

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. Tarifaufonomie 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 Gesetzesum- gehung	59

§ 3 Der Rechtsmissbrauch..... 60

A. Untaugliche Definitionsversuche	60
I. Bedeutung des Wortes Rechtsmissbrauch	60
II. Rechtsmissbrauch als »Handeln ohne Recht«	60
III. Rechtsmissbrauch 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 Rechtsaus- übung.....	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 gesetztes- 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 unregelmäßigten 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 Rechts- missbrauchs.....	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 Motiv- kontrolle.....	121
[1] Sittenwidrigkeitskontrolle als Außenschranke subjektiver Rechte	121
[2] Objektive Kontrollfunktion der Sittenwidrig- keitskontrolle.....	121
[3] Subjektive Kontrollfunktion der Sittenwidrig- keitskontrolle.....	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 Motiv- kontrollfunktion des AGG.....	125
ee. Nicht: Simulation und Mentalreservation	126
ff. Nicht: § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB – Die Schein- ehe	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 Motiv- kontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs?.....	133
[3]	Motivkontrolle als Ausnahmefall	134
e.	Voraussetzung der Motivkontrollfunktion: Subjek- tive 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 Aktien- recht.....	136
[3]	Beispiel: § 242 BGB und »AGG-Hopping«	138
cc.	Absolute und relative subjektive Zweck- bindung	138
dd.	Motivkontrollfunktion des individuellen Rechtsmissbrauchs	139
ee.	Folgen der Motivkontrollfunktion.....	139
4.	Willkürkontrollfunktion des Rechtsmissbrauchs	139
a.	Willkür- und Rechtsmissbrauchskontrolle als Aus- druck des Gerechtigkeitsprinzips (Art. 3 Abs. 1 GG) ..	140
b.	»Sachliche Gründe« und Willkürkontrolle.....	140
c.	Willkürkontrollfunktion als Folge der Motiv- kontrolle.....	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 Rechtsmissbrauchsnormen	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 Missbrauchs-konzept..... 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 deutschrechtliche 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 Rechtssicher- heit und Rechtsklarheit	178
§ 5 Ergebnisse des Grundlagenteils.....	179
§ 6 Entgrenzung der Missbrauchs- und Umgehungs- lehre im Arbeitsrecht	181
A. Funktionale Unterschiede zivil- und arbeitsrechtlicher Miss- brauchs- 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 Sonder- kündigungsschutz	184
5. Der Vergleich zum Wohnraummiet- und Verbraucher- schutzrecht.....	185
a. Rechtsmissbrauch und Umgehung im Wohn- raummietrecht	185
b. Rechtsmissbrauch und Umgehung im Ver- braucherschutzrecht	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 gesetz- licher Anordnung	190
b. Faktische Verringerung des Anwendungsbereichs.....	191
5. Zwischenergebnis	191
IV. Keine arbeitsrechtsspezifischen Rechtfertigungsmöglich- keiten 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 Maß- regelungsverbote	192
c. Motivkontrolle nach AGG	193
d. Das Erfordernis sachlicher Gründe.....	193
e. Keine weiterreichende Motivkontrollmöglichkeit mittels Rechtsmissbrauch	195
3. Zwischenergebnis: Motivkontrollfunktion des Arbeits- rechtsmissbrauchs	195
V. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und Anwen- dungsbereich des Rechtsmissbrauchs.....	196
VI. Untätigkeit des Gesetzgebers als erweiterte Methoden- kompetenz.....	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 Missbrauchs- kriterium.....	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 Widerspruchsrechts 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 Teilzeitananspruch, § 8 TzBfG	204
b.	Der Missbrauch des Teilzeitverlangens	205
c.	Sonderfall: Teilzeitananspruch 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 Teilzeitanpruchs.....	210
[1] Teleologische Reduktion des § 8 TzBfG	210
[2] Vorschlag: Verringerung der Wochenarbeits- zeit 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 unter- nehmerischer Entscheidungen	212
b. Grundsätzliche Kontrollfreiheit der Unternehmer- entscheidung.....	213
c. Rechtsmissbrauchs- versus Willkürkontrolle.....	213
d. Konkrete Fälle der Willkürkontrolle mit Ent- grenzungstendenz.....	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 Willkür- kontrolle.....	218
IV. Gegenbeispiel: Umgehung der Sozialauswahl durch Un- kündbarkeitsvereinbarung.....	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 Kettenbe- fristungen	223

[1]	Die Rechtssache »Kücük«	225
[2]	Konkretisierung und Bestätigung der <i>Kücük</i> - 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 Vor- gaben	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 Missbrauchs- kontrolle.....	231
[3]	Flexibilität versus Vorhersehbarkeit	232
[4]	Übereinstimmung der BAG Rechtsprechung mit Unionsrecht.....	232
[a]	Berücksichtigung aller Umstände des Einzel- falls.....	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 teleo- logischer Reduktion.....	237
[2]	Keine starren Grenzen zu Gunsten von Transparenz	237
[3]	Gesamtzahl und -dauer als wesentliche Miss- brauchskriterien	238
[4]	Beibehaltung des Konzepts der mittelbaren Stellvertretung	238
dd.	Ergebnis: Kettenbefristung mit Sachgrund.....	239

c.	Kettenbefristung durch mehrfaches Hinaus-	
	schieben der Regelaltersgrenze, § 41 Satz 3 SGB VI..	239
d.	Sachgrundlose Kettenbefristung – individueller	
	Rechtsmissbrauch	240
aa.	Die Gestaltungsmöglichkeiten	240
bb.	BAG-Rechtsprechung zum Anschlussbefris-	
	tungsverbot.....	241
[1]	Arbeitnehmerüberlassung zur Umgehung des	
	§ 14 Abs. 2 TzBfG	241
[2]	Der Gemeinschaftsbetrieb als Umgehungsstra-	
	tegie	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 Arbeitnehmerüber-	
	lassung.....	250
a.	Anwendungsbereich des AÜG	250
b.	Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung(?)	250
aa.	Entscheidungskompetenz des EuGH	250
bb.	Beschränkter Anwendungsbereich versus Ver-	
	bot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung ..	251
cc.	(Fehlende) Stellungnahmen des EuGH und	
	der Europäischen Kommission	251
dd.	BAG: Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüber-	
	lassung.....	252
ee.	Keine gesetzliche Sanktion bei dauerhafter	
	Arbeitnehmerüberlassung	252

c.	Untaugliche Bekämpfungsversuche.....	253
aa.	Restriktives Verständnis der gewerberech- lichen 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 Strohmanngeschäftes.....	258
	[4] Zulässigkeit von sog. »Drehtürkonstrukten«.....	258
e.	Ergebnis und Ausblick zur dauerhaften Arbeit- nehmerüberlassung.....	258
3.	Zwischenergebnis – atypische Beschäftigung.....	259
II.	Falschbezeichnung und Rechtsmissbrauch.....	260
1.	Der Einsatz von Werkverträgen.....	260
a.	Werk-/Dienstvertrag als Tarifflichtinstrument.....	260
b.	Werk-/Dienstvertrag statt Arbeitnehmerüber- lassung.....	261
aa.	Direktionsrecht als Abgrenzungskriterium.....	261
bb.	Irrelevanz des Rechtsmissbrauchs für eine Abgrenzung.....	261
cc.	Möglichkeit des individuellen Rechtsmiss- brauchs 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 Abgren- zungsschwierigkeiten.....	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

A. Tarifaufonomie versus Betriebsautonomie	269
I. Tarifaufonomie als kollektiv ausgeübte Privataufonomie	269
1. Delegationstheorie	270
2. Der privatautonome Ansatz	270
3. Folgen für den Rechtsmissbrauchseinwand	271
II. Betriebsautonomie als funktionsgebundene Aufonomie	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 Um- gehung	273
aa. Tarifzensur	273
bb. Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsgrundrecht	273
cc. Die Funktion tarifdispositiven Gesetzesrechts ...	274
dd. Keine ergänzende Tarifauslegung und Tarif- extension durch Rechtsmissbrauch	274
c. Zwischenergebnis – Kein Rechtsmissbrauch durch Abweichung von tarifdispositivem Recht	275
2. Die tariflich erweiterte sachgrundlose Befristungs- möglichkeit	275
a. § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG und Anwendungsbereich des Unionsrechts	275
b. Unionsrechtliche Grenzen der tariflich verlänger- ten 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 angemäße Zustimmungsverweigerung	278
aa.	Beispiel - Leiharbeitnehmereinsatz	278
[1]	Rechtsanmaßung statt Rechtsmissbrauch	278
[2]	Identifikation und Umgang mit der Rechtsanmaßung	279
[a]	Anforderungen an die Begründung der Zustimmungsverweigerung	279
[b]	Umgang mit der angemäßen Zustimmungsverweigerung	279
[3]	Zustimmungsverweigerungsgründe beim Leiharbeitnehmereinsatz	280
[4]	Der Umgang mit provozierten Zustimmungsersetzungsverfahren	281
bb.	Zwischenergebnis – angemäße 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