koalition. Der Geltungsgrund der Tarifautonomie ist im Mandat der Koalitionsmitglieder zu sehen. Tarifautonomie ist »Selbstbestimmung kraft rechtsgeschäftlich erteilter Regelungsmacht«.[1075]

Ordnet man die Tarifautonomie, ohne vermittelnde Wege zu suchen[1076], der Privatautonomie als legitimatorische Grundlage zu, ergeben sich da-

---

1068 *Gamillscheg*, Bd. I S. 560.

1069 So noch BAG 15.1.1955 – 1 AZR 305/54 – BAGE 1, 258; *Henssler*, Tariffähigkeit, S.12.

1070 *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 22 m.w.N. zur früher vertretenen Delegationstheorie.

1071 *Waltermann*, RdA 2014, 86, 88.

1072 *Waltermann*, FS Söllner, 1251, 1256 ff.

1073 BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068, 1076 f.; BAG 7.6.2006 – 4 AZR 316/05 – NZA 2007, 343, 345; BAG 21.7.2004 – 7 AZR 589/03 – ZTR 2005, 255; BAG 25.2.1998 – 7 AZR 641/96 – NZA 1998, 715, 716.

1074 *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 57 ff.; *Dieterich*, FS Schaub, S. 117, 121; *Richardi*, Kollektivgewalt, S. 164; *Rieble*, ZfA 2000, 5 ff.; *ders.*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1305; *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 26; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung, S. 158 ff.; *Kempen*/Zachert, Grundl. Rn. 77 f.

1075 *E.Picker*, NZA 2002, 761, 768; *ders.*, ZfA 1998, 573, 679.

1076 So aber *Waltermann*, RdA 2014, 86, 88; *ders.*, FS Söllner, S. 1251, 1266 ff.; Wiedemann/*Thüsing*, § 1 Rn. 56; ErfK/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 6.

raus Inhalt und Grenzen der Regelungsmacht der Koalitionen, die dann konsequent mit der Regelungsmacht des einzelnen Koalitionsmitglieds korrespondieren.[1077]

3. Folgen für den Rechtsmissbrauchseinwand

Für die Frage des Missbrauchs der Tarifautonomie gelten bereits deshalb die oben getätigten Ausführungen zum Missbrauch der Privatautonomie. Eine immanente Zweckgrenze enthält die Tarifautonomie nicht. Ein zweckwidriger Einsatz tarifautonomer Gestaltungsfreiheit im Sinne eines Rechtsmissbrauchs scheidet daher aus.

Das gölte richtigerweise selbst dann, wenn man Tarifautonomie aus einem delegativen Ansatz begreifen wollte, weil aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt, dass die Tarifparteien die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in eigener Verantwortung und ohne staatliche Einflussnahme gestalten.[1078] Art. 9 Abs. 3 GG ist mit einer Zweckbindung nicht zu vereinbaren. Der Staat hat sich insoweit zurückgenommen.

II. Betriebsautonomie als funktionsgebundene Autonomie

Im Gegensatz zur Tarifautonomie ist die Betriebsautonomie funktionsgebunden.

Anders als Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ist der Betriebsrat kein Träger von Privatautonomie.[1079] Seine Regelungsmacht legitimiert sich nicht aus der abgeleiteten Privatautonomie der Arbeitnehmer[1080], sondern aus staatlicher Delegation.[1081] Entsprechend hat der Betriebsrat Rechte nur insoweit, als sie ihm vom Gesetz verliehen sind, und ist auch nur insoweit (teil)rechtsfähig.[1082] Daraus folgt, dass der Betriebsrat nicht umfassend, sondern nur insoweit zuständig ist, als das Gesetz ihm (abschließend) Aufgaben und Befugnisse zuweist.[1083]

1077 *E.Picker*, NZA 2002, 761, 768.

1078 BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65 – NJW 1970, 1635.

1079 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 26; *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 74 f.; *Franzen*, NZA 2008, 250, 253; *Reichold*, Betriebsverfassung, S. 533: »*non stat contra rationem voluntas*«.

1080 So aber *Lambrich*, Tarif- und Betriebsautonomie, S. 175 ff.; *Ehmann/Lambrich*, NZA 1996, 346, 351; *dies.*, AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG Tarifvorbehalt; *Schoof*, ArbuR 2007, 289, 294.

1081 *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 186 f.; *E.Picker*, NZA 2002, 761, 769; *Franzen*, ZfA 2005, 315, 344.

1082 DKKW/*Wedde*, Einl. Rn. 141 f.; Wlotzke/*Preis*/Kreft, BetrVG, § 1 Rn. 45 f.; *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 275.

1083 *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 183, 275 ff.; *Reichold*, Betriebsverfassung, S. 533; *Konzen*, ZfA 1985, 469, 488 ff.

Die Ausübung von (Mitbestimmungs-)Rechten unterliegt mangels autonomer Legitimation stets einer Funktionsbindung.[1084] Beruht Gestaltungsmacht auf staatlicher Delegation und ist die Autonomie aus der Regelungsmacht des Staates legitimiert, bestimmt sich die Reichweite der Autonomie nach dem Umfang der Übertragung.[1085]

Die Besonderheit des Betriebsverfassungsgesetzes ist die positive Bindung des Betriebsrates an die hinter den Delegations- bzw. Befugnisnormen stehenden Zwecke.[1086]

B. (Keine) Zweckbindung von Tarif- und Betriebsautonomie?

I. Kein »Missbrauch« tariflicher Normsetzungsbefugnis

Ein »Missbrauch« der tariflichen Normsetzungsbefugnis setzt voraus, dass selbige an bestimmte Zwecke gebunden ist und diese mit Tarifnormen verfehlt werden. Eine Zweckbindung kennt die Tarifautonomie als »kollektiv ausgeübte Privatautonomie« aber nicht (allg. zur Privatautonomie § 3 D.II.2.c.).

1. Abweichung von tarifdispositivem Gesetzesrecht am Beispiel des § 9 AÜG

Einer der wenigen Fälle, in denen ein »Missbrauch tariflicher Normsetzungsbefugnis« behauptet wurde, war die Abweichung vom Equal-pay-Gebot nach § 9 Nr. 2 Hs. 2 AÜG durch die Tarifverträge der CGZP.[1087] Wegen dieses »Missbrauchs« sollte die CGZP tarifunfähig gewesen sein.[1088]

a. Argumente für einen Rechtsmissbrauch

So meint *J.Ulber,* der Tarifvertrag, der von der in § 9 Nr. 2 AÜG geregelten Tarifdispositivität Gebrauch mache, müsse einen angemessenen Ausgleich zwischen den verschiedenen Lohnniveaus bei verschiedenen Entleihern schaffen, dürfe aber nicht darauf gerichtet sein, dauerhaft vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzuweichen. Das deute auf einen »Missbrauch der tarifvertraglichen Gestaltungsmacht« hin: »Die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien im Rahmen der Tarifautonomie und auf Grundlage von § 9 Nr. 2 AÜG finde[t] ihre Grenze dort, wo die verfassungsrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit zum Instrument der Selbstent-

1084 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 26; *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 279.
1085 *E.Picker*, NZA 2002, 761, 769.
1086 Ausführlich *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 279 ff.
1087 *J.Ulber*, NZA 2009, 232, 237; J.Ulber/*ders.*, § 9 Rn. 209; *Schüren*, ArbuR 2008, 239; *Schindele*, ArbuR 2008, 31, 36; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 10.
1088 *Schüren*, ArbuR 2008, 239 ff.

mündigung pervertiert wird«.[1089] Die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz des AÜG sei auch für die Tarifparteien nur mit sachlichem Grund möglich, die Grenze zur Willkür überschritten, wenn das Ziel des Tarifvertrages sei, Lohnkosten zu senken und den Profit zu erhöhen.[1090]

b. Argumente gegen Rechtsmissbrauch und Umgehung

Dieser Versuch, Tarifverträge mit Umgehungsschutz auszustatten, misslingt aus mehreren Gründen:

aa. Tarifzensur

Zuerst ist die Frage nach dem Ziel des Tarifvertrages eine unzulässige Motivkontrolle. Jene Motivkontrolle ist Tarifzensur[1091] oder unrechtmäßige Rechtskontrolle[1092], weil die privatautonome Rechtsordnung und auch der Rechtsmissbrauchseinwand kein Gesinnungsrecht kennt und das bloße Gewinnstreben nicht sanktioniert. Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages setzt eine freie Einigung der beteiligten Parteien voraus. Das Verhandlungsergebnis hat der erkennende Richter zu akzeptieren. Seine Gerechtigkeitsvorstellung ist irrelevant.[1093] Von den Tarifvertragsparteien zu verlangen, bei Abschluss des Tarifvertrages die »richtigen« Ziele zu verfolgen, ließe jene Richtigkeitsgewähr entfallen, weil kein freier Einigungsprozess der Parteien möglich wäre.[1094]

Tatsächlich gewährt der Tarifvertrag eine höhere Richtigkeitsgewähr als der individuell ausgehandelte Arbeitsvertrag, weil eine etwaige strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers[1095] durch die kollektivierte Verhandlungsmacht ausgeglichen wird.[1096] Darauf ist die Tarifautonomie angelegt.[1097]

bb. Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsgrundrecht

Das Sozialstaatsprinzip kann ebenso wenig gegen die tarifliche Abweichung vom Equal-pay-Gebot in Stellung gebracht werden[1098], weil jenes die tarifliche Normsetzungsbefugnis nicht begrenzt, vielmehr nur den

1089 *J.Ulber*, NZA 2009, 232, 237.
1090 *J.Ulber*, NZA 2009, 232, 237; J.Ulber/*ders.*, § 9 Rn. 209.
1091 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 909.
1092 *Vielmeier*, Tarifzensur, S. 118 f.
1093 *Greiner*, Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, S. 240.
1094 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 194 ff. m.w.N.
1095 Dazu BVerfG 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 – NZA 2007, 85, 87 m.w.N.
1096 Ständige Rechtsprechung, nur BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – NZA 2015, 115, 119.
1097 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 »Aussperrung« – NZA 1991, 809, 811.
1098 So aber: J.Ulber/*ders.*, § 9 Rn. 209.

Staat verpflichtet.[1099] Selbst wenn man dem Tarifvertrag eine arbeitsmarktbezogene Ordnungsfunktion und damit eine sozialstaatliche Funktion zugestehen will[1100], folgt daraus keine Regelungspflicht.[1101] Art. 9 Abs. 3 GG ist Freiheitsgrundrecht.[1102]

cc. Die Funktion tarifdispositiven Gesetzesrechts

Des Weiteren kann tarifdispositives Gesetzesrecht nicht durch tarifliche Normsetzungsbefugnis missbraucht werden. Gesetze sind tarifdispositiv, soweit sie gerade auch die Abweichung nach unten gestatten.[1103] Die Abweichung von tarifdispositivem Gesetzesrecht ist *Gebrauch* eines Rechts. Wäre die Abweichung nach unten nicht gestattet, handelte es sich um zwingendes und gerade nicht um dispositives Recht. Beim Equal-pay-Gebot ist die Abweichung nach unten sogar verfassungsrechtlich geboten: Das BVerfG hat entschieden, dass die Entgeltgleichheit der Leiharbeitnehmer unter anderem mit der Tarifautonomie zu vereinbaren ist, weil es tarifdispositiv ausgestaltet ist.[1104] Fehlt eine Regelung, die gesetzliche Lohnvorgaben tarifdispositiv stellt, besteht ein im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Tarifautonomie.[1105]

Wäre die Abweichung von tarifdispositivem Gesetzesrecht an bestimmte Voraussetzungen gekoppelt, müsste die tarifdispositive Norm jene Voraussetzungen genauer bestimmen. Andernfalls bleibt es bei der auch für Tarifverträge geltenden Grenze der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB.[1106]

dd. Keine ergänzende Tarifauslegung und Tarifextension durch Rechtsmissbrauch

Erst recht wäre es falsch, mit dem Argument des (institutionellen) Rechtsmissbrauchs und einer vermeintlichen Zweckverfehlung Tarifnormen einen anderen Inhalt zu geben. Die ergänzende Auslegung von Tarifverträgen ist nicht mit vermeintlicher Zweckverfehlung zu rechtfertigen, denn sie ist eine Regelungsfrage, auf die die Tarifparteien zu antworten haben.[1107] Nur sie können ihren Tarifvertrag anpassen.

1099 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 906.
1100 Etwa Wiedemann/*ders.*, TVG, Einl. Rn. 13 ff.; **a.A**. *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 36 f.; *Kempen*/Zachert, TVG, Grundl. Rn. 124 f.
1101 BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 – NJW 1966, 2305, 2306.
1102 ErfK/*Linsenmaier*, Art. 9 GG Rn. 53.
1103 *Jacobs*, ZfA 2010, 27, 48.
1104 BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03 – NZA 2005, 153, 154; *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 184.
1105 Richtig: *Lobinger*, JZ 2014, 810, 815.
1106 *Jacobs*, ZfA 2010, 27, 48.
1107 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1522.

c. Zwischenergebnis – Kein Rechtsmissbrauch durch Abweichung von tarifdispositivem Recht

Ein Missbrauch der Normsetzungsbefugnis im technischen Sinne scheidet aus. Normsetzungsbefugnis kann nur bestehen oder nicht: Insofern kann hier eine Regelung allein an fehlender (sachlicher oder persönlicher) Tarifmacht scheitern, so dass sie mangels Normsetzungsbefugnis unwirksam ist.[1108]

2. Die tariflich erweiterte sachgrundlose Befristungsmöglichkeit

Die Reichweite der tariflichen Normsetzungsbefugnis und ihr potentieller »Missbrauch« beschäftigte das BAG ebenso im Befristungsrecht.[1109]

a. § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG und Anwendungsbereich des Unionsrechts

§ 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG ermöglicht den Tarifvertragsparteien, abweichend von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG sowohl die Gesamtdauer als auch die Gesamtzahl sachgrundloser Befristungen durch Tarifvertrag zu erhöhen.[1110] Eine Höchstgrenze sieht die Norm nicht vor. Der Konflikt zu § 5 der Rahmenvereinbarung im Anhang der Befristungsrichtlinie drängt sich auf.[1111] Weil das TzBfG und auch § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG die Befristungsrichtlinie umsetzen, steht insoweit das deutsche Tarifrecht im Anwendungsbereich des Unionsrechts und unter dem Vorbehalt der Unionsrechtskonformität.[1112]

b. Unionsrechtliche Grenzen der tariflich verlängerten sachgrundlosen Befristung

Vor dem BAG hatte eine Höchstdauer von 42 Monaten bei gleichzeitig höchstens vier Verlängerungen Bestand.[1113] In einer neueren Entscheidung erachtete das BAG auch eine Höchstdauer von 48 Monaten bei maximal

1108 Zu den Folgen fehlender Tarifmacht *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 502.

1109 BAG 18.3.2015 – 7 AZR 272/13 – juris; BAG 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45.

1110 Nach ganz herrschender Ansicht ist das Wort »oder« in § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG als »und/oder« zu verstehen: BAG 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45, 46 f.; APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 403; *Meinel*/Heyn/Herms, § 14 Rn. 223; ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 101a.

1111 Mit Bedenken i.H.a. die Unionsrechtskonformität: *Loth/D.Ulber*, NZA 2013, 130, 134.

1112 Vgl. EuGH 8.9.2011 – C-297/10 u. 298/10 »Hennigs« – NZA 2011, 1100.

1113 BAG 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45, 49.

sechs Verlängerungen für wirksam.[1114] Genaue Grenzen definierte das BAG in beiden Entscheidungen nicht.[1115]

Bisher noch nicht definierte Grenzen sind die unionsrechtlichen[1116] (§ 5 Nr. 1a-c der Rahmenvereinbarung der Sozialpartner, RL 1999/70/EG; Art. 15 GRC) und verfassungsrechtlichen (Art. 12 GG – Mindestbestandsschutz des Arbeitsverhältnisses). Damit hat das BAG zu verhindern, dass das Sachgrunderfordernis in Abs. 1 konterkariert und die sachgrundlose Befristung zum Regelfall wird.[1117]

Mit dem Rechtsmissbrauchseinwand wird das indes nicht gehen. Der vom BAG angedeutete Rückgriff[1118] auf die seit der *Kücük*-Entscheidung bekannte (institutionelle) Missbrauchskontrolle (§ 6 C.I.1.b.aa.) ginge rechtsmethodisch fehl, weil keine einzelfallbezogene Missbrauchskontrolle, sondern die Kontrolle einer abstrakt-generellen Regelung in Rede stünde.[1119] Unabhängig von der Frage, welche konkrete Grenze das Unionsrecht für tariflich erweiterte sachgrundlose Befristungen fordert, handelt es sich bei der Überschreitung dieser Grenze um kollidierendes höherrangiges Recht, nicht um Rechtsmissbrauch.

c. Keine teleologische Reduktion mit Hilfe des Rechtsmissbrauchs

In diesem Fall rechtfertigt aber allein der Verstoß gegen höherrangiges Recht eine etwaige teleologische Reduktion der Tarifnorm, weil so ihre Unwirksamkeit zu verhindern ist. In die Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien greift der Richter dann nicht ein.[1120] Das Rechtsmissbrauchsargument rechtfertigt eine teleologische Reduktion indes aus zwei Gründen nicht. Zum einen scheidet eine für den (institutionellen) Rechtsmissbrauch nötige Zweckverfehlung nach hier vertretenem privatautonomen Ansatz aus (§ 7 B.I.). Zum anderen ermächtigt bloße Zweckverfehlung den Richter nicht dazu, einer tariflichen Regelung die Wirksamkeit zu versagen, weil nur den Tarifvertragsparteien ein Regelungs-

1114 BAG 18.3.2015 – 7 AZR 272/13 – juris Rn. 31.
1115 *Francken* sieht die Grenze bei 4 Jahren und einer maximal sechsmaligen Verlängerung erreicht, in: NZA 2013, 122, 124.
1116 Die unionsrechtlichen Vorgaben sind hier unklar, weil sich der EuGH bisher noch nicht dazu geäußert hat, ob die Richtlinie eine Höchstgrenze für Gesamtdauer und –zahl an Befristungen vorsieht. Folglich hätte das BAG diese Frage dem EuGH ebenso vorzulegen, wie die Frage, ob § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG ohne Höchstgrenze unionsrechtskonform ist: *Loth/D.Ulber*, NZA 2013, 130, 133 f.
1117 BAG 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45, 47 ff.
1118 BAG 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45, 48.
1119 Sehr klar: *Loth/D.Ulber*, NZA 2013, 130, 132 f.
1120 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1525.

recht zukommt, solange die Tarifnorm nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.[1121]

II. Missbrauch betriebsverfassungsrechtlicher Rechte

1. Zweckwidrigkeit als missbrauchsbegründendes Kriterium

Die Besonderheit des Betriebsverfassungsrechts besteht in der Zweckbindung der dem Betriebsrat gewährten Befugnisse, weil jenem keine originäre Autonomie zukommt. Deshalb kommt hier eine zweckverfehlende Rechtsausübung in Betracht. Nicht jede Zweckverfehlung ist indes Rechtsmissbrauch. Es kann ebenso Rechtsbruch gegeben sein.

a. Unterrichtungsrechte nach § 80 Abs. 2 BetrVG

Keine »echten« Missbrauchsfragen werfen das Unterrichtungsrecht des Betriebsrates nach § 80 Abs. 2 Satz 1 und 2 BetrVG sowie das Einblicksrecht in Gehaltslisten nach Satz 2 Hs. 2 auf, weil ihr Anwendungsbereich durch die Befugnisnorm begrenzt ist.

§ 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG gewährt dem Betriebsrat ein allgemeines Informationsrecht, soweit die Informationen zur Durchführung seiner Aufgaben nach dem BetrVG erforderlich sind.[1122] Hierzu sind ihm nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen und der Betriebsrat ist berechtigt, in Lohn- und Gehaltslisten Einblick zu nehmen. Benötigt der Betriebsrat eine Information nicht, um seine Aufgaben zu erfüllen, besteht schon kein Informationsrecht.[1123] Die gleichwohl erfolgende Geltendmachung eines Informationsanspruchs wäre zwar zweckwidrig, aber kein Rechtsmissbrauch, weil schon formal kein Recht besteht, sondern Rechtsanmaßung.

Es bleibt die Sachverhaltsgestaltung, in der objektiv ein Unterrichtungs- und Einblicksrecht besteht, der Betriebsrat die gewonnenen Informationen aber zweckfremd, d.h. nicht ausschließlich zur Erfüllung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben nutzt. Jene zweckfremde Nutzung wäre, weil objektiv ein Unterrichtungs- bzw. Einblicksrecht besteht, zwar kein Rechtsmissbrauch, aber im Moment der zweckwidrigen Nutzung ein Rechtsbruch:

Gibt das Betriebsratsmitglied die aufgrund eines bestehenden Informationsanspruchs rechtmäßig erlangten Daten an Dritte weiter (z.B. die Höhe des Gehalts an die Gewerkschaft, um den abgeführten Gewerkschaftsbeitrag zu kontrollieren oder der Gewerkschaft Vorteile im Arbeitskampf zu

1121 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1525.
1122 ErfK/*Kania*, § 80 Rn. 17.
1123 Richardi/*Thüsing*, § 80 Rn. 51 m.w.N.

verschaffen), ist das ein Rechtsverstoß (§ 79 BetrVG) mit Sanktionsmöglichkeit nach § 23 BetrVG und § 120 BetrVG.[1124]

b. § 99 BetrVG – die angemaßte Zustimmungsverweigerung

Übt der Betriebsrat sein Zustimmungsverweigerungsrecht aus § 99 BetrVG zweckwidrig aus, *missbraucht* er seine Befugnisse nicht in jedem Fall. *Rechtsbruch* ist auch hier möglich. Betriebsräte versuchen teilweise, die Zustimmung zu personellen Einzelmaßnahmen an unzulässige Gegenleistungen zu koppeln und nutzen ihr Zustimmungsverweigerungsrecht insofern zweckwidrig.[1125] Indes: Ein Rechtsmissbrauch des Zustimmungsverweigerungsrechts ist das nicht.

Besteht kein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG und verweigert der Betriebsrat die Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme, ist das kein Missbrauch, sondern Anmaßung eines schon formal nicht bestehenden Rechts, mithin Rechtsbruch. Umgekehrt macht das unlautere Motiv die ausgeübte Zustimmungsverweigerung nicht zum Rechtsmissbrauch, wenn objektiv ein Zustimmungsverweigerungsrecht besteht.

aa. Beispiel – Leiharbeitnehmereinsatz

Die Gewerkschaft *ver.di* rät in einer Leiharbeitsbroschüre Betriebsräten, das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG als Instrument gegen die unerwünschte Leiharbeit zu nutzen, »um sich Lohn- und Beschäftigungsdumping im Betrieb zu widersetzen«. Der Arbeitgeber müsse dann in jedem Einzelfall Zustimmungsersetzung beantragen (§ 99 Abs. 4 BetrVG), der Betriebsrat könne einen Anwalt einschalten und jenen habe der Arbeitgeber zu bezahlen (§ 40 BetrVG).[1126]

[1] Rechtsanmaßung statt Rechtmissbrauch

Das ist keine Anleitung zum Rechtsmissbrauch, sondern zur Rechtsanmaßung.

Das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG kann nur bestehen oder nicht. § 99 Abs. 2 BetrVG enthält in den Nr. 1-6 eine abschließende Aufzählung der Gründe, aus denen der Betriebsrat die Zu-

1124 Zu betriebsverfassungs- und strafrechtlichen Sanktionen: *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 109 ff.

1125 Mit zahlreichen Beispielen: *Eich*, ZfA 1988, 93, 95 f.

1126 Prekäre Beschäftigung eindämmen – Leiharbeit, Was tun?, S. 61; abrufbar unter: http://www.hundertprozentich.de/images/stories/einhundertprozentich/pdfs/bro_leiharbeit_fb13_fb2.pdf [zuletzt abgerufen: 30.9.2015]; umfassend dazu *Sieweke*, NZA 2012, 426.

stimmung zu einer personellen Maßnahme verweigern kann.[1127] Eine Zustimmungsverweigerung, die sich auf keinen der genannten Gründe stützen kann, ist unwirksam.

[2] Identifikation und Umgang mit der Rechtsanmaßung

Praktische Probleme bereiten Identifikation und Umgang mit der angemaßten Zustimmungsverweigerung.

[a] Anforderungen an die Begründung der Zustimmungsverweigerung

Bei der Identifikation hilft die Begründungspflicht nach § 99 Abs. 3 BetrVG: Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so hat er dies unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem schriftlich mitzuteilen, § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Zwar braucht diese Begründung nicht schlüssig zu sein, doch genügt die bloße Wiedergabe des Normtextes nicht. Der Betriebsrat hat auf einen der genannten Zustimmungsverweigerungsgründe Bezug zu nehmen und es muss wenigstens möglich erscheinen, dass jener gegeben ist.[1128] Vor allem die weiten Nr. 3 und 6 bedürfen des Vortrages konkreter Tatsachen, weil das Gesetz eine durch Tatsachen begründete Besorgnis verlangt.[1129]

Die offensichtlich auf keinen der Verweigerungsgründe Bezug nehmende Begründung ist unbeachtlich mit der Folge, dass nach Ablauf der Wochenfrist die Zustimmung als erteilt gilt.[1130]

[b] Umgang mit der angemaßten Zustimmungsverweigerung

Weil dem Arbeitgeber kein materielles Prüfungsrecht zukommt[1131], dürften die wenigsten Zustimmungsverweigerungen an einem offensichtlichen Begründungsmangel scheitern, so dass dem Arbeitgeber allein der Gang zum Arbeitsgericht bleibt gem. § 99 Abs. 4 BetrVG.[1132] Dort sind nachgescho-

1127 *Junker*, Grundkurs, Rn. 765.

1128 Zum Ganzen: BAG 21.7.2009 – 1 ABR 35/08 – NZA 2009, 1156, 1157; *Fitting*, § 99 Rn. 262; DKKW/*Bachner*, § 99 Rn. 184; Richardi/*Thüsing*, § 99 Rn. 266.

1129 BAG 21.7.2009 – 1 ABR 35/08 – NZA 2009, 1156, 1157; BAG 9.12.2008 – 1 ABR 79/07 – NZA 2009, 627, 630; BAG 11.6.2002 – 1 ABR 43/01 – NZA 2003, 226, 228; Richardi/*Thüsing*, § 99 Rn. 269.

1130 *Fitting*, § 99 Rn. 263; DKKW/*Bachner*, § 99 Rn. 184; Richardi/*Thüsing*, § 99 Rn. 266.

1131 *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 263 m.w.N.

1132 Ähnlich: *Sieweke*, NZA 2012, 426, 430, der die angemaßte Zustimmungsverweigerung als Rechtsmissbrauch ansieht.

bene Zustimmungsverweigerungsgründe nicht berücksichtigungsfähig.[1133] Der »mutige« Arbeitgeber, der sich auf den offensichtlichen Begründungsmangel beruft und die personelle Einzelmaßnahme ohne Anrufung des Arbeitsgerichts durchführt, läuft Gefahr, in das Zwangsgeldverfahren nach § 101 BetrVG zu geraten[1134] und gegen das betriebsverfassungsrechtliche Beschäftigungsverbot zu verstoßen. Der sicherheitsorientierte Arbeitgeber wird daher selbst bei »grenzwertiger« Zustimmungsverweigerung einen Antrag auf Feststellung, dass die Zustimmung als erteilt gilt, mit dem Eventualantrag, die verweigerte Zustimmung zu ersetzen, verbinden.[1135] Der Weg über eine einstweilige Verfügung besteht nicht, weil § 100 BetrVG insoweit abschließende Sonderregelung ist.[1136]

Selbst im Fall der von *ver.di* geratenen Rechtsanmaßung wird sich der Gang zum Arbeitsgericht oft nicht vermeiden lassen, sofern der die Zustimmung verweigernde Betriebsrat zu einem der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründe Tatsachen vorträgt.

[3] Zustimmungsverweigerungsgründe beim Leiharbeitnehmereinsatz

Hierbei gilt: Bei dem Einsatz von Leiharbeitnehmern kommt ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nicht allein wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Equal-pay-Gebot in Betracht, weil die personelle Maßnahme selbst gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen muss.[1137] Ein Fall des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist hingegen gegeben, wenn eine nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung stattfinden soll.[1138]

Umgekehrt schadet das »falsche« Motiv, d.h. die subjektive Zweckverfehlung nicht, wenn objektiv ein Zustimmungsverweigerungsgrund gegeben ist. Denn dann ist auch ein »richtiges« Motiv gegeben. Das im Fall dauerhaft geplanter Arbeitnehmerüberlassung ausgeübte Zustimmungsverweigerungsrecht ist weder Rechtsmissbrauch noch Rechtsanmaßung, selbst wenn der Betriebsrat damit eine generelle Zurückdrängung der Arbeitnehmerüberlassung im Betrieb erreichen will.

1133 BAG 7.11.2010 – 7 ABR 120/09 – NZA-RR 2011, 415; GK-BetrVG/*Raab*, § 99 Rn. 220.
1134 Dazu *Junker*, Grundkurs, Rn. 767.
1135 GK-BetrVG/*Raab*, § 99 Rn. 225.
1136 GK-BetrVG/*Raab*, § 99 Rn. 226.
1137 BAG 21.7.2009 – 1 ABR 35/08 – NZA 2009, 1156, 1157 ff.
1138 BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11 – NZA 2013, 1296, 1297.

[4] Der Umgang mit provozierten Zustimmungsersetzungsverfahren

Gelingt dem Arbeitgeber der Nachweis, dass der Betriebsrat vorsätzlich Zustimmungsersetzungsverfahren provoziert, allein um Kosten zu produzieren, wie es die oben zitierte Broschüre von *ver.di* nahelegt, ist das bei *fehlendem* Zustimmungsverweigerungsrecht Rechtsbruch. Selbst wenn ein Zustimmungsverweigerungsrecht tatsächlich besteht, ist die Zustimmungsverweigerung, die nur Kosten produzieren soll, vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung mit der Folge einer gegen die Betriebsratsmitglieder, die dem Verweigerungsbeschluss zustimmten, gerichteten persönlichen Haftung aus §§ 826, 830, 840 BGB.[1139] Der Fall ist ohne weiteres vergleichbar mit jenem, in dem der Arbeitgeber eine grotesk hohe Widerklage als Reaktion auf eine Kündigungsschutzklage erhebt, um die Rechtsverfolgungskosten des Arbeitnehmers in die Höhe zu treiben. Dort haftet der Arbeitgeber aus § 826 BGB.[1140]

Ist die Schädigung das einzige Motiv, ist die Zustimmungsverweigerung freilich unbeachtlich, so dass es beim »mutigen« Arbeitgeber nicht zum Zustimmungsersetzungsverfahren kommt.

Stellt sich beim sicherheitsorientierten Arbeitgeber, der stets den Weg zum Arbeitsgericht wählt (§ 99 Abs. 4 BetrVG), im Verfahren heraus, dass die Zustimmungsersetzung Rechtsanmaßung war, trifft den Arbeitgeber nicht die Kostenlast des § 40 Abs. 1 BetrVG (Anwaltskosten), weil die Kosten mangels Erforderlichkeit nicht *durch* die Betriebsratstätigkeit entstanden sind. Weil der zwischen Betriebsrat und Anwalt geschlossene Vertrag in diesem Fall mangels Rechtsfähigkeit des Betriebsrats unwirksam ist, haftet das handelnde Betriebsratsmitglied dem beauftragten Rechtsanwalt als *falsus procurator* nach § 179 Abs. 1 BGB analog.[1141] Die analoge Anwendung des § 179 Abs. 1 beim Handeln für eine nicht rechtsfähige juristische Person ist anerkannt.[1142]

bb. Zwischenergebnis – angemaßte Zustimmungsverweigerung

Der Missbrauch des Zustimmungsverweigerungsrechts nach § 99 BetrVG wirft in der Regel keine »echten« Rechtsmissbrauchsfragen, sondern meist Rechtsanmaßungsfragen auf, weil das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG entweder besteht oder nicht. Eine Schikane

1139 *Fitting*, § 1 Rn. 214 ff. insbes. 217; GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 85.
1140 ArbG Leipzig 10.5.2006 – 17 Ca 7564/05 – ArbuR 2007, 53.
1141 BGH 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382.
1142 Staudinger/*Schilken*, § 179 Rn. 22; *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1466.

(§ 226 BGB) kommt kaum in Betracht, weil bei objektiv bestehendem Zustimmungsverweigerungsrecht stets ein weiterer Zweck der Zustimmungsverweigerung neben der Schädigung des Arbeitgebers denkbar ist. Maßt sich der Betriebsrat Zustimmungsverweigerungsrechte an, um eine personelle Einzelmaßnahme zu verzögern, bleibt allein der Weg über das Zustimmungsersetzungsverfahren des § 99 Abs. 4 BetrVG ohne Möglichkeit einstweiliger Verfügungen. Das ist v.a. im Wiederholungsfall unbefriedigend, aber im Betriebsverfassungsgesetz angelegt. Gelingt der schwer zu führende Nachweis der wiederholten Rechtsanmaßung, bliebe allein die betriebsverfassungsrechtliche Sanktion des § 23 Abs. 1 BetrVG.

c. § 87 BetrVG – Koppelungsgeschäfte

Prominente Fälle des Rechtsmissbrauchs sind im Betriebsverfassungsrecht die Koppelungsgeschäfte, bei denen der Betriebsrat sein Handeln an eine Gegenleistung koppelt. Sie kommen vor allem im Zusammenhang mit § 87 BetrVG vor.

aa. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen als Ursache der Koppelungsproblematik

Beteiligt der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht, obwohl jenem ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG zusteht, droht zumindest bei Maßnahmen, die den Arbeitnehmer belasten, deren Unwirksamkeit (Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen).[1143] Wegen dieser Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen haben Koppelungsgeschäfte besonders im Eilfall ihre Brisanz. Denn der Arbeitgeber ist auf schnelle Mitbestimmung angewiesen.[1144]

bb. Rechtsmissbrauch aufgrund Zweckverfehlung

Jene Koppelungsgeschäfte werfen die Frage nach Zweckverfehlung auf, weil bei ihnen im Gegensatz zu den Rechtsanmaßungsfällen des § 99 Abs. 2 BetrVG, formal ein (Mitbestimmungs)Recht besteht, der Betriebsrat im Mitbestimmungsverfahren aber unlautere Motive verfolgt. Der Betriebsrat nutzt die partielle Abhängigkeit des Arbeitgebers (beispielsweise bei der Anordnung von Überstunden) und stimmt einer (oft eilbedürftigen) Maßnahme nur zu, wenn der Arbeitgeber ihm an anderer Stelle entgegenkommt. Der Betriebsrat verlangt die Erfüllung von Forderungen, die er sonst nicht verlangen kann und die mit dem jeweiligen Mitbestim-

1143 Ständige Rechtsprechung, etwa BAG 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – NZA 2004, 852, 856 m.w.N.; *Gutzeit*, NZA 2008, 255, 256 ff. **diff**. Richardi/*ders*., § 87 Rn. 101 ff.

1144 *Franzen*, ZfA 2005, 315, 344.

mungsrecht oft in keinem Zusammenhang stehen.[1145] Neben der (hier nicht zu behandelnden) Frage nach der Strafbarkeit[1146] eines solchen Vorgehens, stellt sich die Frage, ob der Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte zweckwidrig, mithin rechtsmissbräuchlich ausübt.

[1] Normzwecktheorie

Die Zweckverfehlung (des Mitbestimmungsrechts) ergibt sich nach einer Ansicht aus der Koppelung der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme an eine zwar regelbare, aber nicht der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegende Gegenleistung, sofern zwischen Forderung des Betriebsrats und mitbestimmungspflichtiger Maßnahme kein sachlicher Zusammenhang besteht.[1147]

Weitergehend nehmen einige an, eine Koppelung sei im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung zulässig, wenn der Betriebsrat mit jener nicht versuche, die ihm vom BetrVG zugeschriebenen Kompetenzen zu erweitern, d.h. er die angekoppelte Forderung ohne das Koppelungsgeschäft ohne oder gegen den Willen des Arbeitgebers erreichen könnte.[1148] Zulässig seien Koppelungsforderungen, bei denen dem Betriebsrat ein Initiativrecht, ein Rechtsanspruch oder eine Annexkompetenz zukomme.[1149] Das gelte selbst dann, wenn kein Sachzusammenhang zu der Hauptangelegenheit bestehe.[1150] Strenger hält *C.Fritz* angekoppelte *freiwillige* Betriebsvereinbarungen für *unzulässig*, auch wenn ein sachlicher Zusammenhang zum erzwingbaren Mitbestimmungsrecht besteht.[1151]

[2] Gegenansicht: Unbegrenzte Koppelungserlaubnis

Die Gegenansicht hält Koppelungsgeschäfte für »normale« Verhandlungsmechanismen und gesteht dem Betriebsrat weitreichende Gestaltungs- bzw. Koppelungsfreiheit zu. Eine Zweckbindung ließe sich § 87 BetrVG nicht entnehmen, ein »Koppelungsverbot« gebe es nicht. Anders als § 99 BetrVG erfordere § 87 BetrVG nicht, Zustimmungsverweige-

1145 *Eich*, ZfA 1988, 93.

1146 Zu einer etwaigen Strafbarkeit der an der Koppelung beteiligten Betriebsratsmitglieder: *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758, 760 ff.

1147 GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 361; HWGNRH/*Worzalla*, § 87 Rn. 45; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 82; *Brossette*, ZfA 1992, 379, 396 ff.; *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 282 ff.

1148 *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 98 ff.; *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 116 ff.

1149 *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 116 ff.

1150 *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 118; wohl auch *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 101 f.

1151 *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 117; mit Hinweis auf **a.A.** *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 821, für den die Kompetenz zum Abschluss einer freiwilligen Betriebsvereinbarung genüge.

rungsgründe darzulegen.[1152] Erst die Sittenwidrigkeit markiere die Grenze zulässiger Koppelung, denn im Betriebsverfassungsrecht sei alles erlaubt, was nicht verboten sei. Im Gegenteil seien Koppelungsgeschäfte begrüßenswert, weil sie zu raschen Einigungen führten.[1153]

Bestätigt sieht sich diese Ansicht durch ein Urteil des BAG[1154], in welchem jenes entschied, der Arbeitgeber dürfe eine freiwillige Leistung an eine Einigung in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit koppeln.[1155]

Das Motiv des Betriebsrats sei daher irrelevant. Die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG vertrügen keine Motivzensur.[1156] Die objektiv oder subjektiv zweckwidrige Ausübung eines Mitbestimmungsrechts durch den Betriebsrat soll demnach kein Rechtsmissbrauch sein.[1157] Selbst im Eilfall bliebe dem Arbeitgeber nur der Weg in die Einigungsstelle.[1158]

[3] Stellungnahme

Es kann nicht überzeugen, grenzenlose Koppelung im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung zuzulassen, weil diese Entgrenzung nicht mehr mit dem System des BetrVG zu vereinbaren ist[1159]: Das gestufte System erzwingbarer und freiwilliger Mitbestimmung würde konterkariert, wenn der Betriebsrat jede seiner Forderungen an ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht koppeln dürfte.[1160] Ließe sich jede (nach § 88 BetrVG zulässige) Forderung an ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht koppeln, würde jede Forderung erzwingbar. Allein der (un)günstige Zeitpunkt machte aus freiwilliger Mitbestimmung eine erzwingbare. Die von § 88 BetrVG vorausgesetzte Abschlussfreiheit des Arbeitgebers wäre beeinträchtigt.[1161]

1152 *Fitting*, § 87 Rn. 27; DKKW/*Klebe*, § 87 Rn. 16; *U.Fischer*, FS Bauer, S. 315, 320 ff.; LAG Nürnberg 6.11.1990 – 4 TaBV 13/90 – NZA 1991, 281.

1153 *v.Hoyningen-Huene*, NZA 1991, 7, 10 f.; *Schoof*, ArbuR 2007, 289, 294: »ethisch und moralisch hochwertiges Verhalten«.

1154 BAG 18.9.2007 – 3 AZR 639/06 – NZA 2008, 56.

1155 *Fitting*, § 87 Rn. 27;

1156 ArbG Berlin 21.11.2008 – 28 BVGa 18414/08 – juris Rn. 48; ebenso wohl LAG Nürnberg, NZA 1991, 281.

1157 So entschieden von ArbG Berlin 21.11.2008 – 28 BVGa 18414/08 – juris Rn. 53.

1158 *Fitting*, § 87 Rn. 27.

1159 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 78: »[...] betrifft letztlich die Funktionsfähigkeit des Mitbestimmungssystems [...]«.

1160 *Gentz*, NZA 2004, 1011 f.

1161 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 87 ff.; *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 110 f.

Der von der Ansicht, die umfassende Koppelung gestatten will, angeführte Vergleich von § 87 mit § 99 BetrVG begründet nicht die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften. Denn § 87 BetrVG regelt mit seinen unterschiedlichen Mitbestimmungstatbeständen nicht nur eine ungleich höhere Zahl an Sachverhalten, sondern betrifft Regelungsfragen mit Beurteilungsspielraum, für welche die Nennung von Zustimmungsverweigerungsgründen kaum möglich wäre.[1162]

Wer die Koppelungsbefugnis des Betriebsrates mit der Koppelungsbefugnis des Arbeitgebers rechtfertigt, irrt systemisch[1163]: Betriebsrat und Arbeitgeber sind nicht wie beliebige aus dem allgemeinen Zivilrecht bekannte Akteure zu behandeln. Anders als dem Arbeitgeber kommt dem Betriebsrat keine privatautonome Gestaltungsfreiheit zu. Der Betriebsautonomie ist Zweckbindung immanent. Den Betriebsrat trifft daher eine Zweckerfüllungspflicht, die sich am konkreten Mitbestimmungsrecht zu orientieren hat.[1164] So darf der Arbeitgeber selbstverständlich eine freiwillige Leistung an eine Einigung in einer nach § 87 BetrVG mitbestimmten Angelegenheit koppeln, weil er ohne weiteres die freiwillige Leistung gewähren dürfte. Über dieses »Ob« darf der Betriebsrat nicht entscheiden. Anders als der Betriebsrat weitet der Arbeitgeber mit Abschluss eines Koppelungsgeschäfts seine Macht nicht irregulär aus.

Auch das Motivzensurargument, wonach es irrelevant sei, welche Ziele der Betriebsrat mit einem Koppelungsgeschäft verfolge, streitet nicht für die Ansicht, die unbegrenzte Koppelung zulassen will. Denn dem Betriebsrat kommt gerade keine privatautonome Gestaltungsfreiheit zu, die eine freie Willensherrschaft ermöglichte. Die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG sind wie alle betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse zweckgebunden. Die zweckwidrige Rechtsausübung durch den Betriebsrat ist eine Handlung *ultra vires* und jenseits der Rechtsfähigkeit des Betriebsrats.

Im Rahmen der Normzwecktheorie bleibt die Entscheidung, ob »nur« ein sachlicher Zusammenhang erforderlich ist oder ob dem Betriebsrat ein Initiativrecht, eine Annexkompetenz oder ein Rechtsanspruch hinsichtlich der angekoppelten Forderung zukommt.

Die Lösung muss aus der Reichweite der Betriebsautonomie folgen: Kommt dem Betriebsrat autonome Regelungsmacht zu, muss auch die Koppelung zulässig sein. Es ist nicht einzusehen, warum der Betriebsrat eine von ihm erzwingbare Forderung nicht in dem Moment stellen sollte,

1162 *Konzen*, FS Zöllner, 799, 819; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 78; trotzdem mit entsprechender Forderung: *Kappes*, DB 1997, 277, 278.

1163 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 120 ff.

1164 *Brossette*, ZfA 1992, 379, 399 f.

in dem der Arbeitgeber mit einer der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegenden Maßnahme an ihn herantritt. Die unter Umständen mit der vergrößerten Verhandlungsmasse einhergehende Zeitverzögerung im Mitbestimmungsverfahren ist im BetrVG und vor allem dem Einigungszwang des § 87 BetrVG angelegt und daher hinzunehmen.[1165]

Zusätzlich ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen Koppelungsforderung und mitbestimmungspflichtiger Maßnahme für die Zulässigkeit des Koppelungsgeschäfts ausreichend, so dass mit *Konzen* auch eine freiwillige Betriebsvereinbarung an eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme gekoppelt werden kann.[1166] Andernfalls würde der Verhandlungsspielraum des Betriebsrats unzulässig beschnitten: Die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG umfassen nicht nur die Möglichkeiten »Zustimmung« oder »Ablehnung«, sondern auch »bedingte Zustimmung«, d.h. den Kompromiss.[1167] Grenze ist der Zweck des Mitbestimmungsrechts, der bei einem sachlichen Zusammenhang zwischen mitbestimmungspflichtiger Maßnahme und Koppelungsforderung gewahrt bleibt.[1168]

So steht die Zustimmung zu Überstunden ohne weiteres in sachlichem Zusammenhang mit einem Freizeitausgleich oder Mehrarbeitszuschlag.[1169]

d. § 87 BetrVG – Verzögerung des Mitbestimmungsverfahrens

Wegen der Theorie der notwendigen Mitbestimmung ist § 87 BetrVG nicht nur bei Koppelungsgeschäften missbrauchsanfällig. Jede normzweckwidrige Verzögerung des Mitbestimmungsverfahrens, um sich oder einem Dritten (z.B. einer Gewerkschaft im Arbeitskampf) Vorteile zu verschaffen, ist rechtsmissbräuchlich, weil der Regelungsmechanismus des § 87 Abs. 1 BetrVG damit funktionsunfähig gemacht wird.[1170]

e. Zwischenergebnis zur zweckwidrigen Rechtsausübung im BetrVG

Koppelungsgeschäfte sowie sonstige Verzögerungen des erzwingbaren Mitbestimmungsverfahrens sind echte Rechtsmissbrauchsfälle, während es sich sowohl beim »Missbrauch« der Informationsrechte nach § 80 Abs. 2 BetrVG als auch der unberechtigten Zustimmungsverweigerung

1165 Ähnlich *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 121 ff.; strenger *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 282 f.
1166 *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 821.
1167 *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 821; ebenso *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 99.
1168 *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 821. strenger *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 282 f.
1169 *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 822; strenger *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 282 f.
1170 Vgl. *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 103 f.; ähnlich *Brossette*, ZfA 1992, 379, 400.

nach § 99 Abs. 2 BetrVG um Fälle des Rechtsbruchs bzw. der Rechtsanmaßung handelt.

2. Folgen des Rechtsmissbrauchs

Die Rechtsfolgen des Missbrauchs weichen im Betriebsverfassungsrecht von den allgemeinen Regeln ab, wonach die unzulässige und unwirksame Rechtsausübung grundsätzlich zum Rechtsverlust führt. Führte die missbräuchliche Rechtsausübung im Betriebsverfassungsrecht stets zum Rechtsverlust, wirkte sie erheblich zu Lasten Dritter und wäre im Einzelfall mit den Schutz- und Teilhabeanliegen des BetrVG nicht vereinbar.[1171]

a. Echter Rechtsmissbrauch – Koppelungsgeschäft und Verzögerung

Koppelt der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme oder verschleppt er das Zustimmungsverfahren anderweitig, hängen mögliche arbeitgeberseitige Reaktionen (Anrufung der Einigungsstelle oder des Arbeitsgerichts, Alleinentscheidung) von den Rechtsfolgen unzulässiger Koppelungsforderungen bzw. Verzögerungen ab.

aa. Zurückweisung der Koppelungsforderung

Weist der Arbeitgeber die unzulässige Koppelungsforderung zurück, kommt eine Einigung im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht zustande, so dass der Weg in die Einigungsstelle vom Gesetz vorgezeichnet ist gem. § 87 Abs. 2 BetrVG. Hat der Arbeitgeber keine Eile, ist die Koppelungsproblematik gut lösbar: Bei der im Einigungsstellenverfahren zu erzielenden Zwangseinigung darf die normzweckwidrige Koppelungsforderung nicht berücksichtigt werden, sofern kein Mitbestimmungsrecht besteht, weil der Einigungsstelle hierfür die Kompetenz fehlt.[1172] Das gleichwohl vor der Einigungsstelle geschlossene Koppelungsgeschäft wäre unwirksam.[1173]

1171 *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 825 ff.; *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 141 f.; *Sieweke* NZA 2012, 426, 430.

1172 *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 825; *Brossette*, ZfA 1992, 379, 390 ff.; *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 138 f.

1173 GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 361.

[1] Systemimmanente Rechtsschutzverkürzung – kein arbeitgeberseitiges Alleinentscheidungsrecht

Das offensichtliche Problem der Einigungsstelle ist – vorbehaltlich einer dauerhaft eingerichteten Einigungsstelle[1174] – das für eilende Maßnahmen (zu) langwierige Verfahren; es wirkt rechtsschutzverkürzend.[1175]

Diese Verzögerung ist im BetrVG angelegt und nach geltendem Recht kaum zu lösen: Sowohl dauerhaftes als auch vorläufiges Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers (vergleichbar § 100 BetrVG)[1176] und ein damit verbundener Rechtsverlust des Betriebsrats scheiden bei der erzwingbaren Mitbestimmung aus, weil anders als bei § 99 BetrVG *zwingend* eine Regelungsfrage zu treffen ist.[1177] § 100 BetrVG ist nicht analogiefähig.[1178]

Abweichend von der allgemeinen Regel, nach der ein Rechtsmissbrauch den Rechtsverlust nach sich zieht, bleibt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hier bestehen. Würde man dem Arbeitgeber ein Alleinentscheidungsrecht zugestehen, würden die spezialgesetzlichen Konfliktlösungsmechanismen des BetrVG durch das allgemeine Argument des Rechtsmissbrauchs unterlaufen.[1179]

Entscheidend gegen ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht spricht, dass dem Betriebsrat (zu Lasten der Belegschaft) damit in der Regel das Mitbestimmungsrecht vollständig entzogen wird. Das Rechtsmissbrauchsproblem stellt sich bei Koppelungsgeschäften vor allem, wenn Eile geboten ist, weil vor der Einigungsstelle rechtmäßig ein Koppelungsgeschäft nicht zustande kommen kann. Gewährte man dem Arbeitgeber nun ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht, hätte sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Rechtsmissbrauchsfällen in der Regel erledigt. Die Argumente, die gegen ein dauerhaftes Alleinentscheidungsrecht sprechen, lassen sich auf ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht übertragen.

1174 Entsprechende Empfehlung bei *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch Rn. 108; ablehnend: *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 58 f.

1175 *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 825 f.; *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 75 ff., 79; *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 53 ff.; *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 138 f.

1176 *P.Hanau*, NZA 1993, 817, 819.

1177 *Konzen*, FS Zöllner, S. 799, 826; *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 142 ff.; *Rückert*, Koppelungsgeschäfte, S. 110; *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 75 ff.; **a.A.** und für ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers: *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 334 f.; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch Rn. 105; *P.Hanau*, NZA 1993, 817, 819; *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 46 ff.; *Mundt*, Koppelungsgeschäfte, S. 132 ff.

1178 *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 71 ff.

1179 *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 284.

Worzalla kommt dagegen anhand einer Interessenabwägung zu dem Schluss, dass dem Arbeitgeber im Eilfall eine einseitige Anordnungsbefugnis zukommen muss, wenn andernfalls unverhältnismäßiger Schaden droht und anderweitig keine Hilfe zu erlangen ist.[1180] Er meint, selbst wenn entgegen der wohl überwiegenden Ansicht eine einstweilige Regelungsverfügung zulässig sei, bliebe im Ausnahmefall ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht notwendig, weil auch das Arbeitsgericht nicht immer rechtzeitig Rechtsschutz gewähren könne.[1181]

Lässt man die einstweilige Regelungsverfügung zu (dazu sogleich), geht das zu weit. Einstweiligen Rechtsschutz gewähren Arbeitsgerichte zügig, was die Unterlassungsverfügungen in Arbeitskampfsachen belegen. Die im Arbeitsgerichtsprozess etwaig eintretenden Verzögerungen zu bekämpfen, ist nicht Aufgabe des materiellen Betriebsverfassungsrechts. Käme dem Arbeitgeber in dem von *Worzalla* beschriebenen Ausnahmefall ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht zu, träfe ihn ein erhebliches Prognoserisiko. Die Einschätzung, wann der Betriebsrat seine Rechte missbraucht, ein drohender Schaden die Mitbestimmungsinteressen der Arbeitnehmer bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung überwiegt und gleichzeitig kein (rechtzeitiger) einstweiliger Rechtsschutz zu erlangen ist, ist kaum rechtssicher zu treffen. Deswegen lehnen *Rieble/Klumpp/Gistel* in sonstigen Missbrauchsfällen ein allgemeines Alleinentscheidungsrecht des Betriebsrats ab.[1182] Das gilt beim vorläufigen Alleinentscheidungsrecht gleichermaßen.

[2] Einstweiliger Rechtsschutz – Die Regelungsverfügung

Scheidet ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers aus, bleibt der einstweilige Rechtsschutz. Eine möglicherweise nach Art. 19 Abs. 4 GG gebotene einstweilige Regelungsverfügung nach § 85 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 940 ZPO hält die wohl überwiegende Ansicht wegen des vorrangigen Verfahrens vor der Einigungsstelle bzw. deren Kompetenz in der Hauptsache und der drohenden Vorwegnahme der Hauptsache für unzulässig.[1183]

Notwendige Folge jener Ansicht ist, dass der auf schnelle Mitbestimmung angewiesene Arbeitgeber der unzulässigen und also missbräuchlichen Koppelungsforderung hilflos ausgeliefert ist.[1184] Ihm stünde kein Rechtsschutz zur Verfügung. Das ist nicht hinnehmbar, weil der Rechtsmiss-

1180 *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 46 ff.; zust. *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 105.
1181 *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 62 ff.
1182 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch, Rn. 98; anders aber für das vorläufige Alleinentscheidungsrecht in Rn. 105.
1183 GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 161; *Fitting*, § 87 Rn. 24; DKKW/*Klebe*, § 87 Rn. 29; *Mundt*, Koppelungsgeschäfte, S. 139.
1184 Ähnlich *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 73 ff., 79.

brauch und damit eine Pflichtverletzung des Betriebsrats mit Machtausweitung belohnt würde. Die mit Mitbestimmungsrechten korrespondierende Mitbestimmungspflicht würde verkannt.[1185] Dem Arbeitgeber, der sich der missbräuchlichen Koppelungsforderung ausgesetzt sieht, drohen im Eilfall irreparable Schäden und vollendete Tatsachen, wenn eine Einigungsstellenentscheidung nicht mehr rechtzeitig ergehen könnte. Das untersagt Art. 19 Abs. 4 GG.[1186]

In Eilfällen muss der Arbeitgeber als Instrument gegen betriebsrätlichen Rechtsmissbrauch eine einstweilige Regelungsverfügung nach § 940 ZPO beantragen können, sofern Verfügungsanspruch und -grund gegeben sind.[1187] Die Regelungskompetenz der Arbeitsgerichte ist an anderer Stelle ebenso anerkannt.[1188] Ein mit der Regelungsverfügung etwaig verbundener zeitlich begrenzter Eingriff in die Betriebsautonomie ist von geringer Intensität, weil den Betriebsparteien eine Regelung vor der Einigungsstelle bleibt.[1189] Hat sich die Maßnahme zwischenzeitlich erledigt (z.B. Überstunden wurden geleistet), liegt das am vorangegangenen Versagen des betriebsverfassungsrechtlichen Konfliktlösungsmechanismus.[1190]

Der *Verfügungsanspruch* folgt aus der Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats bzw. anders gewendet aus dem arbeitgeberseitigen Verhandlungsanspruch aus § 87 Abs. 1 BetrVG i.V.m. § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG.[1191] Ein *Verfügungsgrund* ist in Missbrauchsfällen jedenfalls gegeben, wenn das Einigungsstellenverfahren nicht mehr rechtzeitig abgehalten werden kann, eine rechtzeitige Zwangseinigung nicht mehr möglich ist und dem Arbeitgeber ohne die geplante Maßnahme ein nicht unerheblicher Nachteil[1192] bzw. Schaden[1193] droht. Die missbräuchliche Mitbestimmungsverweigerung ist dann nicht mehr hinzunehmen.

bb. Annahme der unzulässigen Koppelungsforderung

Nimmt der Arbeitgeber die unzulässige Koppelungsforderung an, um (zeitnah) eine Einigung zu erzielen, stellt sich die Frage, ob das Mitbestimmungsverfahren wirksam durchgeführt wurde und ob der Arbeitgeber sich von dem angekoppelten Geschäft wieder lösen kann bzw. überhaupt muss.

1185 Richardi/*ders*., § 87 Rn. 61 m.w.N.
1186 *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 63 ff.
1187 Ausdrücklich *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 247.
1188 *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 188 ff.
1189 *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 66.
1190 *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 203 ff.
1191 *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 221 f.
1192 Vgl. *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung, S. 243 ff.
1193 *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 69 ff.

[1] Keine wirksame Zustimmung des Betriebsrats

Die Zustimmung, die der Betriebsrat unter der aufschiebenden Bedingung erteilt, dass der Arbeitgeber der Koppelungsforderung nachgibt, führt zunächst dazu, dass das Mitbestimmungsverfahren nicht wirksam durchgeführt wurde.

[a] Keine Anwendung des § 139 BGB

Weil die Koppelungsforderung aufschiebende Bedingung für die Zustimmung der arbeitgeberseitig geplanten der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegenden Maßnahme ist[1194], wäre nach zivilrechtlichen Grundsätzen das gesamte Koppelungsgeschäft nichtig, weil es von einer unzulässigen Bedingung abhängt. Im allgemeinen Zivilrecht führt die unzulässige Bedingung zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.[1195]

Im Betriebsverfassungsrecht kann § 139 BGB indes nicht einschränkungslos angewandt werden, weil der Betriebsrat ansonsten seine Mitbestimmungsrechte normzweckwidrig ausdehnen könnte und ihm der eigene Rechtsmissbrauch größere Verhandlungsmacht einräumte.[1196]

[b] Aber: Fehlende Rechtsfähigkeit des Betriebsrats bei Koppelungsgeschäften

Nimmt der Arbeitgeber die unzulässige Koppelungsforderung an, ist das Mitbestimmungsverfahren zwar formal[1197], aber nicht ordnungsgemäß durchgeführt, weil der Betriebsrat sich über die subjektive Zweckbindung der Mitbestimmungsrechte hinweggesetzt hat.[1198] Setzt der Betriebsrat sich über die subjektive Zweckbindung hinweg, handelt er *ultra vires*, verlässt mithin die Grenzen seiner Rechtsfähigkeit.[1199] Mit einem nicht rechtsfähigen Betriebsrat lässt sich ein Mitbestimmungsverfahren ebenso wirksam durchführen, wie mit einer nicht rechtsfähigen Person wirksam Verträge geschlossen werden können – nämlich gar nicht. Deshalb ist die mitbestimmungspflichtige Maßnahme *ipso iure* unwirksam.[1200]

1194 *P.Hanau/Reitze*, FS Wiese S. 149, 154 ff.; *Franzen*, ZfA 2005, 315, 342; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch, Rn. 95.

1195 MünchKommBGB/*H.P.Westermann*, § 158 Rn. 37.

1196 Richtig: *P.Hanau/Reitze*, FS Wiese, S. 149, 155 ff.; *Franzen*, ZfA 2005, 315, 342.

1197 Die formale Durchführung genügt nach *Rieble/Klumpp/Gistel,* Rechtsmißbrauch, Rn. 95.

1198 *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 284.

1199 *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 284.

1200 *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 284; **a.A.** *Rieble/Klumpp/Gistel,* Rechtsmißbrauch, Rn. 95.

[2] Keine Nichtigkeit des angekoppelten Geschäfts aufgrund unzulässiger Bedingung

Das angekoppelte Geschäft ist – vorbehaltlich der allgemeinen Regeln (§§ 77 Abs. 3, 88 BetrVG) – wirksam, weil es nicht unmittelbar davon betroffen ist, dass der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG normzweckwidrig ausübt.[1201] Insoweit ist der Betriebsrat rechtsfähig.

[3] Anfechtung der auf Erfüllung der Koppelungsforderung gerichteten Willenserklärung

Möglich ist eine Anfechtung der auf Erfüllung der Koppelungsforderung gerichteten Willenserklärung nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB auch im Fall einer Betriebsvereinbarung.[1202] Dabei kommt der Anfechtung (im Betriebsverfassungsrecht) ausnahmsweise[1203] ex-tunc-Wirkung (§ 142 Abs. 1 BGB) zu, weil die rechtswidrige Drohung sonst partiell Erfolg gehabt hätte.[1204]

Die unzulässige Koppelungsforderung erfüllt den Tatbestand einer widerrechtlichen Drohung nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

Entgegen *Mundt* lässt sich der Drohungstatbestand nicht mit dem Argument verneinen, der Arbeitgeber habe keinen Anspruch auf Zustimmung gegen den Betriebsrat.[1205] Darauf kommt es nicht an. Der Arbeitgeber hat einen Verhandlungs- und Mitwirkungsanspruch gegen den Betriebsrat aus §§ 87 Abs. 1, 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Die Ankündigung, jenen Mitwirkungsanspruch allein für eine unzulässige Gegenleistung zu erfüllen, ist die »Ankündigung eines künftigen Übels«[1206], auf das der Betriebsrat Einfluss hat, mithin eine Drohung und nicht »nur eine objektive vom Anfechtungsgegner nicht zu ändernde Zwangslage«[1207].

Die Widerrechtlichkeit der betriebsrätlichen Drohung folgt aus der Zweck-Mittel-Relation[1208], weil das erzwingbare Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht dazu genutzt werden darf, nicht der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegende Maßnahmen zu erzwingen.[1209]

1201 *Kolbe*, Mitbestimmung, S. 285.
1202 Richardi/*ders*., § 77 Rn. 49.
1203 Einigkeit besteht bei der nicht auf § 123 BGB gestützten Anfechtung. Bei einer für Dritte verbindlichen Regelung kommt eine rückwirkende Beseitigung nicht in Betracht: Richardi/*ders*., § 77 Rn. 49; ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 26.
1204 ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 26.
1205 *Mundt*, Koppelungsgeschäfte, S. 16 f.
1206 BGH 7.6.1988 – IX ZR 245/86 – NJW 1988, 2599, 2600.
1207 BGH 26.6.1952 – III ZR 305/51 – BGHZ 6, 348.
1208 Dazu: Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rn. 21.
1209 So auch *Fritz*, Koppelungsgeschäfte, S. 161.

Selbstverständlich ist die Anfechtung nicht ausgeschlossen, weil der Arbeitgeber »sehenden Auges« eine anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat. Sonst wäre die Anfechtung nach § 123 BGB selten möglich. Eine Bestätigung nach § 144 BGB kommt erst nach Abgabe der Willenserklärung in Betracht und scheidet in der Regel aus.

cc. Fälle sonstiger Mitbestimmungsverschleppung

Die sonstigen Fälle der Mitbestimmungsverschleppung durch den Betriebsrat lassen sich lösen, wenn die einstweilige Regelungsverfügung auch hier zugelassen wird.[1210] Insoweit gilt das zu den Koppelungsgeschäften Gesagte entsprechend.

b. Folgen »unechten« Missbrauchs

Die diskutierten Fälle »unechten« Rechtsmissbrauchs können durch den Arbeitgeber verhältnismäßig schlecht, zumindest kaum im Eilfall abgewehrt werden, wenn wie im Fall des angemaßten Zustimmungsverweigerungsrechts die Möglichkeit einstweiliger Verfügungen nicht besteht. Es bleiben die stumpfen Schwerter der §§ 23 Abs. 1, 120 BetrVG.

3. Ergebnis – Missbrauch betrieblicher Mitbestimmungsrechte

Der Rechtsmissbrauchseinwand hat in der Betriebsverfassung zwei zentrale Besonderheiten. Die erste folgt aus der nur partiellen Rechtsfähigkeit des Betriebsrats. Dem Betriebsrat kommt keine umfassende Autonomie, sondern (zweck)begrenzte Regelungsmacht zu, die er nicht entgrenzen darf. Zweckbegrenzte Regelungsmacht ermöglicht keine umfassende Willensherrschaft.

Die zweite Besonderheit folgt aus seiner Repräsentantenstellung und wirkt sich auf die Rechtsfolge eines Rechtsmissbrauchs aus. Die sonst bekannte Rechtsversagungswirkung kann der Missbrauchseinwand hier nicht haben, weil das unzulässige Lastwirkung für die vom Betriebsrat repräsentierte Belegschaft hätte und die betriebliche Mitbestimmung ausgehebelt würde. Der Zweck betrieblicher Mitbestimmung würde verfehlt.

1210 *Worzalla*, Mitbestimmung, S. 62 ff.

§ 8 Ergebnisse der Untersuchung

Die Arbeit hat Rechtsmissbrauch und Umgehung auf ihre zivilrechtlichen Grundlagen untersucht und ihre Anwendung im Arbeitsrecht daraufhin geprüft, ob sie mit den zivilrechtlichen Grundlagen übereinstimmen. Den Schwerpunkt bildete dabei die Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs. Weiterhin wurde die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs in den Blick genommen. Der Rechtsmissbrauch wurde vom Rechtsgebrauch und vom Rechtsbruch abgegrenzt. Folgende Ergebnisse können festgehalten werden:

1. *Institutioneller* Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung beschreiben bloße Normgeltungsfragen. Eigene Rechtsinstitute sind sie nicht, weil sich aus ihnen keine Rechtsfolgen ableiten lassen. Die These *Arndt Teichmanns*, wonach beide Begriffe verzichtbar wären, bestätigt sich. Eine Motivkontrollfunktion kommt weder dem institutionellen Rechtsmissbrauch noch der Gesetzesumgehung zu. Flankierender Schutz kann nur soweit reichen, wie es dem Geltungsanspruch der Norm entspricht. Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung *extra legem* ist im Fall des am Normzweck orientierten institutionellen Rechtsmissbrauchs nicht zu rechtfertigen, weil sie in einen Zirkelschluss führte. Es bleiben allein die Instrumente der restriktiven Norm-auslegung und der teleologischen Reduktion.

2. Dem *individuellen* Rechtsmissbrauch als richterliche Rechtsfortbildung *extra legem* kommt sowohl eine Motivkontroll- als auch eine Schranken- und Flankierungsfunktion zu. Die Motivkontrollfunktion hat Grenzen: Positive Bindung an das »richtige« Motiv scheidet aus. Ein allgemeines Prinzip, wonach das Motiv des Rechtsausübenden mit dem objektiven Gesetzeszweck übereinstimmen müsste, gibt es in der privatautonomen Rechtsordnung selten. Möglich ist negative Zweckbindung, die der Rechtsausübung aus dem falschen Motiv die Wirksamkeit versagt. Das betrifft Befugnisse, die kraft gesetzlicher Anordnung aus bestimmten Motiven nicht ausgeübt werden dürfen (»wegen«), und Motive, die gegen der Rechtsordnung immanente rechtsethische Minima verstoßen.

Ist die negative Zweckbindung relativ, d.h. schadet das unzulässige Motiv als Teil eines Motivbündels nicht, reduziert sich die nach dem Motiv fragende Rechtsmissbrauchskontrolle auf Willkürkontrolle: Ein sachlicher Grund schließt den Rechtsmissbrauchsvorwurf aus.

Der normative und ausfüllungsbedürftige Begriff der rechtsethischen Minima ist einzugrenzen, damit die mit dem Rechtsmissbrauchseinwand verbundene Rechtsfortbildung *extra legem* nicht in Beliebigkeit abgleitet. Maßgeblich für die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung *extra legem* sind

vor allem die grundrechtlichen Wertungen. Je stärker eine Rechtsausübung in grundrechtlich geschützte Bereiche des von der Rechtsausübung Betroffenen eingreift, desto eher ist dem Rechtsausübenden der individuelle Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten.

3. Das Unionsrecht fordert rechtsmethodisch keine Veränderung der deutschen Rechtsmissbrauchslehre, gibt im Einzelfall berücksichtigungsfähige Wertungsgesichtspunkte vor und fordert Ergebnisübereinstimmung.

Wertungsgesichtspunkte ergeben sich vor allem aus den Vorgaben des Sekundärrechts, etwa aus den Vorgaben von Richtlinien, die explizit den Schutz vor Missbrauch zum Ziel haben. Wertungsgesichtspunkte können sich weiterhin aus dem allgemein anerkannten unionsrechtlichen Grundsatz des Rechtsmissbrauchs ergeben. Der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verbietet dabei eine willkürliche Handhabung der Rechtsmissbrauchskontrolle.

Entsprechend sind in unionsrechtlich determinierten Sachverhalten die deutschen Rechtsmissbrauchsregeln anwendbar, soweit sie – für den Rechtsunterworfenen vorhersehbar – zu unionsrechtskonformen Ergebnissen führen. Das primärrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot des Unionsrechts ist anwendbar, wenn zu prüfen ist, ob ein Rechtsunterworfener unter Berufung auf Vorschriften des nationalen Rechts die Vorschriften des Primärrechts missbraucht oder umgeht.

Hilfsweise kann in unionsrechtlich determinierten Sachverhalten auf die Wertungen des primärrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbots zurückzugreifen sein, wenn etwa das Sekundärrecht keine Regelungen zu einem möglichen Rechtsmissbrauch enthält. Hier bestätigt das Unionsrecht die Motivkontrollfunktion des individuellen Rechtsmissbrauchs.

4. Funktionale Unterschiede zwischen zivil- und arbeitsrechtlicher Rechtsmissbrauchslehre sind nicht grundsätzlicher Art. Unterschiedliche Maßstäbe im Einzelfall müssen sich auf Wertungen der potentiell missbrauchten Norm zurückführen lassen. Der Vergleich zu anderen Schutzkonzepten – etwa des Verbraucherrechts – bestätigt diese These. Eine etwaige strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers verschiebt Reichweite und Grenzen der Rechtsmissbrauchs- und Umgehungsargumentation nicht.

5. Die Rechtsmissbrauchslehre hat im Arbeitsrecht Entgrenzungstendenzen, die im Wesentlichen zwei Aspekte betreffen: die Motivkontroll- und die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs.

6. Der Arbeitsrechtsmissbrauch hat keine weiterreichende Motivkontrollfunktion als der zivilrechtliche Rechtsmissbrauch: Subjektive Zweckbindung ist die Ausnahme. Sie findet sich auch im Arbeitsrecht nur in Son-

derfällen, etwa den §§ 613a Abs. 4, 612a BGB oder § 7 AGG, und ermöglicht ausschließlich dort eine Motivkontrolle.

Begründet das BAG den *institutionellen* Rechtsmissbrauch mit subjektiver Zweckverfehlung, entgrenzt es die Motivkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs. Allein beim *individuellen* Rechtsmissbrauch kann die subjektive Zweckverfehlung den Rechtsmissbrauch begründen. Zuzustimmen ist der individuellen Rechtsmissbrauchskontrolle, die das BAG in Fällen sachgrundloser Befristung durchführt. Dort handhabt das BAG die Rechtsmissbrauchskontrolle restriktiv. Jeder Sachgrund lässt den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs entfallen.

7. Die auf die Flankierungsfunktion des Rechtsmissbrauchs bezogenen Entgrenzungstendenzen stehen meist im Zusammenhang mit Werkverträgen, Arbeitnehmerüberlassung und Befristung.

Zweckwidrigkeit wird behauptet, wenn tatsächlich Rechtsbruch im Raum steht (dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung) oder Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen bzw. rechtliche Gestaltungen falsch bezeichnet werden (Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung). Dabei ist etwa der dysfunktionale Einsatz eines Werkvertrages unmöglich.

Das BAG widersteht diesen in der Literatur und von Instanzgerichten forcierten Entgrenzungstendenzen und unterscheidet in begrüßenswerter Klarheit zwischen Rechtsmissbrauch und Rechtsbruch.

Abzulehnen ist hingegen das auf den institutionellen Rechtsmissbrauch gestützte Erfurter Missbrauchskonzept in Kettenbefristungsfällen mit Sachgrund. Die erzielten Ergebnisse mögen zwar unionsrechtskonform sein, sind aber in sich widersprüchlich. Eine rechtliche Gestaltung kann nicht durch einen Sachgrund gerechtfertigt und zugleich rechtsmissbräuchlich sein. Rechtsmissbräuchliche Befristungsketten lassen sich durch eine strenge Sachgrundprüfung verhindern. Im Rahmen der Sachgrundprüfung lassen sich die unionsrechtlichen Vorgaben berücksichtigen.

8. Ein »Missbrauch tariflicher Normsetzungsbefugnis« ist kaum vorstellbar. Die bisher unter diesem Oberbegriff geführte Diskussion betraf entweder Fragen der Tariffähigkeit oder tariflicher Regelbarkeit. Weder eine einschränkende noch eine erweiternde ergänzende Tarifauslegung ist mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs zu erreichen. Jenes Regelungsrecht kommt den Tarifparteien zu, solange eine Tarifnorm mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

9. Besonderheiten des Arbeitsrechtsmissbrauchs bestehen im Betriebsverfassungsrecht: Sie sind auf das übergeordnete Prinzip zurückzuführen, wonach der Betriebsrat beschränkt gesetzlich legitimiert ist. Er ist nur partiell rechtsfähig. Dem Betriebsrat kommt keine umfassende Autono-

mie, sondern (zweck)begrenzte Regelungsmacht zu, die er nicht entgrenzen darf. Zweckbegrenzte Regelungsmacht ermöglicht keine umfassende Willensherrschaft. Im Betriebsverfassungsrecht kommt deshalb subjektive Zweckverfehlung in Betracht.

Die zweite Besonderheit folgt aus seiner Repräsentantenstellung und wirkt sich auf die Rechtsfolge eines Rechtsmissbrauchs aus. Die sonst bekannte Rechtsversagungswirkung kann der Missbrauchseinwand hier nicht haben, weil das unzulässige Lastwirkung für die vom Betriebsrat repräsentierte Belegschaft hätte und die betriebliche Mitbestimmung ausgehebelt würde. Der Zweck betrieblicher Mitbestimmung würde verfehlt.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus, Anmerkung zu BAG vom 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, SAE 2003, 237

Annuß, Georg, Die rechtsmissbräuchliche Unternehmerentscheidung im Konzern, NZA 2003, 783

ders./Thüsing, Gregor (Hrsg.), Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Auflage 2012 (zitiert: Annuß/Thüsing/*Bearbeiter*)

Armbrüster, Christian, Treuwidrigkeit der Berufung auf Formmängel, NJW 2007, 3317

ders., Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, NJW 2007, 1494

ders., Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297

Arnold, Manfred/Gräfl, Edith (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Auflage 2012 (zitiert: Arnold/Gräfl/*Bearbeiter*)

Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Kündigungsrecht, 4. Auflage 2012 (zitiert: APS/*Bearbeiter*)

Bader, Johannes, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht (2012) (zitiert: *Bader,* Diskriminierungsschutz)

Bader, Peter, Arbeitsrechtliche Altersgrenzen weiter flexibilisiert, NZA 2014, 749

Baer, Susanne, "Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung, ZRP 2002, 290

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert, BGB Band 1, 3. Auflage 2012 (zitiert: Bamberger/Roth/*Bearbeiter*)

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Beckscher Online-Kommentar zum BGB, Stand 1.8.2015, (zitiert: BeckOKBGB/*Bearbeiter*)

Bauer, Jobst-Hubertus, Arbeitsrechtliche Baustellen des Gesetzgebers – insbesondere im Befristungsrecht, NZA 2014, 889

ders./Krieger, Steffen, AGG, 4. Auflage 2015 (zitiert: *Bauer/Krieger*)

Bayreuther, Frank, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005 (zitiert: *Bayreuther*, Tarifautonomie)

ders., Kettenbefristung zur Vertretung von Arbeitnehmern, NZA 2013, 23

Beck-Mannagetta, Margarethe/ Böhm, Helmut/Graf, Georg (Hrsg.), Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts: Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, 1996 (zitiert: FS Mayer-Maly)

Belling, Detlev W., Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990 (zitiert als: *Belling*, Haftung des Betriebsrats)

Benecke, Martina, Gesetzesumgehung im Zivilrecht, 2004 (zitiert: *Benecke*, Gesetzesumgehung)

Berkowsky, Wilfried, Die betriebsbedingte Kündigung, 6. Auflage 2008 (zitiert: *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung)

Boecken, Winfried/Joussen, Jacob, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Auflage 2012 (zitiert: Boecken/Joussen/*Bearbeiter*)

Bokelmann, Gunther, Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts durch den Aktionär?, 1970 (zitiert: *Bokelmann*, Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts)

ders., Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts durch den Aktionär?, BB 1972, 733

Borges, Georg, Zur AGB-Kontrolle interner Richtlinien, ZIP 2005, 185

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage 2011 (zitiert: *Bork*, BGB AT)

Brose, Wiebke, Die Wirkung einer vorsorglichen Verleiherlaubnis im AÜG, DB 2014, 1739

Brossette, Josef, Der Zweck als Grenze der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, ZfA 1992, 379

Brown, L. Neville, Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?, in: Curtin/Heukels (Hrsg.), Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers Volume II (1994), S. 511 (zitiert: *L. Neville Brown*, General Principle of Abuse of Rights)

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 39. Auflage 2015 (zitiert: *Brox/Walker*, BGB AT)

Bruns, Patrick, Institutioneller Missbrauch als Kontrollparameter im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht, NZA 2013, 769

Bühler, Margit, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005 (zitiert: *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten)

Bürgers, Tobias/Körber, Torsten, Aktiengesetz, 3. Auflage 2014 (zitiert: Bürgers/Körber/*Bearbeiter*)

Busche, Jan, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999 (zitiert: *Busche*, Privatautonomie)

Busemann, Andreas, Die Darlegungs- und Beweislast zur Befristungskontrolle bei Sachgrundbefristung, MDR 2015, 315

Bydlinski, Franz, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage 2011 (zitiert: Calliess/Ruffert/*Bearbeiter*)

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971 (zitiert: *Canaris*, Vertrauenshaftung)

Chelidonis, Apostolos, "Legalität und Legitimation", Jura 2010, 726

Creifelds, Carl (Begr.), Rechtswörterbuch, 21. Auflage 2014 (zitiert: *Creifelds*)

Däubler, Wolfgang, Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht, NZA 1988, 857

ders., Zur Sozialwidrigkeit einer betriebsbedingten Kündigung bei Gewinnsteigerung, ArbuR 1999, 38

ders., Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, in: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 3 (zitiert: *Däubler*, FS 50 Jahre BAG)

ders. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage 2012 (zitiert: Däubler/*Bearbeiter*, TVG)

ders., Privatautonomie oder demokratische Tarifautonomie?, KJ 2014, 372

ders., Neues Recht für Leiharbeit und Werkverträge?, DB 2015, S7

ders./Hjort, Jens Peter/ Schubert, Michael, Wolmerath, Martin (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektiven Bezügen, 3. Auflage 2013 (zitiert: HK-ArbR/*Bearbeiter*)

ders./Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 14. Auflage 2014 (zitiert: DKKW/*Bearbeiter*)

Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner, Nomos Kommentar BGB, Band 2/1, 2. Auflage 2012 (zitiert: NK-BGB/*Bearbeiter*)

Deeg, Oliver, Die Verwirkung im Individualarbeitsrecht, 2015 (zitiert: *Deeg*, Die Verwirkung)

Dieterich, Thomas, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Schlachter, Monika/Ascheid, Reiner/Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.), Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, 1998, S. 117 (zitiert: *Dieterich*, FS Schaub)

Diller, Martin, AGG-Hopping durch Schwerbehinderte, NZA 2007, 1321

Dommermuth-Alhäuser, Daniel/Heup, Eva, Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder, BB 2013, 1461

dies., Anrechnung von Trinkgeld auf den Mindestlohn?, NZA 2015, 406

Drinhausen, Florian/Keinath, Astrid, Verwendung der SE zur Vermeidung von Arbeitnehmermitbestimmung – Abgrenzung zulässiger Gestaltungen vom Missbrauch gemäß § 43 SEBG, BB 2011, 2699

Düwell, Franz Josef, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449

Ehmann, Horst/Lambrich, Thomas, Vorrang der Betriebs- vor der Tarifautonomie kraft des Subsidiaritätsprinzips? Betriebsvereinbarungen als "andere Abmachungen", NZA 1996, 346

dies., Anmerkung zu BAG vom 17.11.2000 – 1 AZR 175/00, AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt

Eich, Rolf-Achim, Rechtsmißbräuchliche Nutzung von Mitbestimmungsrechten durch den Betriebsrat (Koppelungsgeschäfte), ZfA 1988, 93

Eidenmüller, Horst, Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law, ECFR 2009, 1

Emmerich, Volker, Kartellrecht, 13. Auflage 2014 (zitiert: *Emmerich*)

Englisch, Joachim, Verbot des Rechtsmissbrauchs – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts?, StuW 2009, 3

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage 2013 (zitiert: Epping/Hillgruber/*Bearbeiter*)

Esser, Josef/Schmidt, Eike, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 1, 8. Auflage 1995 (zitiert: *Esser/Schmidt,* SR I AT I)

Etzel, Gerhard/Bader, Peter/Fischermeier, Ernst/u.a. (Hrsg.), KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Auflage 2013 (zitiert: KR/*Bearbeiter*)

Fastrich, Lorenz, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992 (zitiert: *Fastrich*, Inhaltskontrolle)

ders., Gleichbehandlung und Gleichstellung, RdA 2000, 65

Faulenbach, Daniel, Das arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot (§ 612a BGB), 2005 (zitiert: *Faulenbach*, Maßregelungsverbot)

Feuerborn, Andreas, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, 2003, (zitiert: *Feuerborn*, Sachliche Gründe)

Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.), UWG, Band 2, 2. Auflage 2010 (zitiert: Fezer/ *Bearbeiter*)

von Finckenstein, Barbara, Freie Unternehmerentscheidung und dringende betriebliche Erfordernisse bei der betriebsbedingten Kündigung, 2005 (zitiert: *v.Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung)

Fischer, Ulrich, Die betriebsratliche Koppelungsforderung bei der erzwingbaren Mitbestimmung – systemwidrig oder systemgerecht?, in: Baeck, Ulrich/Hauck, Friedrich/Preis, Ulrich/Rieble, Volker/Röder, Gerhard/Schunder, Achim (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, 2010, S. 315 (zitiert: *U.Fischer*, FS Bauer)

Fitting, Karl (Begr.), Betriebsverfassungsgesetz, 27. Auflage 2014 (zitiert: *Fitting*)

Fleischer, Holger, Der Rechtsmißbrauch im Gemeineuropäischen Privatrecht, JZ 2003, 865

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, 4. Auflage 1992 (zitiert: *Flume*, BGB AT II)

Forst, Gerrit, Null-Stunden-Verträge, NZA 2014, 998

Francken, Johannes Peter, Die Schranken der sachgrundlosen Befristung auf Grund Tarifvertrags nach § 14 II 3 TzBfG, NZA 2013, 122,

Franzen, Martin, Die unternehmerische Entscheidung in der Rechtsprechung des BAG zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2001, 805

ders., Standortverlagerung und Arbeitskampf, ZfA 2005, 315

ders., Zwingende Wirkung der Betriebsverfassung, NZA 2008, 250

ders., Verwirrung über Befristung und Leiharbeit im Unionsrecht, EuZA, 2013, 433

Freckmann, Anke, Freie Mitarbeit wieder im Trend, DB 2013, 459

Freitag, Robert, Vom Missbrauch der AGB-Kontrolle zur Umgehung des Wettbewerbsrechts, ZIP 2005, 2052

Fritz, Constanze, Zulässigkeit und Grenzen von Koppelungsgeschäften zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, 2010 (zitiert als: *Fritz*, Koppelungsgeschäfte)

Gamillscheg, Franz, Mutterschutz und Sozialstaat, in: Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.), Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, 1962, S. 57 (zitiert: *Gamillscheg*, FS Molitor)

ders., Gedanken zur Rechtsfindung im Arbeitsrecht, in: Mayer-Maly, Theo/Nowak, Albert/Tomandl/Theodor (Hrsg.) Festschrift für Hans Schmitz zum 70 Geburtstag Band I, 1967, S. 68 (zitiert: *Gamillscheg*, FS Schmitz)

ders., Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176 (1976), 197

ders., Arbeitsrecht Band I: Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/Arbeitskampf und Schlichtung, 1997 (zitiert: *Gamillscheg*, Bd. I)

Gentz, Manfred, Schutz gegen den Missbrauch (?) von Mitbestimmungsrechten, NZA 2004, 1011

Germelmann, Claas-Hinrich/Matthes, Hans-Christoph/Prütting, Hanns (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2013 (zitiert: Germelmann/Matthes/Prütting/*Bearbeiter*)

Gernhuber, Joachim, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 151 (zitiert: *Gernhuber*, FS Schmidt-Rimpler)

von Gierke, Otto, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889

Giese, Katja/Scheuer, Steffen, Arbeitnehmerüberlassung – Der Scheinwerkvertrag und die Wirkung der Arbeitnehmerüberlassung „auf Vorrat", BB 2015, 1461

Giesen, Richard, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002 (zitiert: *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung)

ders., Vorübergehend unklar, FA 2012, 66

Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4, 3. Auflage 2011 (zitiert: MünchKommAktG/*Bearbeiter*)

Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5, 3. Auflage 2010 (zitiert: MünchKommAktG/*Bearbeiter*)

Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7, 3. Auflage 2012 (zitiert: MünchKommAktG/*Bearbeiter*)

Gooren, Paul, Vertretungsbedingte Kettenbefristungen nach dem Kücük-Urteil des EuGH, ZESAR 2012, 225

Grabitz, Eberhard (Begr.)/*Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 56. Ergänzungslieferung April 2015 (zitiert: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Bearbeiter*)

Graj, Sebastian, Unkündbarkeitsklauseln in der Sozialauswahl, 2009 (zitiert: *Graj*, Unkündbarkeitsklauseln)

Gramlich, Ludwig/Zerres, Thomas, Umgehungsverbote im Verbraucherschutz – zur Auslegung des § 5 Abs. 1 HWiG, ZIP 1998, 1299

Greiner, Stefan, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, 2010 (zitiert: *Greiner*, Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität)

ders., Sachgrundbefristung und sachgrundlose Befristung als komplementäre Schutzkonzepte mit Annäherungstendenz, ZESAR 2013, 305

ders., Zwischen Kücük, Albron Catering, Della Rocca und Cartesio, NZA 2014, 284

ders., Das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse im Umbruch, ZESAR 2014, 357

ders., Befristungskontrolle im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen – die "Jobcenter"-Fälle, DB 2014, 1987

Grigoleit, Hans Christoph, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997 (zitiert: *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung)

Grobys, Marcel/Bram, Rainer, Die prozessuale Durchsetzung des Teilzeitanspruchs, NZA 2001, 1175

Grunewald, Barbara, Aufklärungspflichten ohne Grenzen?, AcP 190 (1990), 616

Gutzeit, Martin, Theorie der notwendigen Mitbestimmung, NZA 2008, 255

Habersack, Mathias, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992 (zitiert: *Habersack,* Vertragsfreiheit und Drittinteressen)

ders./Drinhausen, Florian (Hrsg.), SE-Recht 2013 (zitiert: Habersack/Drinhausen/*Bearbeiter*)

Haferkamp, Hans-Peter, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, 1995 (zitiert: *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre)

Hamann, Wolfgang, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2011, 70

ders., Fremdpersonal im Unternehmen – Industriedienstleistung statt Leiharbeit, NZA-Beil. 2014, 3

ders., „Vorübergehend" i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG – Regelungsauftrag für den Gesetzgeber, RdA 2014, 271

ders./Rudnik, Tanja, Scheinwerkvertrag mit Überlassungserlaubnis – Ein probates Mittel zur Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2015, 449

Hanau, Peter, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165 (1965), 220

ders., Die Entwicklung der Betriebsverfassung, NZA 1993, 817

ders./Reitze, Serge, Annexregelungen und Kopplungsgeschäfte bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, in: Hanau, Peter/ Lorenz, Egon/Matthes, Hans C (Hrsg.), Festschrift für Günter Wiese zum 70. Geburtstag, 1998, S. 149 (zitiert: *P.Hanau/Reitze*, FS Wiese)

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage 2013 (zitiert: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Bearbeiter*)

Hedemann, Justus Wilhelm, Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933 (zitiert: *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln)

Heeder, Oliver, Fraus legis, 1998 (zitiert: *Heeder*, Fraus legis)

Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 2, 2. Auflage 2014 (zitiert: MünchKomm UWG/*Bearbeiter*)

Heinrich, Christian, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000 (zitiert: *Heinrich*, Formale Freiheit)

Henssler, Martin, Bewegung in der deutsche Unternehmensmitbestimmung – Reformdruck durch Internationalisierung der Wirtschaft, RdA 2005, 330

ders., Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006 (zitiert: Henssler, Tariffähigkeit)

Herrmann, Christoph, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003 (zitiert: *Herrmann*, Richtlinienumsetzung)

Hess, Harald/Worzalla, Michael/Glock, Dirk/Nicolai, Andrea/Rose, Franz-Josef/Huke, Kristina, Betriebsverfassungsgesetz, 9. Auflage 2014 (zitiert: HWGNRH/*Bearbeiter*)

Hofmann, Joel Philipp, Rechtsmissbrauch und Verwirkung bei Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB, 2012 (zitiert: *Hofmann*, Rechtsmissbrauch)

Hohmann, Harald, § 242 und unzulässige Rechtsausübung in der Rechtsprechung des BGH, JA 1982, 112

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Großkommentar zum Aktiengesetz Band 7/2, 4. Auflage 2013 (zitiert: GK-AktG/*Bearbeiter*)

von Hoyningen-Huene, Gerrick, Mit dem Betriebsrat in die 90er Jahre, NZA 1991, 7

Hromadka, Wolfgang, Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, NJW 2001, 400

Huber, Ulrich, Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, JurA 1970, 784

Hucko, Elmar, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, NJW 1994, 1449

Hund, Daniel/Pechtold, Sabrina, Der Mindestlohn für Praktikanten – Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung, AuA 2014, 540

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht Band 1, 5. Auflage 2012 (zitiert: Immenga/Mestmäcker/*Bearbeiter*)

Jacobs, Matthias, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit einer Spitzenorganisation im Sinne des § 2 Abs. 3 TVG, ZfA 2010, 27

Jakobs, Horst, Heinrich/Schubert, Werner, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil 2. Teilband 1985 (zitiert: *Jakobs/Schubert* AT II)

Jarass, Hans. D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Auflage 2013 (zitiert: *Jarass*, EU-GRC)

Jauernig, Othmar (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage 2014 (zitiert: Jauernig/*Bearbeiter*)

Jordan, Christopher/Bissels, Alexander, Echter Werkvertrag oder verdeckte Arbeitnehmerüberlassung?, AuA 2013, 636

Junker, Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 14. Auflage 2015 (zitiert als: *Junker*, Grundkurs)

Kania, Thomas/Kramer, Michael, Unkündbarkeitsvereinbarungen in Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, RdA 1995, 287

Kappes, Karl-Heinz, Mitbestimmung als Waffe?, DB 1997, 277

Katzer, Andreas/Frodl, Christian, Wird Müller den Sieg festhalten?, NZA 2015, 657

Kelsen, Hans, Was ist Gerechtigkeit?, 1953

Kempen, Otto-Ernst/Zachert, Ulrich, Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage 2014 (zitiert: Kempen/Zachert/*Bearbeiter*, TVG)

Kern, Jan, Professionelle Diskriminierungskläger im Arbeitsrecht, 2009 (zitiert: *Kern*, Professionelle Diskriminierungskläger)

Kilian, Wolfgang, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47

Kissel, Otto Rudolf, Grenzen der rechtsprechenden Gewalt, NJW 1982, 1777

Kjellgren, Anders, On the Border of Abuse, EBLR 2000, 179

Klein, Franz (Begr.), Abgabenordnung, 12. Auflage 2014 (zitiert: Klein/*Bearbeiter*)

Klenter, Peter, Kein Einsatz von Befristungsregelungen zur Deckung eines ständigen und dauerhaften Einstellungsbedarfs (“Marquez Samohano“) – Anmerkung zu EuGH 13.3.2014, C-190/13, jurisPR-ArbR 21/2014 Anm. 5

Koenig, Ulrich, Abgabenordnung, 3. Auflage 2014 (zitiert: Koenig/*Bearbeiter*)

Köhler, Helmut, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der mißbräuchlichen Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen, in: FS Schricker 2005, S. 725 (zitiert: *Köhler*, FS Schricker)

ders., BGB Allgemeiner Teil, 39. Auflage 2015 (zitiert: *Köhler*, BGB AT)

ders./Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 33. Auflage 2015 (zitiert: Köhler/Bornkamm/*Bearbeiter*)

Köhn, Kai, Der Betriebsführungsvertrag – Rechtliche Qualifikation und gesellschaftsrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen, Der Konzern 2011, 530

Kolbe, Sebastian, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013 (zitiert: *Kolbe*, Mitbestimmung)

Konzen, Horst, Privatrechtssystem und Betriebsverfassung, ZfA 1985, 469

ders., Der Mißbrauch betrieblicher Beteiligungsrechte, in: Lieb, Manfred/ Noack, Ulrich/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner, 1998, S. 799 (zitiert: *Konzen*, FS Zöllner)

von Koppenfeld-Spies, Katharina, Die Kollektivierung individueller Rechte im Arbeitsrecht – Zulässigkeit, Grenzen und Folgen von Kollektivwidersprüchen gem. § 613a Abs. 6 BGB, RdA 2010, 72

Krause, Rüdiger, Kollektiver Widerspruch beim Betriebsübergang – Rechtsmissbrauch wegen zu Grunde liegender Zweckverfolgung – Besprechung des Urteils BAG v. 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, RdA 2006, 228

Kühnel, Artur, Teilzeitanspruch – Rechtsmissbrauch bei nur geringfügigem Verringerungsbegehren, Anmerkung zu BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11, ArbRB 2013, 297

von Lackum, Jens, Die Gesetzesumgehung im Europarecht, 2009 (zitiert: *v.Lackum*, Gesetzesumgehung)

Lambrich, Thomas, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999 (zitiert: Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie)

Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 12. Auflage 2014 (zitiert: Langen/Bunte/ *Bearbeiter*, KartellR II)

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991 (zitiert: *Larenz*, Methodenlehre)

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995 (zitiert als: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre)

Latzel, Clemens, Unternehmerische Freiheit als Grenze des Arbeitnehmerschutzes – vom Ende dynamischer Bezugnahmen nach Betriebsübergang. Zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 18.7.2013 – Rs. C-426/11 – Alemo-herron u.a., RdA 2014, 110

ders., Schutz vor rückwirkendem Recht kraft Unionsrechts, EuR 2015, 415

ders., Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts, EuZW 2015, 658

Laux, Helga/Schlachter, Monika, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Auflage 2011 (zitiert: Laux/Schlachter/*Bearbeiter*)

Leisner-Egensperger, Anna, Das Verbot der Steuerumgehung nach der Reform des § 42 AO, DStZ 2008, 358

Lembke, Mark, Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 414

ders., Neues vom EuGH zum Befristungsschutz von Leiharbeitnehmern, NZA 2013, 815

Lepsius, Oliver, Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung, JZ 2014, 488

Lipinski, Wolfgang, Reichweite der Kündigungskontrolle durch § 613a IV 1 BGB, NZA 2002, 75

Lobinger, Thomas, Stärkung oder Verstaatlichung der Tarifautonomie?, JZ 2014, 810

Loth, Katharina, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, 2015 (zitiert: *Loth*, Prognoseprinzip)

dies./Ulber, Daniel, Grenzen der tarifvertraglichen Abweichungsbefugnis nach § 14 II 3 TzBfG, NZA 2013, 130

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker, Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage 2012 (zitiert: *Löwisch/Rieble*)

Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter, SE-Kommentar 2008 (zitiert: Lutter/Hommelhoff/*Bearbeiter*)

Mader, Daniela, Verfahrensmissbrauch nach Art. 11 SE-Richtlinie, 2014 (zitiert: *D.Mader*, Verfahrensmissbrauch)

Mader, Peter, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994), (zitiert als: *Mader*, Rechtsmißbrauch)

Maier-Reimer, Georg, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, 2577

Marhold, Franz/Beckers, Markus, Anm. zu BAG 28.7.1992 – 1 AZR 878/97 – EzA Art. 9 Arbeitskampf Nr. 106

Maschmann, Frank, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, NZA 2013, 1305

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, einschließlich 74. Ergänzungslieferung Mai 2015 (zitiert: Maunz/Dürig/*Bearbeiter*) Band 1

Mayer-Maly, Theo, Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, 557

Medicus, Dieter, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1994 (zitiert: *Medicus,* Abschied von der Privatautonomie)

ders., Allgemeiner Teil des BGB, 10. Auflage 2010, (zitiert: *Medicus*, BGB AT)

ders./Petersen, Jens, Bürgerliches Recht, 24. Auflage 2013 (zitiert: *Medicus/Petersen*)

Melot de Beauregard, Paul, Der kollektive Widerspruch der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang, BB 2005, 826

Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha, TzBfG, 4. Auflage 2012 (zitiert: Meinel/Heyn/Herms/*Bearbeiter*)

Merz, Hans, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmißbrauch, ZfRV 1977, 162

Mestmäcker, Ernst-Joachim, Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen, BB 1961, 945

ders., Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958 (zitiert: *Mestmäcker*, Verwaltung)

Meyer, Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2014 (zitiert: Meyer/*Bearbeiter*)

Möhn, Heinz-Josef, Zur Überprüfbarkeit der unternehmerischen Entscheidung im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung, ZTR 1995, 356

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage 2015 (zitiert: ErfK/ *Bearbeiter*)

Müller, Markus, Die Umgehung des Rechts des Verbrauchgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2003, 1975

Mundt, Stefan, Über die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften im Zusammenhang mit den Mitbestimmungstatbeständen in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz, 2002, (zitiert: *Mundt*, Kopplungsgeschäfte)

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang, ZPO, 12. Auflage 2015 (zitiert: Musielak/Voit/*Bearbeiter*)

Najdecki, Damian Wolfgang, Umgehung der Schutzvorschriften für den Verbrauchsgüterkauf 2008 (zitiert: *Najdecki*, Umgehung)

Nassibi, Ghazaleh, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012 (zitiert: *Nassibi*, Lohndumping)

Neuner, Jörg, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage 2005 (zitiert: *Neuner*, Rechtsfindung)

Nipperdey, Hans Carl, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920 (zitiert: *Nipperdey,* Kontrahierungszwang)

Oberthür, Nathalie, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012 (zitiert: *Oberthür*, Industriedienstleistung und Zeitarbeit)

Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Auflage 2014 (zitiert: Ohly/Sosnitza/*Bearbeiter*)

Olbertz, Klaus/Sturm, Nora, Unternehmerische Mitbestimmung, GmbHR 2014, 1254

Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage 2015 (zitiert: Palandt/*Bearbeiter*)

Papier, Hans-Jürgen, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, 137

Picker, Eduard, Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, ZfA 1998, 573

ders., Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, 761

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte. Staatsrecht II, 30. Auflage 2014 (zitiert: *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*)

Poguntke, David, Neue Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer, NZA 2014, 1372

Pohlmann, André, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, 2002 (zitiert: *Pohlmann*, Aufklärungspflichten)

Preis, Ulrich, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987 (zitiert: *Preis*, Prinzipien)

ders., Das erneuerte BGB und das Bundesarbeitsgericht, in: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 122 (zitiert: *Preis*, FS 50 Jahre BAG)

ders./Gotthardt, Michael, Neuregelung der Teilzeitarbeit und befristeten Arbeitsverhältnisse, DB 2000, 2065

dies., Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, DB 2001, 145

Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB, 10. Auflage 2015 (PWW/*Bearbeiter*)

Raiser, Ludwig, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius, summa iniuria, Tübinger Ringvorlesung 1963, S. 145 (zitiert: *Raiser*, summum ius)

Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Band 1, 4. Auflage 2013 (zitiert: MünchKommZPO/*Bearbeiter*)

Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 4. Auflage 2001 (zitiert: MünchKommBGB/*Bearbeiter*, 4. Aufl.)

Rehberg, Markus, Die missbräuchliche Verkürzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Societas Europaea, ZGR 2005, 859

Reichling, Tilman, Anm. zu BGH 10.8.2011 – KRB 55/10 – NJW 2012, 166

Reichold, Hermann, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995 (zitiert: *Reichold*, Betriebsverfassung)

Reiser, Martina, Umgehung des § 613a BGB durch Aufhebungsvertrag und Neuvertrag, 2015 (zitiert: *Reiser*, Umgehung)

Reiserer, Kerstin, "Lohndumping durch Werkverträge" – Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit, DB 2013, 2026

Repgen, Tilman, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Isensee, Josef (Hrsg.) Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11 (zitiert: *Repgen*, Antidiskriminierung)

Reuß, Philipp M., Anmerkung zu BVerfG 24.2.2015 – 1 BvR 472/14, NJW 2015, 1509

Reuter, Dieter, Gibt es eine arbeitsrechtliche Methode?, in: Dieterich, Thomas/Gamillscheg, Franz/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, 1983, S. 573 (zitiert: *Reuter*, FS Hilger/Stumpf)

Richardi, Reinhard, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968 (zitiert: *Richardi*, Kollektivgewalt)

ders., Arbeitsrecht und Zivilrecht, ZfA 1974, 3

ders. (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 14. Auflage 2014 (zitiert: Richardi/*Bearbeiter*)

ders./Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, 3. Auflage 2009 (zitiert: MüArbR/*Bearbeiter*)

Rieble, Volker, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996

ders., Anmerkung zu BVerfG vom 26. Juni 1991 – 1 BvL 779/85 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf, Nr.97

ders., Anmerkung zu BAG vom 17. Juni 1999 – 2 AZR 141/99 – EzA § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 102

ders., Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5

ders., Kollektivwiderspruch nach § 613aVI BGB, NZA 2005, 1

ders., Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung, BB 2006, 2018

ders., Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument, NZA 2010, 1145

ders., Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW 2011, 819

ders., Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012, S. 15 (zitiert: *Rieble*, Neue Wettbewerbsbedingungen)

ders., Zeitarbeit invers, NZA 2013, 309

ders., Industrienahe Dienstleistungen zwischen freiem Werkvertrag und regulierter Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 137

ders., Schnelle Mitbestimmungssicherung gegen die SE, BB 2014, 2997

ders., Tendenz-SE, AG 2014, 224

ders./Klebeck, Ulf, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758

ders./Klumpp, Steffen/Gistel, Cornelia, Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung, 2006 (zitiert: *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch)

ders./Latzel, Clemens, Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien, 2012 (zitiert: *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung)

ders./Picker, Christian, Lohnwucher, ZfA 2014, 153

ders./Vielmeier, Stephan, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474

Rittner, Fritz, Der privatautonome Vertrag als rechtliche Gestaltung des Soziallebens, JZ 2011, 269

Rolfs, Christian, Das neue Recht der Teilzeitarbeit, RdA 2001, 129

Rückert, Marianne, Koppelungsgeschäfte des Betriebsrats, 2003 (zitiert: *Rückert*, Koppelungsgeschäfte)

Rüdy, Hermann, Der Rechtsmißbrauch, 1934 (zitiert: Rüdy, Rechtsmißbrauch)

Rüthers, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Auflage 2012 (zitiert: *Rüthers,* Auslegung)

ders., Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, NJW 2011, 1856

ders./Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Auflage 2013 (zitiert: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie)

ders./Stadler, Astrid, Allgemeiner Teil des BGB, 18. Auflage 2014 (zitiert: *Rüthers/Stadler*, BGB AT)

Säcker, Franz-Jürgen, „Vernunft statt Freiheit" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, ZRP 2002, 286

ders., Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung, ZEuP 2006, 1

Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Auflage 2015 (zitiert: MünchKommBGB/*Bearbeiter*)

dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 6. Auflage 2012 (zitiert: MünchKommBGB/*Bearbeiter*)

dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 6. Auflage 2012 (zitiert: MünchKommBGB/*Bearbeiter*)

dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 6. Auflage 2012 (zitiert: MünchKommBGB/*Bearbeiter*)

dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 6. Auflage 2013 (zitiert: MünchKommBGB/*Bearbeiter*)

dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 6. Auflage 2012 (zitiert: MünchKommBGB/*Bearbeiter*)

Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 6. Auflage 2015 (zitiert: Saenger/*Bearbeiter*)

Sagan, Adam, The Misuse of a European Company according to Article 11 of the Directive 2001/86/EG, EBLR 2010, 15

ders., Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Bieder, Marcus/ Hartmann, Felix (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht 2012, S. 171 (zitiert: *Sagan*, Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft)

Salzmann, Andreas, Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung, 2015 (zitiert: *Salzmann*, Die zivilrechtliche Verwirkung)

Sansone, Piero, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011 (zitiert: *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern)

von Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts, Band I, 1840, (zitiert: *v.Savigny*, System)

Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Auflage 2013 (zitiert: Schaub/*Bearbeiter*)

Schellhammer, Kurt, Das neue Kaufrecht – Rechtsmängelhaftung, Rechtskauf und Verbrauchsgüterkauf, MDR 2002, 485

Scheuerle, Wilhelm A., Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1963), 429

Schick, Marius M., Die Gesetzesumgehung im Licht der nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung, 2007 (zitiert: *Schick*, Gesetzesumgehung)

Schiefer, Bernd, Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers, P&R 2014, 181

ders./Worzalla, Michael, Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang nach § 613a V BGB. Eine Bestandsaufnahme, NJW 2009, 558

Schindele, Fritz, Tarifpolitik auf den Kopf gestellt, ArbuR 2008, 31

Schlachter, Monika, Das Konzept des Missbrauchs im EU-Befristungsrecht, in: Henssler, Martin/Joussen, Jacob/Maties, Martin/Preis, Ulrich, Festschrift für Rolf Wank zum 70. Geburtstag, 2014, S. 503 (zitiert: *Schlachter*, FS Wank)

Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002 (zitiert: *K.Schmidt*, GesellschaftsR)

Schmidt-Rimpler, Walter, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130

Schmitt, Laura, Kettenbefristung im Vertretungsfall – ein neuer Maßstab für die Missbrauchskontrolle?, ZESAR 2012, 369

Schmitt-Rolfes, Günter, Missbrauch von Werkverträgen?, AuA 2013, 631

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig, Arbeitsrecht, 2. Auflage 1954 (zitiert: *Schnorr von Carolsfeld*, Arbeitsrecht)

ders., Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, RdA 1964, 297

Schoch, Friedrich, Informationsfreiheitsgesetz, 2009 (zitiert: *Schoch*, IFG)

Schönke, Adolf/Schröder Horst (Begr.), Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014 (zitiert: Schönke/Schröder/*Bearbeiter*)

Schoof, Christian, Koppelungsgeschäfte in der Betriebsverfassung, ArbuR 2007, 289

Schröder, Thomas, Zum Begriff der Gesetzesumgehung im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung für die praktische Anwendung des Rechts, 2013 (zitiert: *Schröder*, Gesetzesumgehung im Strafrecht)

Schulze, Reiner/Dörner Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo/Schreiber, Klaus/Schulte-Nölke, Hans/ Staudinger, Ansgar, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage 2014 (zitiert: HK-BGB/*Bearbeiter*)

Schüren, Peter, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, ArbuR 2008, 239

ders./Wank, Rolf, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1

Schurig, Klaus, Die Gesetzesumgehung im Privatrecht, in: Heldrich, Andreas/Sonnenberger, Hans Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag, 1988, S. 375 (zitiert: *Schurig*, FS Ferid)

Schwonberg, Alexander, Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung, 1997 (zitiert als: *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung)

Serr, Stephan, Befristung auf Grund eines gerichtlichen Vergleichs nach § 286 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO, SAE 2013, 44

Siebert Wolfgang, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934 (zitiert: *Siebert,* Verwirkung)

ders., Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, 1935 (zitiert: *Siebert*, Rechtsmißbrauch)

Sieker, Susanne, Umgehungsgeschäfte, 2001 (zitiert: *Sieker*, Umgehungsgeschäfte)

Sievers, Jochen, Darlegungs- und Beweislast bei missbräuchlicher Sachgrundbefristung, Anm. zu BAG 19.2.2014 – 7 AZR 260/12 – jurisPR-ArbR 26/2014 Anm. 3

Sieweke, Simon, Voraussetzungen und Folgen der missbräuchlichen Ausübung von Mitbestimmungsrechten, NZA 2012, 426

Sittard, Ulrich/Houf, Maximilian V. Otto, Anmerkung zu EuGH Große Kammer, Urteil vom 17.3.2015 – C-533/13, EuZW 2015, 386

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015 (zitiert: Spindler/Schuster/*Bearbeiter*)

Soergel, Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Auflage 1999 (zitiert: Soergel/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht I, §§ 241-432, 12. Auflage 1990 (zitiert: Soergel/*Bearbeiter*)

Söllner Alfred, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, 144

von Staudinger, Julius (Begr.), Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2014 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*, Eckpfeiler)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 90-103; §§ 104-124; §§ 130-133, Neubearbeitung 2012 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 134-138, Neubearbeitung 2011 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 139-163, Neubearbeitung 2010 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 164-240, Neubearbeitung 2014 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-243, Neubearbeitung 2015 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG, Neubearbeitung 2013 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326, Neubearbeitung 2009 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432, Neubearbeitung 2012 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 562-580a, Neubearbeitung 2014 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. zu §§ 611 ff; §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1), Neubearbeitung 2010 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. zu §§ 620 ff; §§ 620-630 (Dienstvertragsrecht 3), Neubearbeitung 2012 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

ders. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht, Einleitung zum Familienrecht; §§ 1297-1352; Anhang zu § 1297 ff. Neubearbeitung 2015 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

vom Stein, Jürgen, Missbrauchskontrolle bei befristeten Arbeitsverträgen, NJW 2015, 369

Stiebert, Tom, Anmerkung zu EuGH Große Kammer, Urteil vom 17.3.2015 – C-533/13, NJW 2015, 1234

Straub, Dieter, Erste Erfahrungen mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, NZA 2001, 919

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, (zitiert: Streinz/*Bearbeiter*)

Tamussino, Philipp, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, 1990 (zitiert: Tamussino, Umgehung)

Teichmann, Arndt, Die Gesetzesumgehung, 1962 (zitiert: Teichmann, Gesetzesumgehung)

ders., Venire contra factum proprium – Ein Teilaspekt rechtsmißbräuchlichen Handelns, JA 1985, 497

ders., Die „Gesetzesumgehung“ im Spiegel der Rechtsprechung, JZ 2003, 762

Temming, Felipe, Anmerkung zu EuGH Große Kammer, Urteil vom 17.3.2015 – C-533/13, jurisPR-ArbR 25/2015 Anmerkung 1

Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Begr.), ZPO, 36. Auflage 2015 (zitiert: Thomas/Putzo/*Bearbeiter*)

Thum, Rainer, Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit, 2002 (zitiert: *Thum*, Betriebsbedingte Kündigung)

von Thur, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, 1910 (zitiert: *v.Thur*, BGB AT I)

Thüsing, Gregor (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage 2012 (zitiert: Thüsing/*Bearbeiter*, AÜG)

ders./Fütterer, Johannes, Der Syndikus und die Anwaltszulassung nach dem Referentenentwurf des BMJV – Sein oder Nichtsein?, NZA 2015, 595

ders./von Hoff, Konrad, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21

ders./Stiebert, Tom, Zum Begriff “vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632

Tipke, Klaus/Lang, Joachim, Steuerrecht, 21. Auflage 2013 (zitiert: Tipke/Lang/*Bearbeiter*)

Tomasic, Lovro, Effet utile, 2013 (zitiert: *Tomasic*, Effet utile)

Ulber, Jürgen, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2012 (zitiert: J.Ulber/*Bearbeiter*)

ders., Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, NZA 2009, 232

Ulmer, Peter/Brandner, Erich/Hensen, Horst-Diether, AGB-Recht 11. Auflage 2011 (zitiert: Ulmer/Brandner/Hensen/*Bearbeiter*)

ders./Habersack, Mathias/Henssler, Martin, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2013 (zitiert: Ulmer/Habersack/Henssler/*Bearbeiter*, MitbestR)

Veelken, Winfried, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, 1975 (zitiert: *Veelken*, Betriebsführungsvertrag)

Vielmeier, Stephan, Tarifzensur, 2014 (zitiert: *Vielmeier*, Tarifzensur)

Waltermann, Raimund, Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag, in: Köbler, Gerhard/Heinze, Meinhard/Hromadka, Wolfgang (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, 2000 (zitiert: *Waltermann*, FS Söllner)

ders., Entwicklungslinien der Tarifautonomie, RdA 2014, 86

Wank, Rolf, Änderung von Arbeitsbedingungen, NZA-Beilage 2012, 41

ders., Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013 (zitiert: *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung)

Weber-Grellet, Heinrich, Steuern im modernen Verfassungsstaat, 2001 (zitiert: *Weber-Grellet*, Steuern)

Wendt, Otto, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, AcP 100 (1906), 1

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Auflage 2015 (zitiert: *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT)

Westerhoff, Rudolf, Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung, 1966 (zitiert: *Westerhoff*, Gesetzesumgehung)

Westermann, Harm Peter, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241

Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 14. Auflage 2014 (zitiert: Erman/*Bearbeiter*)

Graf von Westphalen, Friedrich, Auslegung von Gesetzen: Vom nationalen zum europäischen Privatecht, AnwBl 2008, 1

Wieacker, Franz, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956 (zitiert: *Wieacker*)

Wiebauer, Bernd, Kollektiv- oder individualvertragliche Sicherung der Mitbestimmung, 2010, (zitiert: *Wiebauer*, Sicherung der Mitbestimmung)

ders., Das vertragsrechtliche Fundament der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, RdA 2013, 364

Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Auflage 2007 (zitiert: Wiedemann/*Bearbeiter*, TVG)

ders., Tarifautonomie heute, BB 2013, 1397

Wieling, Hans Josef, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), 334

Wiese, Günther/ Kreutz, Peter/ Oetker, Hartmut/ Raab, Thomas/ Weber, Christoph/ Franzen, Martin/ Gutzeit, Martin/ Jacobs, Matthias, Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar Band II, 10. Auflage 2014 (zitiert als: GK-BetrVG/*Bearbeiter*)

Wilken, Frauke, Regelungsgehalt des Maßregelungsverbots gem. § 612a BGB, 2001 (zitiert: *Wilken*, Maßregelungsverbot)

Windscheid, Bernhard, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856

Wlotzke, Otfried/Preis, Ulrich/Kreft, Burghard (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage 2009 (zitiert: Wlotzke/Preis/Kreft/ *Bearbeiter*, BetrVG)

Wolf, Manfred/Lindacher, Walter/Pfeiffer, Thomas, AGB-Recht, 6. Auflage 2013 (zitiert: Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Bearbeiter*)

Wolf, Manfred/Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10 Auflage 2012 (zitiert: *Wolf/Neuner* BGB AT)

Worzalla, Michael, Mitbestimmung des Betriebsrats in Eil- und Notfällen, 1992 (zitiert als: *Worzalla*, Mitbestimmung)

Zimmermann, André, Tatbestandsrätsel „vorübergehend" – weiter ungelöst, NZA 2015, 528

ders., Staatshaftung wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung – Haftungsfall Leiharbeitsrichtlinie, ArbR 2015, 165

Zimmermann, Annette, Das Rechtsmißbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 2001, (zitiert als: *Zimmermann*, Rechtsmißbrauchsverbot)

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Auflage 2012 (zitiert: Zippelius, Methodenlehre)

ders., Rechtsphilosophie, 6. Auflage 2011 (zitiert: *Zippelius*, Rechtsphilosophie)

Zöllner, Wolfgang, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), 221

Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 8 Teil 2, 3. Auflage 2012 (zitiert KölnKommAktG/*Bearbeiter*)

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1	Zukunft der Unternehmensmitbestimmung 1. ZAAR-Kongress ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
Band 2	Zukunft des Arbeitskampfes 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
Band 3	Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit 2. ZAAR-Kongress ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
Band 4	Robert Lubitz Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
Band 5	Transparenz und Reform im Arbeitsrecht 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
Band 6	Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen? 3. ZAAR-Kongress ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
Band 7	Till Brocker Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0

Band 14 Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7

Band 15 Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4

Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7

Band 17 Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4

Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8

Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5

Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2

Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9

Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6

Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3

Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0

Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6

Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3

Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7

Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4

Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
4. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1

Band 32 Stephan Vielmeier
Tarifzensur
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8

Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – Von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur
10. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5

Band 34 Stephan Serr
Privative Tariftreue
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9

Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
5. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5

Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?
11. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2

Band 37 Entgrenzter Arbeitskampf?
6. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9

Band 38 Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
12. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6

Band 39 Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
7. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3