

# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einführung</b>	17
A. Problemaufriss	17
B. Ziele der Untersuchung	19
I. Was sind die zivilrechtlichen Grundlagen der „Gesetzesumgehung“ und des „Rechtsmissbrauchs“?	19
II. Wie löst das BAG Fälle mit Umgehungsverdacht?	19
III. Wie hat sich die Umgehungsrechtsprechung im Zeitverlauf entwickelt?	19
IV. Welche Abweichungen zur zivilrechtlichen Dogmatik sind erkennbar?	20
C. Gang der Untersuchung	20

## *Erster Teil*

### **Dogmatik der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs** 21

<b>§ 2 Gesetzesumgehung</b>	21
A. Definitionsvorschläge und Grundlagen	21
B. Historische Entwicklung	22
C. Merkmale der Gesetzesumgehung	26
I. Umgehungsfähiges Gesetz	26
II. Wirksames Mittel	29
III. Verstoß gegen das Ziel des Gesetzes	30
D. Lösung durch Auslegung und Rechtsfortbildung	31
I. Wozu Methoden?	32
II. Auslegung von Normen	33
1. Grundsätze der Auslegung	33
2. Auslegung zur Lösung von Umgehungsfällen	35
III. Rechtsfortbildung praeter legem	36
1. Gesetzeslücke im engeren Sinne	37
2. Ausfüllung anhand einfachgesetzlicher Wertungen	39
a) Analogie	40
aa) Grundsätze der Analogie	40
bb) Analogie in Umgehungsfällen	42
b) Teleologische Reduktion	44
3. Erreichen der Eingriffsschwelle	44
a) Bedeutung der Eingriffsschwelle	44
b) Eingriffsschwelle bei der gesetzesimmanenten Rechtsfort- bildung	45

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 umgehungsspezifische Wertungen .....	57
1. Wertungen bei der Auslegung und Rechtsfortbildung .....	57
2. Bedeutung von Wertungen in Umgehungsfällen .....	60
3. Umgehungsspezifische 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 Umwegungsgeschäfts .....	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 Umwegungsgeschäften .....	73
III. Scheingeschäft .....	74
IV. Sachverhaltsauslegung .....	76
F. Ergebnisse .....	78
<b>§ 3 Institutioneller und individueller Rechtsmissbrauch .....</b>	<b>80</b>
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
<b>§ 4</b>	<b>Verhältnis zwischen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch</b> .....	<b>113</b>
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

<b>§ 5</b>	<b>Tatbestand der „objektiven Gesetzesumgehung“ des BAG</b> .....	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
<b>§ 6</b>	<b>Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch in der Rechtsprechung anderer oberster Gerichte</b> .....	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

<b>§ 7</b>	<b>Erfordernis eines sachlichen Grundes</b> .....	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

<b>§ 8 Kernbereichslehre</b> .....	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
<b>§ 9 Auslegung und Anwendung von Umgehungsregelungen</b> .....	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
<b>§ 10 Anwendung einer Norm über ihren Wortlaut hinaus</b> .....	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
<b>§ 11 Institutioneller und individueller Rechtsmissbrauch</b> .....	271
A. Kettenbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG .....	271
I. Rechtsprechung .....	272
1. Problemstellung in der Rechtssache „Kücük“ .....	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 Rechts- ordnung .....	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

<b>§ 12 Fallgruppenübergreifende Analyse</b> .....	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
<b>§ 13 Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	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
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	344
<b>Sachwortregister</b> .....	370