

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 351

Die Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Vom Sachgrunderfordernis zum Rechtsmissbrauchsverbot

Von

Tanja Rudnik



Duncker & Humblot · Berlin

TANJA RUDNIK

Die Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung
des Bundesarbeitsgerichts

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 351

Die Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Vom Sachgrunderfordernis zum Rechtsmissbrauchsverbot

Von

Tanja Rudnik



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät II für Informatik, Wirtschafts- und Rechtswissenschaften
der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg hat diese Arbeit im Jahre 2017
als Dissertation angenommen.

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
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-15491-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55491-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85491-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Fakultät II für Informatik, Wirtschafts- und Rechtswissenschaften der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Mitte 2017 berücksichtigt.

Den Personen, die mich während der Promotionszeit unterstützt haben, danke ich ganz herzlich.

An erster Stelle gebührt mein Dank Frau Prof. Dr. Christiane Brors für die herausragende Betreuung dieser Arbeit. Sie hatte die Idee zum Thema und hat mich bei der Umsetzung unterstützt und motiviert, wann immer es nötig war. Nur dank ihres außergewöhnlichen Engagements konnte der gegen Ende recht ehrgeizige Zeitplan eingehalten werden.

Herrn Prof. Dr. Wolfgang Hamann danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die schöne und lehrreiche Zeit, die ich als Mitarbeiterin an dem von ihm geleiteten Lehrstuhl für Wirtschaftsprivat- und Arbeitsrecht verbringen durfte.

Den Herausgebern der Reihe „Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht“ danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit.

Schließlich danke ich allen Personen in meinem privaten und beruflichen Umfeld, die mir durch ihre Unterstützung die Erstellung dieser Arbeit ermöglicht oder erleichtert haben.

Gelsenkirchen, im August 2018

Tanja Rudnik

IV.	Rechtsfortbildung extra legem	46
1.	Grundsätze der Rechtsfortbildung extra legem	46
a)	Subsidiarität	47
b)	Gesetzeslücke im weiteren Sinne	47
aa)	Maßstäbe der Lückenfeststellung	48
bb)	Kategorien von Gesetzeslücken im weiteren Sinne	50
c)	Erreichen der Eingriffsschwelle	53
d)	Ausfüllung der Gesetzeslücke im Einklang mit der Rechts- ordnung	53
e)	Keine Rechtsfortbildung contra legem	54
2.	Rechtsfortbildung extra legem in Umgehungsfällen	55
V.	Allgemeine und umgebungsspezifische Wertungen	57
1.	Wertungen bei der Auslegung und Rechtsfortbildung	57
2.	Bedeutung von Wertungen in Umgehungsfällen	60
3.	Umgebungsspezifische Wertungskriterien	62
a)	Objektive Kriterien	63
aa)	Besonderheiten des umgangenen Gesetzes	63
bb)	Weitere objektive Wertungskriterien	64
b)	Subjektive Kriterien	65
VI.	Rechtsfolgen	68
1.	Anwendung der umgangenen Norm	68
2.	Nichtigkeit des Umnehmungsgeschäfts	68
3.	Andere Rechtsfolgen	69
E.	Alternative Lösungsansätze	70
I.	Eigenständige Lehre von der Gesetzesumgehung	70
1.	Bedeutung gesetzlicher Umgehungsregelungen	71
a)	Literaturmeinungen	71
b)	Bedeutung bei der Lösung von Umgehungsfällen	72
2.	Bedeutung von Analogieverboten	73
II.	Sittenwidrigkeit von Umnehmungsgeschäften	73
III.	Scheingeschäft	74
IV.	Sachverhaltsauslegung	76
F.	Ergebnisse	78
§ 3	Institutioneller und individueller Rechtsmissbrauch	80
A.	Definitionsvorschläge und Grundlagen	80
B.	Historische Entwicklung	82
C.	Kategorien des Rechtsmissbrauchs	85
I.	Individueller Rechtsmissbrauch	86
II.	Institutioneller Rechtsmissbrauch	86
D.	Rechtsmissbrauch in der Methodenlehre	88

I.	Rechtsmissbrauch und Auslegung des § 242 BGB	89
II.	Institutioneller Rechtsmissbrauch und teleologische Reduktion	91
1.	Reichweite der teleologischen Reduktion	92
2.	Verhältnis von teleologischer Reduktion und institutionellem Rechtsmissbrauch	95
III.	Lösung von Fällen des Rechtsmissbrauchs im Wege der Rechts- fortbildung extra legem	96
1.	Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs	97
a)	Bestehen einer Sonderverbindung	97
b)	Subsidiarität	97
c)	Gesetzeslücke im weiteren Sinne	98
aa)	Maßstäbe der Lückenfeststellung	99
bb)	Rechtsmissbrauch als innerrechtliche Ausnahme	100
cc)	Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs	101
(1)	Fallgruppen des individuellen Rechtsmissbrauchs .	102
(2)	Fallgruppen des institutionellen Rechtsmissbrauchs	104
d)	Erreichen der Eingriffsschwelle	107
2.	Rechtsfolgen des Rechtsmissbrauchs	108
a)	Maßstäbe der Lückenfüllung	108
b)	Einzelne Rechtsfolgen	109
3.	Prozessuale Durchsetzung	110
E.	Ergebnisse	111
§ 4	Verhältnis zwischen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch	113
A.	Spezialität oder Aliud	113
I.	Auffassungen in der Literatur	113
II.	Ergebnis der dogmatischen Einordnung	115
1.	Aliud-Verhältnis	115
2.	Überschneidung von Umgehung und Rechtsmissbrauch	117
B.	Prüfungsreihenfolge	118
I.	Vorgehensweise in Literatur und Rechtsprechung	119
II.	Ergebnis der dogmatischen Einordnung	120
1.	Präzisierung der Fragestellung	120
2.	Richtige Prüfungsreihenfolge	120
III.	Auswirkungen der Methodenwahl auf das Ergebnis	121
1.	Anwendungsbereich	121
2.	Eingriffsschwelle	123
3.	Rechtsfolgen	124
4.	Rechtssicherheit	125
C.	Ergebnisse	126

*Zweiter Teil***Rechtsprechung der obersten Gerichte zu Gesetzesumgehung
und Rechtsmissbrauch**

128

§ 5	Tatbestand der „objektiven Gesetzesumgehung“ des BAG	128
A.	Begründung der „objektiven Gesetzesumgehung“ durch eine Leitentscheidung des Großen Senats	128
I.	Sachverhalt	129
II.	Rechtlicher Hintergrund	129
III.	Entscheidung des Großen Senats	131
B.	Allgemeiner Tatbestand der „objektiven Gesetzesumgehung“	133
I.	Vereitelung des Zwecks einer zwingenden Rechtsnorm	134
II.	Missbräuchliche Verwendung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten	135
1.	Missbrauch als Verstoß gegen die Ziele der Rechtsordnung	136
2.	Wertungsabhängigkeit des Missbrauchsbegriffs	137
3.	Institutioneller Rechtsmissbrauch als Voraussetzung der Umgehung?	139
C.	Einordnung in die Methodenlehre	140
I.	Gesetzesumgehung als Nutzung von Gesetzeslücken	140
II.	Lösung von Umgehungsfällen durch Rechtsfortbildung	141
D.	Praktische Bedeutung der Umgehungsrechtsprechung des BAG	144
E.	Ergebnisse	146
§ 6	Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch in der Rechtsprechung anderer oberster Gerichte	148
A.	Bundesgerichtshof	148
I.	Rechtsprechung zu Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch	148
1.	Umgang mit Fällen der Gesetzesumgehung	148
2.	Prüfung des Rechtsmissbrauchs	149
a)	Tatbestand	150
b)	Rechtsfolgen	151
3.	Verhältnis von Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch	151
II.	Übertragbarkeit auf das Arbeitsrecht	152
B.	Bundesverwaltungsgericht	153
I.	Rechtsprechung zu Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch	153
1.	Umgang mit Fällen der Gesetzesumgehung	153
2.	Prüfung des Rechtsmissbrauchs	154
II.	Übertragbarkeit auf das Arbeitsrecht	156
C.	Bundesfinanzhof	157
I.	Prüfung der Steuerumgehung	158
II.	Übertragbarkeit auf das Arbeitsrecht	159
D.	EuGH	159

I.	Rechtsprechung zu Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch	159
1.	Fokussierung auf den Missbrauch von Gemeinschaftsrecht	159
2.	Prüfung des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsmissbrauchs	161
II.	Übertragbarkeit auf das deutsche Arbeitsrecht	163
E.	Ergebnisse	165

Dritter Teil

Lösungswege des BAG in Umgehungsfällen 167

§ 7	Erfordernis eines sachlichen Grundes	167
A.	Befristung zur Umgehung des Kündigungsschutzes	168
I.	Befristungsrechtsprechung bis zum Inkrafttreten des TzBfG	169
1.	Tatbestand der Gesetzesumgehung durch Befristung	169
a)	Durch Befristung umgangene Kündigungsschutzvorschrift .	170
b)	Fehlen eines sachlichen Grundes	171
2.	Rechtsfolgen unzulässiger Befristungen	175
3.	Prozessuale Durchsetzung	178
II.	Aufnahme in der Literatur	181
1.	Dogmatische Kritik an der Umgehungsrechtsprechung	181
2.	Alternative Begründungen für das Erfordernis eines sachlichen Grundes	183
3.	Kritik am Erfordernis eines sachlichen Grundes	184
III.	Gesetzliche Regelungen zum befristeten Arbeitsverhältnis	185
IV.	Einordnung in die Methodenlehre	187
1.	Art der Rechtsfortbildung	187
2.	Erfüllung der Voraussetzungen der Rechtsfortbildung extra legem	190
a)	Subsidiarität	191
aa)	Möglichkeit analoger Anwendung von Kündigungsbestimmungen	192
bb)	Möglichkeit teleologischer Reduktion des § 620 BGB ..	194
b)	Gesetzeslücke	194
c)	Erreichen der Eingriffsschwelle	196
aa)	Bestimmung der konkreten Eingriffsschwelle	196
bb)	Überschreitung der Eingriffsschwelle bei sachgrundloser Befristung	198
d)	Ausfüllung der Gesetzeslücke im Einklang mit der Rechtsordnung	199
e)	Keine Rechtsfortbildung contra legem	200
3.	Zwischenergebnis	201
B.	Umgehung des Kündigungsschutzes durch andere Gestaltungen	202
I.	Auflösende Bedingung und bedingte Aufhebung	202

1.	Rechtsprechung und Literatur	202
2.	Rechtliche Vergleichbarkeit	205
II.	Kündigung kurz vor Verschärfung des Kündigungsschutzes	207
1.	Rechtsprechung und Literatur	207
2.	Rechtliche Vergleichbarkeit	208
III.	Aufhebungsvertrag mit langer Auslauffrist	209
C.	Befristung zur Umgehung der Lohnfortzahlungspflicht	210
I.	Rechtsprechung und Literatur	211
II.	Übertragbarkeit des Sachgrunderfordernisses	212
D.	Mittelbares Arbeitsverhältnis	213
I.	Rechtsprechung und Literatur	213
II.	Übertragbarkeit des Sachgrunderfordernisses	216
III.	Gesetzliche Regelungen zum mittelbaren Arbeitsverhältnis	217
E.	Umgehung von Arbeitnehmerrechten durch Stellengestaltung	218
I.	Kündigung wegen Änderung des Anforderungsprofils	218
1.	Rechtsprechung und Literatur	218
2.	Übertragbarkeit des Sachgrunderfordernisses	219
II.	Verlängerungsanspruch nach § 9 TzBfG	220
1.	Rechtsprechung und Literatur	220
2.	Übertragbarkeit des Sachgrunderfordernisses	221
F.	Änderung des Vertragsinhalts wegen Betriebsübergangs	223
I.	Rechtsprechung des BAG	223
II.	Aufnahme in der Literatur	226
III.	Einordnung in die Methodenlehre	227
1.	Scheingeschäft oder Vertragsauslegung?	228
2.	Erfordernis eines sachlichen Grundes für Änderungsverträge	230
a)	Art der Rechtsfortbildung	230
b)	Erfüllung der Voraussetzungen der Rechtsfortbildung extra legem	230
aa)	Gesetzeslücke	230
bb)	Subsidiarität	233
cc)	Wertungsähnlichkeit mit der Befristung von Arbeitsverhältnissen	233
dd)	Ausfüllung der Gesetzeslücke im Einklang mit der Rechtsordnung	234
IV.	Gesetzliche Regelung von Änderungsvereinbarungen	235
G.	Ergebnisse	236
I.	Herleitung des Sachgrunderfordernisses bei Befristungen	236
II.	Übertragung auf andere Fallgruppen	237
III.	Fallgruppenübergreifende Ergebnisse	238

§ 8 Kernbereichslehre	240
A. Änderungsvorbehalte	240
I. Rechtsprechung des BAG	241
II. Aufnahme in der Literatur	243
III. Einordnung in die Methodenlehre	244
1. Art der Rechtsfortbildung	244
2. Erfüllung der Voraussetzungen der Rechtsfortbildung extra legem	245
a) Subsidiarität	245
b) Gesetzeslücke	246
c) Erreichen der Eingriffsschwelle	248
d) Ausfüllung der Gesetzeslücke im Einklang mit der Rechts-	
ordnung	249
IV. Gesetzliche Regelung von Änderungsvorbehalten	250
B. Null-Stunden-Verträge	251
C. Befristung einzelner Arbeitsbedingungen	253
D. Ergebnisse	255
§ 9 Auslegung und Anwendung von Umgehungsregelungen	257
A. Umgehung der Pflicht zur Zusage einer Karenzentschädigung	257
I. Rechtsprechung und Literatur	257
1. Bedingtes Wettbewerbsverbot	258
2. Vorvertrag	259
3. Geheimhaltungs- oder Mandantenschutzklausel	260
II. Einordnung in die Methodenlehre	261
B. Ergebnisse	263
§ 10 Anwendung einer Norm über ihren Wortlaut hinaus	264
A. Umgehung von Kündigungsfristen durch auflösende Bedingung	264
B. Anwesenheitsprämien	265
C. Zusammenrechnung von Arbeitsverhältnissen	267
D. Umgehung von § 84 AktG	269
E. Ergebnisse	270
§ 11 Institutioneller und individueller Rechtsmissbrauch	271
A. Kettenbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG	271
I. Rechtsprechung	272
1. Problemstellung in der Rechtssache „Küçük“	272
2. Rechtsprechung des EuGH	272
3. Entwicklung der BAG-Rechtsprechung	274
II. Aufnahme in der Literatur	276
III. Einordnung in die Methodenlehre	280

1.	Einwände gegen die BAG-Rechtsprechung	280
a)	Subsidiarität des institutionellen Rechtsmissbrauchs	280
b)	Anwendungsbereich des institutionellen Rechtsmissbrauchs	280
c)	Mangelnde Effektivität der Missbrauchskontrolle	281
2.	Vorschläge der Literatur	282
3.	Lösung nach dem Gesetzeswortlaut	283
4.	Zwischenergebnis	286
B.	Rahmenvereinbarung mit befristeten Einzelverträgen	286
I.	Rechtsprechung und Literatur	287
II.	Einordnung in die Methodenlehre	289
C.	Wiederholte sachgrundlose Befristung	290
I.	Rechtsprechung des BAG	290
II.	Aufnahme in der Literatur	294
III.	Einordnung in die Methodenlehre	297
1.	Erfüllung der Voraussetzungen der Rechtsfortbildung extra legem	297
a)	Gesetzeslücke	297
b)	Subsidiarität	298
aa)	Lösung durch Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG	298
bb)	Lösung durch analoge Anwendung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG	299
(1)	Gemeinschaftsbetrieb	300
(2)	Arbeitnehmerüberlassung	301
c)	Erreichen der Eingriffsschwelle	302
d)	Ausfüllung der Gesetzeslücke im Einklang mit der Rechtsordnung	304
2.	Zwischenergebnis	306
D.	Scheinbewerbung zwecks Entschädigungsklage nach § 15 Abs. 2 AGG ..	307
I.	Rechtsprechung	308
1.	Objektive Eignung und subjektive Ernsthaftigkeit	308
2.	Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht	311
II.	Aufnahme in der Literatur	312
III.	Einordnung in die Methodenlehre	314
1.	Individueller oder institutioneller Rechtsmissbrauch?	314
2.	Subsidiarität der Rechtsfortbildung extra legem	315
3.	Zweistufige Lösung	317
E.	Ergebnisse	318
I.	Befristung	318
II.	Scheinbewerbung zwecks Entschädigungsklage nach § 15 Abs. 2 AGG	319
III.	Fallgruppenübergreifende Ergebnisse	320

§ 12 Fallgruppenübergreifende Analyse	321
A. Gemeinsamkeiten der Fallgruppen	321
I. Verzicht auf (offene) Methodenanwendung	321
II. Wertungsabhängigkeit der Ergebnisse	322
B. Zielsetzungen der Umgehungsrechtsprechung	324
I. Arbeitnehmerschutz durch Inhaltskontrolle von Verträgen	324
II. Verwirklichung des Normzwecks	326
III. Europarechtskonformität	326
C. Thesen zur Erklärung der Umgehungsrechtsprechung des BAG	327
I. Regelungslücken im Arbeitsrecht	327
II. Ausschluss gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung	328
III. Niedrigere Eingriffsschwelle	329
IV. Mitwirkung des Arbeitnehmers bei der Gesetzesumgehung	330
D. Haupttendenzen in der zeitlichen Entwicklung	331
I. Vom Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zum individuellen und institutionellen Rechtsmissbrauch	331
II. Von der Einzelfallgerechtigkeit zur Rechtssicherheit	334
III. Von der Ersatzgesetzgebung zur minimalen Gesetzeskorrektur	335
E. Ergebnisse	335
§ 13 Zusammenfassung der Ergebnisse	338
A. Beantwortung der Untersuchungsfragen	338
I. Was sind die zivilrechtlichen Grundlagen der „Gesetzesumgehung“ und des „Rechtsmissbrauchs“?	338
II. Wie löst das BAG Umgehungsfälle?	339
III. Wie hat sich die Umgehungsrechtsprechung im Zeitverlauf entwickelt?	340
IV. Welche Abweichungen zur zivilrechtlichen Dogmatik sind erkennbar?	341
B. Handlungsbedarf	342
Literaturverzeichnis	344
Sachwortregister	370

§ 1 Einführung

A. Problemaufriss

Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch sind zwei Rechtsfiguren, die von der zivilrechtlichen Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt wurden, um Verstößen gegen Ziele des Gesetzes entgegenzuwirken.¹ Es handelt sich keineswegs um typisch arbeitsrechtliche Phänomene, aber in keinem anderen Rechtsgebiet ist ihre Bedeutung so groß wie in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit.² Gerade im Arbeitsrecht mit seinen zahlreichen Gesetzeslücken und nur punktuell wirkenden Schutzbestimmungen scheint die Vermeidung von gesetzlichen Regelungen einfach – und der wirtschaftliche Anreiz dazu ist erheblich. Der Rechtsfortbildung, dem sogenannten „Richterrecht“, kommt deshalb eine besondere praktische Relevanz zu.³ In der Rechtsprechung des BAG nimmt die Gesetzesumgehung die Spitzenposition als am häufigsten verwendetes Argumentationsmuster ein.⁴ Weil Entscheidungen des BAG eine weit über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung haben, ist es wichtig, dass sie eine klare Linie erkennen lassen.⁵ Tatsächlich ist aber häufig nicht vorhersehbar, ob Arbeitsgerichte am Gesetzeswortlaut haften oder einen Fall der Umgehung oder des Rechtsmissbrauchs annehmen werden. In der Praxis herrscht deshalb erhebliche Rechtsunsicherheit.⁶

Nach heute ganz überwiegender Ansicht sind auch Fälle mit Umgehungsverdacht anhand der üblichen Methoden, insbesondere durch erweiternde Auslegung und Analogie, zu lösen.⁷ Das BAG geht seit Jahrzehnten gegenüber der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur einen dogmatischen Sonderweg,⁸ indem es die Gesetzesumgehung immer noch als eigenständige, über die Analogie hinausgehende Rechtsfigur anerkennt. Zudem hat das BAG seine eigene Variante der „objektiven Gesetzesumgehung“ entwickelt, die im Gegensatz zur früher verbreit-

¹ BGH, Urteil v. 16.03.2009 – II ZR 302/06, BB 2009, 1318, 1320; *Sieker*, S. 17 ff.

² Ebenso *Benecke*, S. 196; vgl. Gliederungspunkt § 5 D.

³ *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 388.

⁴ *Preis*, S. 156 f.

⁵ BAG, Urteil v. 15.02.1962 – 2 AZR 322/60, BAGE 12, 278.

⁶ *Schurig*, in: FS Ferid, S. 381 f.; *Benecke*, S. 3.

⁷ Vgl. Gliederungspunkt § 2 D.

⁸ Vgl. *Benecke*, S. 195 ff.: „Sonderfall Arbeitsrecht?“; *Preis*, S. 157, sieht in der Rspr. des BAG eine „ausdehnende und zum Teil abweichende Handhabung des Verbots der Gesetzesumgehung“.

teten Auffassung keine Umgehungsabsicht voraussetzt.⁹ Diese Handhabung wirft die Fragen auf, welche Unterschiede sich in der Fallbearbeitung im Vergleich zu einer Lösung durch Auslegung und Analogie ergeben und ob Besonderheiten des Arbeitsrechts eine eigenständige Rechtsfigur der Gesetzesumgehung rechtfertigen.

In jüngerer Zeit sorgt die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung für zusätzliche Verwirrung, indem sie in einigen aktuellen Entscheidungen, z. B. zur wiederholten Befristung mit sachlichem Grund nach § 14 Abs. 1 TzBfG¹⁰ oder zur Umgehung des Vorbeschäftigungsverbots nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG¹¹, nicht mehr klar zwischen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch trennt. Unstreitig ist, dass Ähnlichkeiten bestehen. Maßgeblich für das Vorliegen sowohl einer Gesetzesumgehung als auch eines institutionellen Rechtsmissbrauchs ist ein Verstoß gegen das durch Auslegung ermittelte Ziel einer Norm oder eines Rechtsinstituts.¹² Zwischen Tatbestandserschleichung und institutionellem Rechtsmissbrauch besteht eine besondere Nähe.¹³ Auch wenn Einzelheiten streitig sind, unterscheiden sich die Rechtsinstitute nach der zivilrechtlichen Dogmatik aber erheblich in ihrem Anwendungsbereich und in ihren Rechtsfolgen. Das BAG hingegen spricht von „rechtsmissbräuchlicher Umgehung“¹⁴ oder einer „Rechtsmissbrauchs-, Vertragsgestaltungs- oder Umgehungskontrolle“¹⁵, ohne klarzustellen, welche Voraussetzungen geprüft und wie die Rechtsfolgen bestimmt werden. Da einige Instanzgerichte¹⁶ diesem Weg folgen, sind Entscheidungen für die Praxis schwer kalkulierbar. Auch wenn Gerechtigkeitsvorstellungen und Wertungen eine wichtige Rolle spielen, müssen Entscheidungen nach dem Rechtsstaatsprinzip so weit wie möglich auf intersubjektiv nachvollziehbarem und damit prognostizierbarem Wege mit Hilfe anerkannter Methoden gefunden werden.¹⁷ Das Schrifttum wirft dem BAG deshalb vor, es habe „klare Umgehungstatbestände [...] zu bloßen Missbrauchsindizes herabgestuft und die Prüfung von der Subsumtion in eine

⁹ Grundlegend BAG, Beschluss v. 12. 10. 1960 – GS 1/59, BAGE 10, 65.

¹⁰ BAG, Urteil v. 18. 07. 2012 – 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359.

¹¹ BAG, Urteil v. 24. 06. 2015 – 7 AZR 474/13, juris (Rn. 18); v. 04. 12. 2013 – 7 AZR 290/12, NZA 2014, 426; v. 15. 05. 2013 – 7 AZR 525/11, NZA 2013, 1214.

¹² BGH, Urteil v. 16. 03. 2009 – II ZR 302/06, BB 2009, 1318, 1320; *Mader*, S. 140.

¹³ *Mader*, S. 138; *Schurig*, in: FS Ferid, S. 406.

¹⁴ BAG, Urteil v. 15. 05. 2013 – 7 AZR 525/11, NZA 2013, 1214; v. 27. 09. 2012 – 2 AZR 838/11, NJW 2013, 1692.

¹⁵ Neuerdings st. Rspr., z. B. BAG, Urteil v. 24. 08. 2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244, 249; erstmals im Urteil v. 04. 12. 2013 – 7 AZR 290/12, NZA 2014, 426, 429.

¹⁶ Z. B. ArbG Stuttgart, Urteil v. 08. 04. 2014 – 16 BV 121/13, juris; ArbG Cottbus, Beschluss v. 06. 02. 2014 – 3 BV 96/13, juris; LAG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 08. 01. 2014 – 3 TaBV 43/13, DB 2014, 489; Sächsisches LAG, Urteil v. 30. 05. 2013 – 9 Sa 477/12, juris.

¹⁷ *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 388 f.; *Zippelius*, S. 51.

unkonturierte Rechtsmissbrauchskontrolle verlagert¹⁸, und fordert „Methodenehrlichkeit“¹⁹ in der Rechtsprechung.

In der bisher vorliegenden Literatur wird die Vorgehensweise des BAG bei Umgehungssachverhalten meist nicht allgemein und fallgruppenübergreifend, sondern mit Bezug auf eine einzelne aktuelle Problematik betrachtet. In ihrer Habilitationsschrift aus dem Jahr 2004 stellt Benecke auf elf Seiten²⁰ einige Besonderheiten der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zur Gesetzesumgehung dar. Eine neuere und umfassendere Analyse des Umgangs des BAG mit Umgehungsfällen, die auch das Verhältnis zum Rechtsmissbrauch einbezieht, fehlt jedoch.

B. Ziele der Untersuchung

Im Laufe der Untersuchung sollen die folgenden Fragen beantwortet werden:

I. Was sind die zivilrechtlichen Grundlagen der „Gesetzesumgehung“ und des „Rechtsmissbrauchs“?

Welche Voraussetzungen und Rechtsfolgen haben Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch nach der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik? – In welchem Verhältnis stehen sie zueinander? – In welcher Reihenfolge sind sie zu prüfen?

II. Wie löst das BAG Fälle mit Umgehungsverdacht?

Welche Voraussetzungen stellt das BAG an Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch? – In welchen Fallgestaltungen prüft das BAG das Vorliegen von Gesetzesumgehung und/oder Rechtsmissbrauch? – Lassen sich Fallgruppen bilden, die eine einheitliche Handhabung aufweisen? – Unterscheiden sich die Obersätze nach dem jeweils zu entscheidenden Gegenstand? – Welche Rechtsfolgen nimmt das BAG an?

III. Wie hat sich die Umgehungsrechtsprechung im Zeitverlauf entwickelt?

Welche Änderungen haben sich in der Rechtsprechung des BAG im Zeitverlauf ergeben? – Welche Einflussfaktoren (z. B. politische oder arbeitsmarktpolitische Situation, Gesetzesänderungen, Zusammensetzung des Gerichts) haben zu einer Rechtsprechungsänderung geführt? – Inwieweit wurden Entwicklungen in der Literatur aufgegriffen und berücksichtigt?

¹⁸ *Preis/Greiner*, RdA 2010, 148, 154.

¹⁹ *Greiner*, NZA-Beil. 2011, 117, 121.

²⁰ S. 195 bis 206.