

ANSGAR KALLE

Das Rechtsmissbrauchsverbot  
in Dogmatik und Praxis

*Studien zum Privatrecht*

118

---

**Mohr Siebeck**

# Studien zum Privatrecht

Band 118





Ansgar Kalle

# Das Rechtsmissbrauchsverbot in Dogmatik und Praxis

Eine Analyse von Argumentationsstrukturen  
am Beispiel der Rechtsprechung  
zum Arbeits- und Gesellschaftsrecht

Mohr Siebeck

*Ansgar Kalle*, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. 2020 Erste Juristische Prüfung; seit 2020 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht in Bonn; 2023 Promotion; seit 2023 Rechtsreferendariat am Landgericht Bonn mit Stationen beim Bundeskartellamt und bei der Sozietät Flick Gocke Schaumburg.  
orcid.org/0009-0004-6482-1497

ISBN 978-3-16-163188-7 / eISBN 978-3-16-163189-4  
DOI 10.1628/978-3-16-163189-4

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Meinen Eltern*



# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2023 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im März 2023 abgeschlossen. Der Fußnotenapparat wurde für die Veröffentlichung auf den Stand Dezember 2023 aktualisiert.

Bedanken möchte ich mich zunächst bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stefan Greiner, an dessen Lehrstuhl ich seit meinem vierten Semester beschäftigt bin. Während meiner Tätigkeit bei ihm habe ich viel über das Zivilrecht und die wissenschaftliche Methodik gelernt. Für seine Unterstützung in meiner Studienzeit und der Doktorarbeit bin ich ihm äußerst dankbar. Dank gebührt ferner Herrn Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard) für anregende Gespräche und für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus möchte ich mich bei Herrn Rechtsanwalt Jochen Saal und der Kanzlei KLIEMT.Arbeitsrecht bedanken, die den Druck dieser Arbeit mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert haben.

Für den fachlichen Austausch und die schöne Arbeitsatmosphäre möchte mich ferner bei meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl Greiner bedanken: Patrick Baumann, Peter Grunwald, Joshua Lau, Tim Muñoz Andres, Dr. Alexander Pionteck, Laura Schneider, Luca Ullmann, Dr. Clara Winkel und Jennifer Zilz. Meinem Fakultätskollegen Carlos Cerasano danke ich für viele wissenschaftlich anregende Gespräche. Zudem danke ich Lucas Bednarz, Nadja Fadetschew, Anna-Lena Garriß, Anna Gödtner, Roxane Kuhnholdt, Tanja Posch, Lorenz Posch, Antonia Sieb, Tessa Spitzley und Dr. Valentin Urban, die jeweils Teile dieser Arbeit Korrektur gelesen haben. Einen besonderen Dank möchte ich an Julia Berghaus richten, die mir jederzeit bedingungslos ihr Ohr lieh. Sie schaffte es immer wieder, dass ich mit Distanz auf meine Arbeit blicken konnte. Dies half mir, meine Gedanken zu strukturieren und das Vorhaben umzusetzen.

Abschließend danke ich meine Eltern Susanne und Thomas Kalle für ihren Zuspruch und ihre langjährige sowie umfassende Unterstützung bei meiner Ausbildung. Ohne ihre Förderung hätte dieses Projekt nicht durchgeführt werden können.

Rheinbach, Dezember 2023

Ansgar Kalle





# Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXV
Teil 1: Einführung in die Thematik .....	1
A. Potential des Rechtsmissbrauchsverbots .....	1
B. Herausforderungen des Rechtsmissbrauchsverbots .....	3
C. Gegenstand der Untersuchung .....	8
D. Verlauf der Untersuchung .....	10
Teil 2: Historische Entwicklung des Rechtsmissbrauchs- verbots.....	11
A. Römisch-rechtliche <i>exceptio doli</i> als Grundlage des heutigen Rechtsmissbrauchsverbots .....	11
B. Die <i>exceptio doli</i> im Gemeinen Recht .....	15
C. Das Rechtsmissbrauchsverbot in der Kodifikationsphase .....	16
D. Entstehen einer Rechtsmissbrauchstheorie im 20. Jh. ....	19
E. Entwicklungen nach 1945 .....	29
Teil 3: Dogmatische und methodische Grundlagen des Rechtsmissbrauchsverbots im deutschen Recht .....	39
A. Herleitung und Anwendungsbereich .....	39
B. Funktionsweise .....	40
C. Einordnung in den juristischen Methodenkanon .....	46
D. Inhaltliche Präzisierung anhand gesetzlicher Ausprägungen.....	53
Teil 4: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Abwehr der Zweckentfremdung von Gestaltungsmöglichkeiten .....	73
A. Einführung in die Thematik.....	73
B. Sachgrundbefristung.....	74
C. Auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung .....	104
D. Rechtsformmissbrauch bei der juristischen Person .....	125

- E. Stellungnahme zum Zweckentfremdungsgedanken als Rechtsmissbrauchsargument – zugleich eine Betrachtung zum institutionellen Rechtsmissbrauch ..... 156
- F. Stellungnahme zu den einzelnen Fallbeispielen ..... 177

## Teil 5: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Abwehr der Zweckentfremdung von Eingriffsmöglichkeiten 219

- A. Einführung in die Thematik..... 219
- B. Anfechtungsklage nach § 246 AktG..... 220
- C. Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB ..... 231
- D. Anspruch auf Teilzeitarbeit nach § 8 Abs. 1 TzBfG ..... 239
- E. Kopplungsgeschäfte des Betriebsrats bei der sozialen Mitbestimmung nach § 87 BetrVG..... 245
- F. Weitere Anwendungsbeispiele für die Bekämpfung der Zweckentfremdung mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots ..... 256
- G. Stellungnahme zum Zweckentfremdungsgedanken als Rechtsmissbrauchsargument ..... 259
- H. Stellungnahme zu den einzelnen Fallbeispielen ..... 281

## Teil 6: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Abwehr von Umgehungsgeschäften ..... 299

- A. Einführung in die Thematik..... 299
- B. Mittelbares Arbeitsverhältnis..... 301
- C. Sachgrundlose Befristung..... 309
- D. Rechtsmissbrauch durch Gründung und Änderung einer SE..... 328
- E. Weitere Anwendungsbeispiele für die Bekämpfung von Umgehungsgeschäften mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots ..... 331
- F. Stellungnahme zum Umgehungsgedanken als Rechtsmissbrauchsargument ..... 336
- G. Stellungnahme zu den einzelnen Fallbeispielen ..... 364

## Teil 7: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Abwehr des Erschleichens von Rechtspositionen („Gesetzeserhebung“) ..... 383

- A. Einführung in die Thematik..... 383
- B. Squeeze-Out mithilfe einer Wertpapierleihe ..... 384
- C. Diskriminierungsentschädigung nach § 15 Abs. 2 S. 1 AGG..... 390
- D. Erhebung der Kündigungsbefugnis durch willkürliche Organisationsentscheidung ..... 401
- E. Weitere Anwendungsbeispiele für die Bekämpfung der Gesetzeserschleichung mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots ..... 416

F. Stellungnahme zur Abwehr des „Erschleichens“ von Rechtspositionen mithilfe des Rechtsmissbrauchseinwands .....	420
G. Stellungnahme zu den einzelnen Fallbeispielen .....	426
<b>Teil 8: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Gewährleistung eines Vertrauensschutzes.....</b>	<b>445</b>
A. Einführung in die Thematik.....	445
B. Schutz des Vertrauens auf konsistentes Handeln.....	446
C. Schutz des Vertrauens auf eine bestimmte Rechtslage .....	457
D. Unredlicher Rechtserwerb: Provozieren der Eigenkündigung.....	474
E. Fazit: Zweispurige Vertrauenshaftung durch das Rechtsmissbrauchsverbot .....	476
<b>Teil 9: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Gewährleistung eines angemessenen Maßes an Rücksichtnahme auf fremde Interessen .....</b>	<b>477</b>
A. Einführung in die Thematik.....	477
B. Relevante Parameter zur Feststellung eines Interessenmissverhältnisses .....	479
C. Fazit: Ermittlung von Abwägungsparametern als Herausforderung einer „freihändigen“, auf dem Verhältnismäßigkeitsgedanken fußenden Rechtsmissbrauchskontrolle .....	513
<b>Teil 10: Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform....</b>	<b>515</b>
A. Thesen zur Dogmatik des Rechtsmissbrauchsverbots .....	515
B. Thesen zu den arbeitsrechtlichen Fallbeispielen.....	518
C. Thesen zu den gesellschaftsrechtlichen Fallbeispielen.....	522
Literaturverzeichnis .....	525
Sachregister .....	595



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXV
Teil 1: Einführung in die Thematik .....	1
A. Potential des Rechtsmissbrauchsverbots .....	1
B. Herausforderungen des Rechtsmissbrauchsverbots .....	3
I. Fehlen eines subsumtionsfähigen Tatbestands .....	3
II. Abhängigkeit vom Schuldverhältnis .....	4
III. Das Herausarbeiten eines Wertungsmaßstabs als häufig vernachlässigter Schlüssel zur Präzisierung des Rechtsmissbrauchsverbots – Beispiel Zweckentfremdung.....	5
C. Gegenstand der Untersuchung .....	8
D. Verlauf der Untersuchung .....	10
Teil 2: Historische Entwicklung des Rechtsmissbrauchs- verbots.....	11
A. Römisch-rechtliche <i>exceptio doli</i> als Grundlage des heutigen Rechtsmissbrauchsverbots.....	11
I. Bona fides als wertendes Korrektiv der Rechtsausübung.....	11
II. Entstehung und Funktion der <i>exceptio doli</i> .....	13
B. Die <i>exceptio doli</i> im Gemeinen Recht .....	15
C. Das Rechtsmissbrauchsverbot in der Kodifikationsphase .....	16
I. Kodifikation von Schikaneverböten .....	16
II. Festhalten an der <i>exceptio doli generalis</i> .....	17
D. Entstehen einer Rechtsmissbrauchstheorie im 20. Jh. ....	19
I. Erste Jahrzehnte: Dominanz der Kasuistik .....	19
1. Deutschland.....	19
2. Frankreich .....	22
II. Vorstöße zur dogmatischen Präzisierung des Rechtsmissbrauchsgedankens im französischen Schrifttum.....	24
III. Beginn einer theoretischen Aufarbeitung der Rechtsprechung zur <i>exceptio doli</i> in Deutschland .....	24
IV. Wolfgang Sieberts „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“ von 1934 .....	25

1. Entwicklung eines allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots....	25
2. Konflikt zwischen Innen- und Außentheorie .....	27
3. Rezeption von Sieberts Thesen in Lehre und Praxis .....	28
E. Entwicklungen nach 1945 .....	29
I. Deutsche Rechtsmissbrauchslehre.....	29
II. Kodifizierungsbestrebungen im europäischen Ausland .....	31
III. Entstehung eines Rechtsmissbrauchsverbots im Unionsrecht.....	33
1. Rs. Centrafarm/Winthrop als Grundlage eines allgemeinen, ungeschriebenen Rechtsmissbrauchsverbots.....	33
2. Ausdifferenzierung der Rechtsmissbrauchskontrolle.....	33
3. Missbrauchsverbote im Primär- und Sekundärrecht .....	35
4. Europäisches Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeiner Grundsatz des europäischen Privatrechts? .....	36

Teil 3: Dogmatische und methodische Grundlagen des Rechtsmissbrauchsverbots im deutschen Recht .....	39
A. Herleitung und Anwendungsbereich .....	39
B. Funktionsweise .....	40
I. Universelle Schranke des Verhaltens im Rechtsverkehr .....	40
1. Rechtsbegrenzende Funktion .....	40
2. Rechtsbegründende Funktion.....	41
3. Zwischenfazit: Rechtsmissbrauchsverbot als einzelfallbezogenes Korrektiv der Rechtsordnung.....	42
II. Rechtsmissbrauchsverbot als Innen- oder als Außenschranke?...	43
1. Dogmatische und praktische Relevanz der Fragestellung.....	43
2. Stellungnahme: Rechtsmissbrauchsverbot als Außen- schränke des Rechts .....	45
C. Einordnung in den juristischen Methodenkanon .....	46
I. Auslegung.....	46
II. Rechtsfortbildung .....	47
1. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung .....	47
2. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung.....	50
a) Gegenstand .....	50
b) Metawerte des Privatrechts als Anknüpfungspunkte der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung .....	51
D. Inhaltliche Präzisierung anhand gesetzlicher Ausprägungen.....	53
I. Unmöglichkeit einer Definition des Rechtsmissbrauchs .....	53
II. Fallgruppenmethode als Ansatz zur Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots.....	55
III. Gesetzliche Ausprägungen des Rechtsmissbrauchsverbots als Wertungsgrundlagen der Rechtsmissbrauchskontrolle.....	57
1. Gebot der rücksichtsvollen Rechtsausübung .....	57
2. Gebot der verhältnismäßigen Rechtsausübung .....	58
3. Gebot der widerspruchsfreien Rechtsausübung .....	59

a) Gesetzliche Anknüpfungspunkte und richterrechtliche Fallgruppenbildung.....	59
b) Vertrauensschutzgedanke als Grundlage des Gebots der Widerspruchsfreiheit?.....	61
4. Gebot der zweckkonformen Rechtsausübung .....	63
IV. Unterscheidung zwischen individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch.....	64
1. Grundlage der Aufspaltung .....	64
2. Abgrenzung anhand der Art des ausgeübten Rechts .....	65
3. Abgrenzung anhand der Verallgemeinerungsfähigkeit des Rechtsmissbrauchsvorwurfs.....	67
4. Abgrenzung anhand des durch die Rechtsausübung erzielten Ergebnisses.....	67
5. Abgrenzung anhand des Bezugspunkts des Rechtsmissbrauchsvorwurfs.....	68
a) Definitionsansatz .....	68
b) Kontroverse um die Anerkennung des institutionellen Rechtsmissbrauchs.....	70
aa) Kritik am institutionellen Rechtsmissbrauch .....	70
bb) Stellungnahme: Institutioneller Rechtsmissbrauch jedenfalls gegenwärtig dogmatisch zu wenig er- schlossen .....	71

#### Teil 4: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Abwehr der Zweckentfremdung von Gestaltungsmöglichkeiten .....

A. Einführung in die Thematik.....	73
B. Sachgrundbegründung.....	74
I. Hinführung zum Problem: Kettenbegründungen, insbesondere zu Vertretungszwecken .....	74
1. Theorie der subjektiven Umgehung des Kündigungsschutz- schutzes als Ausgangspunkt der Begründungskontrolle .....	74
2. Lehre von der objektiven Gesetzesumgehung.....	75
3. Entstehen gesetzlicher Begründungsregeln.....	77
II. Rechtsprechung .....	80
1. Restriktive Sachgrundkontrolle bei Kettenbegründungen: BAG, Urt. v. 30.11.1977 – 5 AZR 561/76.....	80
2. Überprüfung aller Kettenglieder: BAG, Urt. v. 7.3.1980 – 7 AZR 177/78.....	82
3. Abkehr von der Überprüfung aller Kettenglieder: BAG, Urt. v. 8.5.1985 – 7 AZR 191/84.....	83
4. Irrelevanz vorangegangener Begründungen für die Sach- grundkontrolle: BAG, Urt. v. 13.6.2007 – 7 AZR 747/05 .....	84
a) Ausgeprägte Einzelfallbezogenheit als Problem des bisherigen Kontrollmaßstabs des BAG.....	84



b)	Verzicht auf den Anstieg der Darlegungsanforderungen mit zunehmendem Umfang der Befristungskette .....	86
5.	Etablierung einer institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle: BAG, Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – Fall Kücük	87
a)	Sachverhalt .....	87
b)	Vorlage an den EuGH.....	88
c)	Umsetzung der Vorgaben des EuGH.....	89
6.	Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	91
a)	Etablierung der Rechtsmissbrauchskontrolle.....	91
b)	Schematisierung mithilfe eines Ampel-Systems: BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 7 AZR 135/15 .....	93
III.	Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum.....	94
1.	Grundsätzliche Zustimmung zur Verschärfung der Missbrauchskontrolle seit der Kücük-Entscheidung .....	94
2.	Kritik am Rückgriff des BAG auf den institutionellen Rechtsmissbrauch.....	96
a)	Unzureichende praktische Wirksamkeit der Rechtsmissbrauchskontrolle .....	96
b)	Rechtsunsicherheit durch Rückgriff auf § 242 BGB .....	97
c)	Methodisch und dogmatisch unpräzise Rechtsmissbrauchskontrolle .....	98
d)	Vermengung von Sachgrundbefristung und sachgrundloser Befristung .....	99
3.	Alternative Lösungsansätze.....	100
a)	Ablösung der Rechtsmissbrauchskontrolle durch eine tatbestandliche Restriktion der Befristungsgründe .....	100
b)	Anpassung der Rechtsmissbrauchskontrolle .....	103
C.	Auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung.....	104
I.	Hinführung zum Problem: Besetzung von Dauerarbeits- plätzen mit Leiharbeitnehmern.....	104
1.	Struktur der Arbeitnehmerüberlassung .....	104
2.	Zur Entwicklung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts .....	106
a)	Entstehung des AÜG nach der Adia-Interim- Entscheidung des BVerfG .....	106
b)	Abschaffung der Höchstüberlassungsdauer.....	106
c)	Weiterentwicklung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts in Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie.....	108
II.	Rechtsprechung .....	110
1.	Individueller Rechtsmissbrauch .....	110
a)	Rechtsmissbrauch durch Gesetzesumgehung: LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 18.6.2008 – 3 TaBV 8/08	110
b)	Rechtsmissbrauch durch Gesetzesumgehung: LAG Niedersachsen, Urt. v. 8.3.2011 – 3 TaBV 118/09 .....	113
2.	Institutioneller Rechtsmissbrauch .....	113

a)	Rechtsmissbrauch durch Zweckentfremdung der Arbeitnehmerüberlassung: LAG Niedersachsen, Beschl. v. 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11.....	113
b)	Rechtsmissbrauch durch Verzerrung der gesetzlichen Risikostruktur: LAG Berlin-Brandenburg, Urtr. v. 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12.....	114
c)	Rechtsmissbrauch durch Verstoß gegen das Verbot der auf Dauer angelegten Arbeitnehmerüberlassung: LAG Rheinland-Pfalz, Urtr. v. 1.8.2013 – 11 Sa 112/13.....	117
d)	Rechtsmissbrauch durch Umgehung von Tarifverträgen: ArbG Cottbus, Urtr. v. 6.2.2014 – 3 BV 96/13.....	118
3.	Rechtsmissbrauchsskeptische Sichtweise.....	119
a)	Vor der Reform von 2011: BAG, Beschl. v. 21.7.2009 – 1 ABR 35/08 und BAG, Urtr. v. 15.5.2013 – 7 AZR 494/11.....	119
b)	Nach der Reform von 2011: BAG, Urtr. v. 10.12.2013 – 9 AZR 51/13.....	120
III.	Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum.....	121
1.	Rechtsmissbrauch durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung.....	121
a)	Rechtslage vor der AÜG-Reform von 2011.....	121
b)	Rechtslage nach der Reform von 2011.....	123
2.	Rechtsmissbrauch durch Arbeitnehmerrotation.....	124
D.	Rechtsformmissbrauch bei der juristischen Person.....	125
I.	Hinführung zum Problem: Ausnutzen des Trennungsprinzips der Körperschaften durch unredlich handelnde Gesellschafter.....	125
II.	Rechtsprechung.....	127
1.	Punktuelle Durchbrechungen des Trennungsprinzips durch das Reichsgericht.....	127
2.	Ausdehnung der Aufrechnungsmöglichkeiten mit dem Verbot selbstwidersprüchlichen Verhaltens: BGH, Urtr. v. 28.3.1952 – I ZR 112/51 und BGH, Urtr. v. 3.7.1953 – I ZR 216/52.....	130
3.	Begrenzung des Trennungsprinzips durch den „Zweck der Rechtsordnung“: BGH, Urtr. v. 29.11.1956 – II ZR 156/55... ..	132
4.	Begrenzung des Trennungsprinzips durch das Strohmännchenargument: BGH, Urtr. v. 8.7.1970 – VIII ZR 28/69.....	133
5.	Fokussierung der Rechtsprechung auf drei wesentliche Fallgruppen.....	135
a)	Materielle Unterkapitalisierung.....	135
aa)	BGH, Urtr. v. 4.5.1977 – VIII ZR 298/75 (Fertighaus).....	135
bb)	BGH, Urtr. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06 (Gamma).....	137
b)	Existenzvernichtung.....	138

aa)	Begründung einer konzernanalogen Haftung des GmbH-Geschafters: BGH, Ur. v. 16.9.1985 – II ZR 275/84 (Autokran) .....	138
bb)	Weiterentwicklung der Konzernanalogie zur Strukturhaftung: BGH, Ur. v. 20.2.1989 – II ZR 167/88 (Tiefbau) und BGH, Ur. v. 23.9.1991 – II ZR 135/90 (Video).....	141
cc)	Umdeutung der Konzernanalogie zu einer Verhaltenshaftung: BGH, Ur. v. 29.3.1993 – II ZR 265/91 (TBB) .....	142
dd)	Aufgabe der Konzernanalogie: BGH, Ur. v. 17.9.2001 – II ZR 178/99 (Bremer Vulkan).....	143
ee)	Existenzvernichtungshaftung durch Reduktion des § 13 Abs. 2 GmbHG: BGH, Ur. v. 24.6.2002 – II ZR 300/00 (KBV).....	144
ff)	Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung: BGH, Ur. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 (Trihotel).....	146
c)	Vermögensvermischung .....	147
III.	Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum .....	148
1.	Methodisches Fundament der Gesellschafterhaftung.....	148
a)	Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung: (Rechts-)Missbrauchslehren .....	148
b)	Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung: Normzwecklehre.....	150
c)	Anwendung allgemeiner privatrechtlicher Haftungsgründe: Normanwendungslehre .....	151
2.	Praktische Konsequenzen des Streitstands .....	152
a)	Notwendigkeit eines Verschuldenselements.....	152
b)	Innen- oder Außenhaftung? .....	153
c)	Standpunkte zu den drei zentralen Fallgruppen.....	153
E.	Stellungnahme zum Zweckentfremdungsgedanken als Rechtsmissbrauchsargument – zugleich eine Betrachtung zum institutionellen Rechtsmissbrauch .....	156
I.	Verbotene Zweckentfremdung von Gestaltungsmöglichkeiten als Herzstück des institutionellen Rechtsmissbrauchs.....	156
II.	Hürden eines auf die Zweckentfremdung gestützten Rechtsmissbrauchsvorwurfs .....	157
1.	Vorbemerkung .....	157
2.	Inhaltliche Unschärfe des Zweckentfremdungsarguments....	158
a)	Notwendigkeit einer präzisen Zweckbestimmung als Voraussetzung des Zweckentfremdungsarguments .....	158
b)	Schwierigkeit einer präzisen Zweckbestimmung bei Gestaltungsmöglichkeiten.....	159
3.	Zweckbindung von Gestaltungsmöglichkeiten .....	162
a)	Positive Zweckbindung .....	162

b) Negative Zweckbindung .....	164
4. Problematische methodische Umsetzung des Zweckentfremdungsarguments durch den institutionellen Rechtsmissbrauch.....	165
a) Position der Rechtsprechung: Institutioneller Rechtsmissbrauch als Methode zur Bekämpfung normzweckwidriger Rechtsausübungen .....	165
b) Ungenaue Handhabung des institutionellen Rechtsmissbrauchs.....	166
c) Zweifelhafter Stellenwert des institutionellen Rechtsmissbrauchs im Methodenkanon.....	167
d) Dennoch: Berechtigung des institutionellen Rechtsmissbrauchs.....	168
aa) Größerer Kreis an Korrekturerwägungen im Vergleich zu Auslegung und gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung.....	168
bb) Flexiblere Rechtsfolgenwahl.....	170
cc) Vorteile der Kategorie des institutionellen Rechtsmissbrauchs .....	170
III. Verbot des institutionellen Rechtsmissbrauchs als Verbot zum Provozieren eines Systembruchs innerhalb der Rechtsordnung	171
1. Institutioneller Rechtsmissbrauch als Mittel zur Bewälti- gung von Kollisionslagen innerhalb der Rechtsordnung.....	171
2. Verzerrung des vom Gesetzgeber im Gesetz angelegten Interessenausgleichs als maßgebliches Kriterium des institutionellen Rechtsmissbrauchs .....	172
a) Anknüpfung an die Funktionsbedingungen des ausgeübten Rechts?.....	172
b) Anknüpfung an die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der mit der Rechtsausübung kollidierenden Rechte, Normen und Prinzipien.....	173
3. Rechtsfolgen eines institutionellen Rechtsmissbrauchs .....	175
IV. Fazit: Institutioneller Rechtsmissbrauch als Kategorie zur Gewährleistung des gesetzgeberischen Interessenausgleichs im Einzelfall .....	176
F. Stellungnahme zu den einzelnen Fallbeispielen .....	177
I. Sachgrundbefristung.....	177
1. Zutreffende Identifizierung des Rechtsproblems .....	177
2. Methodische und inhaltliche Kritik an der Vorgehensweise des BAG.....	178
a) Unstimmige Aufspaltung der Sachgrundkontrolle auf zwei Prüfungsschritte .....	178
b) Zweckentfremdung der Rechtsmissbrauchskontrolle zur teleologischen Korrektur der Befristungsmöglichkeiten ..	179

c)	Unzureichende Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsvorwurfs .....	181
3.	Alternativen zur Vorgehensweise des BAG .....	183
a)	Anerkennung einer generellen einzelfallbezogenen Rechtfertigungsprüfung .....	183
b)	Restriktivere Auslegung der Sachgründe .....	184
aa)	Rückkehr zum allmählichen Anstieg der Anforderungen an den Nachweis des Sachgrunds .....	184
bb)	Für und Wider einer restriktiven Tatbestandsauslegung .....	185
c)	Restriktive Sachgrundprüfung am Beispiel der Vertretungsbefristung .....	187
(1)	Legitimation der Vertretungsbefristung .....	187
(2)	Erweiterung des Prüfprogramms durch Ergänzung der Rückkehrprognose .....	188
(a)	Vorübergehender Charakter der Vertretungsbefristung .....	188
(b)	Relevanz vorangegangener Befristungen .....	190
(c)	Kongruenz von Vertretungsbedarf und Befristungsdauer .....	191
(d)	Praktische Umsetzung der verschärften Prognose im Fall Kücük .....	191
dd)	Vorzüge der restriktiveren Sachgrundprüfung .....	192
c)	Rechtsmissbrauchskontrolle .....	194
aa)	Individueller Rechtsmissbrauch .....	194
bb)	Institutioneller Rechtsmissbrauch .....	195
4.	Exkurs: Änderungsvorschläge de lege ferenda .....	196
II.	Auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung .....	198
1.	Parallelen zwischen missbräuchlichen Kettenbefristungen und auf Dauer angelegter Arbeitnehmerüberlassung .....	198
2.	Rechtsmissbräuchlichkeit der auf Dauer angelegten Arbeitnehmerüberlassung, insbesondere der Konzernleihe ..	199
a)	AÜG bis zur Reform von 2011 .....	199
aa)	Institutioneller Rechtsmissbrauch .....	199
bb)	Individueller Rechtsmissbrauch .....	201
b)	AÜG zwischen 2011 und 2017 .....	202
3.	Rechtsmissbräuchlichkeit des Ausreizens der 18-Monats-Frist, insbesondere durch Arbeitnehmerrotation .....	203
a)	Neuer Bezugspunkt der Rechtsmissbrauchskontrolle .....	203
b)	Rechtsmissbräuchlichkeit der Arbeitnehmerrotation .....	204
aa)	Grundsätzliche Zulässigkeit der Rotation nach § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG .....	204
bb)	Rechtsmissbräuchlichkeit der auf Dauer angelegten Arbeitnehmerüberlassung .....	206
cc)	Folgen eines Rechtsmissbrauchs .....	206

4. Exkurs: Änderungsvorschläge de lege ferenda .....	208
III. Rechtsformmissbrauch bei der juristischen Person .....	208
1. Verhältnis der einzelnen Lehren zueinander .....	208
2. Bekämpfung des Missbrauchs des Trennungsprinzips mithilfe allgemeiner zivilrechtlicher Haftungsgründe.....	209
a) Ansprüche aus Pflichtverletzung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.....	209
b) Ansprüche aus Pflichtverletzung gegenüber der GmbH...	210
3. Bekämpfung des Missbrauchs des Trennungsprinzips mithilfe gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung .....	212
4. Bekämpfung des Missbrauchs des Trennungsprinzips mithilfe des Verbots institutionellen Rechtsmissbrauchs.....	213
5. Exkurs: Änderungsvorschläge de lege ferenda .....	216

## Teil 5: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Abwehr der Zweckentfremdung von Eingriffsmöglichkeiten 219

A. Einführung in die Thematik.....	219
B. Anfechtungsklage nach § 246 AktG.....	220
I. Hinführung zum Problem: Zweckentfremdung der Anfechtungsklage zur Einkommensquelle durch „räuberische Aktionäre“ .....	220
1. Das Anfechtungsrecht des Aktionärs .....	220
2. Entstehung eines professionellen Klagewesens .....	222
II. Rechtsprechung .....	224
1. Rechtsmissbrauch durch Streben nach unlauterer Bereicherung: BGH, Urt. v. 22.5.1989 – II ZR 206/88 (Kochs Adler) .....	224
2. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	226
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum.....	228
1. Bejahung des Rechtsmissbrauchs.....	228
2. Verneinung des Rechtsmissbrauchs .....	230
C. Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB .....	231
I. Hinführung zum Problem: Widerspruch zwecks (kollektiven) Boykotts eines Betriebsübergangs.....	231
II. Rechtsprechung .....	233
1. Rechtsmissbrauch durch Zweckentfremdung des Widerspruchs: BAG, Urt. v. 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 .....	233
2. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	235
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum.....	236
1. Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot .....	236
2. Merkmale eines rechtsmissbräuchlichen Widerspruchs.....	237
a) Subjektive Ansätze: Motivation des Widersprechenden als entscheidender Faktor .....	237

b) Objektiver Ansatz: Interessenungleichgewicht als entscheidender Faktor .....	238
D. Anspruch auf Teilzeitarbeit nach § 8 Abs. 1 TzBfG .....	239
I. Hinführung zum Problem: Teilzeitananspruch als Instrument zur Umverteilung der eigenen Arbeitszeit .....	239
II. Rechtsprechung .....	240
1. Rechtsmissbrauch durch Verfehlung des gesetzlichen Schutzzwecks: ArbG Stuttgart, Urt. v. 23.11.2001 – 26 Ca 1324/01 .....	240
2. Rechtsmissbrauch durch Verfehlung des Normzwecks: BAG, Urt. v. 18.8.2009 – 9 AZR 517/08 .....	241
3. Rechtsmissbrauch durch Verfehlung des gesetzlichen Schutzzwecks: BAG, Urt. v. 11.6.2013 – 9 AZR 786/11.....	241
4. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	243
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum .....	244
E. Kopplungsgeschäfte des Betriebsrats bei der sozialen Mitbestimmung nach § 87 BetrVG.....	245
I. Hinführung zum Problem: Kopplung der Zustimmung an die Gewährung von Gegenleistungen.....	245
II. Rechtsprechung .....	248
1. Vorbemerkung .....	248
2. Kopplung bei sachlichem Zusammenhang zulässig: LAG Köln, Beschl. v. 14.6.1989 – 2 TaBV 17/89 u.a. ....	248
3. Kopplung ohne sachlichen Zusammenhang zulässig: LAG Nürnberg, Beschl. v. 6.11.1990 – 4 TaBV 13/90 u.a. ....	250
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum .....	251
1. Normzweckwidrigkeit unbeachtlich.....	251
2. Normzweck als Schranke von Kopplungsgeschäften (Normzwecktheorie) .....	252
a) Ablehnung normzweckwidriger Kopplungen.....	252
b) Rechtsfolgen rechtsmissbräuchlicher Kopplung nach der Normzwecktheorie .....	254
F. Weitere Anwendungsbeispiele für die Bekämpfung der Zweckentfremdung mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots.....	256
I. Wettbewerbs- und verbraucherschutzrechtliche Unterlassungsansprüche .....	256
II. Registerrechte .....	257
III. Prozessrecht.....	259
G. Stellungnahme zum Zweckentfremdungsgedanken als Rechtsmissbrauchsargument .....	259
I. Vorgehensweise der Rechtsprechung .....	259
1. Prüfungsstruktur .....	259
2. Probleme der Vorgehensweise der höchstrichterlichen Rechtsprechung .....	261

a) Zweifelhafte sachliche Legitimation der Zweckent-	
fremdungskontrolle.....	261
b) Geringer Abstraktionsgrad der Rechtsprechung .....	263
c) Schwierige Beweisführung.....	265
II. Nutzen und Legitimation einer motivorientierten	
Rechtsmissbrauchskontrolle .....	266
1. Motivatkontrolle als Fremdkörper im Privatrecht? .....	266
2. Rechtfertigung einer Zweckentfremdungskontrolle als	
besondere Form der Verhältnismäßigkeitskontrolle.....	267
a) Spezialgesetzliche Zweckentfremdungsverbote als Aus-	
fluss eines allgemeinen Rechtsmissbrauchsgedankens? ...	267
b) Zweckentfremdung als Problem des	
Verhältnismäßigkeitsprinzips .....	269
3. Notwendigkeit des Rückgriffs auf subjektive Elemente zur	
Durchführung einer Zweckentfremdungskontrolle .....	270
III. Präzisierung der Zweckkontrolle mithilfe der	
Rechtsmissbrauchsdogmatik – Zweckentfremdung als	
Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse.....	272
1. Das fehlende schutzwürdige Eigeninteresse – eine	
Bestandsaufnahme zum Stand der Forschung .....	272
2. Fehlendes Interesse an der Rechtsausübung.....	274
3. Fehlende Schutzwürdigkeit des Interesses an der	
Rechtsausübung.....	275
IV. Praxistauglichkeit der motivorientierten	
Rechtsmissbrauchskontrolle .....	277
V. Fazit: Individueller Rechtsmissbrauch durch	
Zweckentfremdung von Eingriffsmöglichkeiten .....	279
H. Stellungnahme zu den einzelnen Fallbeispielen .....	281
I. Anfechtungsklage nach § 246 AktG.....	281
1. Methodische Zulässigkeit des Rückgriffs auf den	
Rechtsmissbrauch.....	281
2. Individuelle Rechtsmissbräuchlichkeit „räuberischer	
Aktionärsklagen“ .....	281
3. Nachweis des individuellen Rechtsmissbrauchs .....	284
4. Exkurs: Änderungsvorschläge de lege ferenda .....	284
a) Meinungsstand zu möglichen Reformen des	
Beschlussmängelrechts .....	284
b) Stellungnahme: Reduzierung des Erpressungspotentials	
der Anfechtungsklage .....	286
II. Kollektiver Widerspruch gegen den Übergang des	
Arbeitsverhältnisses, § 613a Abs. 6 BGB .....	287
1. Methodische Zulässigkeit des Rückgriffs auf den	
Rechtsmissbrauch.....	287
2. Individuelle Rechtsmissbräuchlichkeit des kollektiv zur	
Blockade des Betriebsübergangs ausgeübten Widerspruchs. 288	



3. Kein Rechtsmissbrauch beim Einsatz des Widerspruchsrechts als Druckmittel für Vertragsverhandlungen.....	290
III. Anspruch auf Teilzeitarbeit nach § 8 Abs. 1 TzBfG .....	291
1. Methodische Zulässigkeit der Rechtsmissbrauchskontrolle ..	291
2. Individuelle Rechtsmissbräuchlichkeit des primär zur Umverteilung der Arbeitszeit genutzten Teilzeitbegehrens ..	291
IV. Kopplungsgeschäfte des Betriebsrats bei der sozialen Mitbestimmung nach § 87 BetrVG .....	292
1. Unzulässigkeit normzweckwidriger Kopplungsgeschäfte.....	292
2. Rechtsfolgen des institutionellen Rechtsmissbrauchs des Mitbestimmungsrechts .....	295
3. Exkurs: Änderungsvorschläge de lege ferenda .....	297

Teil 6: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Abwehr von Umgehungsgeschäften .....	299
A. Einführung in die Thematik.....	299
B. Mittelbares Arbeitsverhältnis.....	301
I. Hinführung zum Problem: Zwischenschalten eines Strohmann-Arbeitgebers zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ..	301
II. Rechtsprechung .....	303
1. Rechtsformmissbrauch durch mittelbares Arbeitsverhältnis: BAG, Urt. v. 20.7.1982 – 3 AZR 446/80 .....	303
a) Sachverhalt .....	303
b) Sachgrunderfordernis wegen potentieller Umgehung des Vorbeschäftigungsverbots .....	304
c) Unklare Methodenwahl: Rechtsformmissbrauch oder objektive Gesetzesumgehung?.....	305
d) Rechtsfolgen des unzulässigen mittelbaren Arbeitsverhältnisses .....	306
2. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	307
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum .....	308
C. Sachgrundlose Befristung.....	309
I. Hinführung zum Problem: Kettenbefristungen durch Umgehung des Vorbeschäftigungsverbots .....	309
II. Rechtsprechung .....	310
1. Umgehung des § 1 Abs. 3 S. 1 BeschFG im Gemeinschaftsbetrieb: BAG, Urt. v. 25.4.2001 – 7 AZR 376/00.....	310
a) Sachverhalt .....	310
b) Vertragsbezogene Auslegung des Arbeitgeberbegriffs.....	311
c) Rechtsmissbrauch durch willkürliche sachgrundlose Befristung .....	312
2. Fortführung des subjektiven Ansatzes bei § 14 Abs. 2 TzBfG: BAG, Urt. v. 18.10.2006 – 7 AZR 145/06 .....	314

3. Schwierigkeit des Rechtsmissbrauchsbeweises: BAG, Urt. v. 9.3.2011 – 7 AZR 657/09 .....	316
4. Erstmalige Bejahung des Rechtsmissbrauchs: BAG, Urt. v. 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 .....	317
5. Rechtsmissbrauch in gemeinsamen Einrichtungen iSv. § 44b SGB II: BAG, Urt. v. 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 .....	318
6. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	321
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum .....	321
1. Kritik am subjektiven Ansatz des BAG .....	321
2. Alternative Lösungsansätze .....	324
a) Ablösung der Rechtsmissbrauchskorrektur durch arbeitsplatzbezogene Auslegung des Arbeitgeberbegriffs .....	324
b) Ablösung der Rechtsmissbrauchskontrolle durch analoge Anwendung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG auf Umgehungsgestaltungen .....	325
c) Verobjektivierung des Kontrollmaßstabs der Rechtsmissbrauchskontrolle .....	326
d) Rechtsfolgenkorrektur im Rechtsmissbrauchsfall .....	327
D. Rechtsmissbrauch durch Gründung und Änderung einer SE .....	328
I. Hinführung zum Problem: Umgehung der Unternehmensmitbestimmung durch Gründung einer SE .....	328
II. Auslegungsschwierigkeiten des § 43 S. 1 SEBG .....	329
III. Fallbeispiele .....	330
E. Weitere Anwendungsbeispiele für die Bekämpfung von Umgehungsgeschäften mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots .....	331
I. Rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung im Steuerrecht .....	331
II. Bestellung von Vorstandsmitgliedern .....	333
III. Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG .....	335
F. Stellungnahme zum Umgehungsgedanken als Rechtsmissbrauchsargument .....	336
I. Potential und Herausforderungen .....	336
1. Potential der Bekämpfung von Umgehungsgeschäften mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots .....	336
2. Methodische Herausforderungen .....	336
3. Inhaltliche Herausforderungen .....	338
II. Die methodische Bewältigung von Umgehungsgeschäften durch gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung .....	340
1. Berechtigung gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung .....	340
a) Potential und Grenzen der Auslegung als Instrument zur Bekämpfung von Umgehungsbemühungen .....	340
aa) Teleologische Auslegung der umgangenen Norm .....	340
bb) Auslegung eines Umgehungsverbots .....	341
b) Potential und Grenzen der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung zur Bekämpfung von Umgehungsversuchen .....	343

2. Umgehungskontrolle durch das Rechtsmissbrauchsverbot?	
Ein Überblick über das Spektrum der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung.....	345
a) Das Verbot der Gesetzesumgehung.....	345
aa) Meinungsstand zur Anerkennung der Figur.....	345
(1) Befürworter.....	345
(2) Gegner.....	347
bb) Stellungnahme: Ablehnung des Verbots der Gesetzesumgehung.....	348
b) Sachgrundkontrolle zwecks Abwehr von Gesetzesumgehungen.....	349
aa) Inhalt und Herleitung der Sachgrundkontrolle.....	349
bb) Konkurrenzverhältnis zwischen der Sachgrundkon- trolle und dem Rechtsmissbrauchsverbot.....	351
(1) Unklarer Befund in der Rechtsprechung.....	351
(2) Sachgrundkontrolle als Ausprägung des Verbots institutionellen Rechtsmissbrauchs?.....	353
(a) Einwände gegen die Zuordnung der Sachgrundkontrolle zum Verbot institutionellen Rechtsmissbrauchs.....	353
(b) Stellungnahme: Sachgrundkontrolle als Prä- vention institutionellen Rechtsmissbrauchs....	354
c) Rechtsmissbrauchsverbot.....	355
aa) Anwendungsbereich neben dem Sachgrund- erfordernis.....	355
bb) Individuelle Rechtsmissbräuchlichkeit der Gesetzesumgehung.....	356
(1) Suche nach einer geeigneten Rechtsmiss- brauchsfallgruppe.....	356
(2) Absichtliche Gesetzesumgehung als unredlicher Erwerb einer Rechtsstellung?.....	357
(3) Absichtliche Gesetzesumgehung als Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse?.....	358
(a) Mangelnde Schutzwürdigkeit des Umgehungsinteresses als Leitgedanke der hiesigen Umgehungsfälle.....	358
(b) Defizite einer am Umgehungswillen orientierten Rechtsmissbrauchskontrolle.....	359
(4) Bewusste Gesetzesumgehung als unzulässiges selbstwidersprüchliches Verhalten?.....	361
cc) Institutionelle Rechtsmissbräuchlichkeit der Gesetzesumgehung.....	362
III. Fazit: Institutioneller Rechtsmissbrauch und Sachgrundkon- trolle als einander ergänzende Umgehungsschranken.....	364
G. Stellungnahme zu den einzelnen Fallbeispielen.....	364

I.	Mittelbares Arbeitsverhältnis .....	364
1.	Mittelbares Arbeitsverhältnis als Erscheinungsform der Arbeitnehmerüberlassung?.....	364
2.	Missbrauchsbekämpfung durch gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung.....	365
II.	Sachgrundlose Befristung.....	367
1.	Problematik der Umgehung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.....	367
2.	Schwächen der vom BAG praktizierten Rechtsmissbrauchskontrolle .....	368
3.	Alternativen zur Vorgehensweise des BAG.....	369
a)	Lösung durch Tatbestandsauslegung: Arbeitsplatzbezogenes Verständnis des Arbeitgeberbegriffs in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG .....	369
aa)	Vertragsbezogene oder arbeitsplatzbezogene Auslegung des Vorbeschäftigungsverbots? – Bestandsaufnahme des Meinungsstands .....	369
bb)	Stellungnahme: Vertragsbezogene Interpretation des Vorbeschäftigungsverbots .....	370
b)	Analoge Anwendung des Vorbeschäftigungsverbots auf gemeinschaftlich geführte Einheiten .....	372
c)	Rechtsmissbrauchskontrolle .....	373
d)	Rechtsfolgen einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung des Vorbeschäftigungsverbots .....	375
4.	Exkurs: Änderungsvorschläge de lege ferenda .....	376
III.	Gründung und Änderung einer SE .....	377
1.	§ 43 S. 1 SEBG als Umgehungsverbot?.....	377
2.	§ 43 S. 1 SEBG als Rechtsmissbrauchsverbot .....	378
a)	Verbot individuellen Rechtsmissbrauchs.....	378
b)	Verbot institutionellen Rechtsmissbrauchs.....	379
aa)	Systembruch.....	379
bb)	Beispiele für missbräuchliche SE-Gründungen .....	379
3.	Exkurs: Änderungsvorschläge de lege ferenda .....	381

## Teil 7: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Abwehr des Erschleichens von Rechtspositionen

(„Gesetzesergehung“)	.....	383
A.	Einführung in die Thematik.....	383
B.	Squeeze-Out mithilfe einer Wertpapierleihe .....	384
I.	Hinführung zum Problem: Erschleichen des Schwellenwerts zum Squeeze-Out durch Konstruktion einer lediglich vorübergehenden Mehrheit.....	384
II.	Rechtsprechung .....	385

1. Bejahung des Rechtsmissbrauchs: LG Landshut, Urt. v. 1.2.2006 – 1 HK O 766/05 und OLG München, Urt. v. 23.11.2006 – 23 U 2306/06.....	385
2. Verneinung des Rechtsmissbrauchs: BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 302/06.....	386
3. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	387
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum .....	387
1. Bejahung des Rechtsmissbrauchs.....	387
2. Verneinung des Rechtsmissbrauchs .....	389
C. Diskriminierungserschädigung nach § 15 Abs. 2 S. 1 AGG.....	390
I. Hinführung zum Problem: Scheinbewerbungen durch professionelle Diskriminierungskläger.....	390
II. Rechtsprechung .....	391
1. Scheinbewerbung als Problem des Bewerberbegriffs: BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 365/97 .....	391
2. Scheinbewerbung als Problem der vergleichbaren Situation: BAG, Urt. v. 18.3.2010 – 8 AZR 77/09.....	392
3. Scheinbewerbung als Problem der vergleichbaren Situation und des Rechtsmissbrauchs: BAG, Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 608/10.....	393
4. Scheinbewerbung als Problem des Rechtsmissbrauchs: BAG, Urt. v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14 .....	394
5. Verschärfung der Rechtsmissbrauchskontrolle zugunsten von Bewerbern: BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 8 AZR 848/13....	396
6. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	398
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum.....	399
1. Bewältigung der Problematik mithilfe der Tatbestandsauslegung bzw. der teleologischen Reduktion ...	399
2. Bewältigung der Problematik mithilfe des Rechtsmissbrauchseinwands .....	400
D. Ergehung der Kündigungsbefugnis durch willkürliche Organisationsentscheidung.....	401
I. Hinführung zum Problem: Prognoseorientierter Kontrollmaßstab des KSchG .....	401
II. Rechtsprechung .....	402
1. Verbot unsachlicher und willkürlicher Organisationsentscheidungen: BAG, Urt. v. 18.11.1960 – 1 AZR 70/58 ...	402
2. Entstehung einer „Willkürformel“: BAG, Urt. v. 24.10.1979 – 2 AZR 940/77.....	403
3. Weiterentwicklung der Willkür- zu einer Verhältnismäßigkeitskontrolle: ArbG Gelsenkirchen, Urt. v. 28.10.1997 – 2 Ca 3762/96 .....	405
4. Vermischung der Willkürkontrolle mit der Kündigungsgrundkontrolle: BAG, Urt. v. 17.6.1999 – 2 AZR 522/98 und BAG, Urt. v. 17.6.1999 – 2 AZR 456/98 .....	407

5. Weiterentwicklung der Willkürkontrolle zu einer Umgehungskontrolle: ArbG Berlin, Urt. v. 17.2.2000 – 4 Ca 32471/99 .....	408
6. Aufgreifen der Umgehungskontrolle durch das BAG: BAG, Urt. v. 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 .....	409
7. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung .....	411
III. Rezeption der Rechtsprechung im Schrifttum .....	412
1. Kritik an der ursprünglichen, durch BAG, Urt. v. 24.10.1979 – 2 AZR 940/77 geprägten Willkürformel .....	412
2. Kritik am Willkürmaßstab aus ArbG Gelsenkirchen, Urt. v. 28.10.1997 – 2 Ca 3762/96 .....	413
3. Kritik an der Beweislastregelung aus BAG, Urt. v. 17.6.1999 – 2 AZR 522/98 .....	414
4. Kritik an der Weiterentwicklung der Willkür- zu einer Umgehungskontrolle durch BAG, Urt. v. 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 .....	415
E. Weitere Anwendungsbeispiele für die Bekämpfung der Gesetzeserschleichung mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots .....	416
I. Ergehung von Sonderkündigungsschutz durch Kollusion .....	416
II. Erschleichen günstigen Gesellschaftsrechts durch Gründung von Briefkastenfirmen .....	417
III. Zuständigkeitserschleichung im internationalen Zivilprozess- und Insolvenzrecht .....	418
F. Stellungnahme zur Abwehr des „Erschleichens“ von Rechtspositionen mithilfe des Rechtsmissbrauchseinwands .....	420
I. Das Unrecht des „Erschleichens“ von Rechtspositionen: Ein Überblick über das Spektrum möglicher Ansatzpunkte .....	420
II. Institutioneller Rechtsmissbrauch .....	422
III. Unredlicher Erwerb einer Rechtsstellung .....	422
1. Täuschung über wahre Absichten oder Gesetzeszweckverletzung als Bezugspunkt des Unredlichkeitsvorwurfs? ...	422
2. Normzweckverletzung kein unredlicher Rechtserwerb .....	424
IV. Gesetzeserschleichung als Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse .....	424
V. Fazit: Gesetzeserschleichung als Fall des Handelns ohne schutzwürdiges Eigeninteresse .....	425
G. Stellungnahme zu den einzelnen Fallbeispielen .....	426
I. Squeeze-Out mithilfe einer Wertpapierleihe .....	426
II. Diskriminierungsentschädigung nach § 15 Abs. 2 S. 1 AGG ...	427
1. Keine Abwehr von Scheinbewerbern im Wege einer Restriktion des Bewerberbegriffs .....	427
a) Objektive Eignung .....	427
b) Subjektive Ernsthaftigkeit .....	428

2. Keine Abwehr von Scheinbewerbungen im Wege der Schadensberechnung .....	429
3. Abwehr von Scheinbewerbern im Wege einer Rechtsmissbrauchskontrolle .....	430
4. Exkurs: Änderungsvorschläge de lege ferenda .....	431
III. Ergehung der Kündigungsbefugnis durch willkürliche Organisationsentscheidung .....	432
1. Legitimation und Notwendigkeit von Willkürkontrollen, insbesondere im Kündigungsrecht .....	432
2. Schwächen der Willkürkontrolle des BAG .....	433
a) Unklare Verknüpfung des Willkürvorwurfs mit der herkömmlichen Rechtsmissbrauchskontrolle .....	433
b) Zur Bedeutung des Begriffs „Willkür“ .....	434
3. Typisierung des Rechtsmissbrauchsvorwurfs .....	435
a) Ursprüngliche Willkürformel: Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse .....	435
b) Kündigung zwecks Gewinnsteigerung: Unverhältnismäßige Rechtsausübung? .....	436
c) Kündigung zur Umgehung des Kündigungsschutzes .....	438
aa) Institutioneller Rechtsmissbrauch? .....	438
(1) Die Ausblendung der Konzernebene als Lücke des KSchG .....	438
(2) „Willkürliche“ Kündigung kein institutioneller Rechtsmissbrauch .....	439
bb) Austauschündigung als Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse? .....	440
4. Exkurs: Änderungsmöglichkeiten de lege ferenda .....	442
Teil 8: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Gewährleistung eines Vertrauensschutzes .....	445
A. Einführung in die Thematik .....	445
B. Schutz des Vertrauens auf konsistentes Handeln .....	446
I. <i>Venire contra factum proprium</i> durch zwei gegenläufige Erklärungen oder Verhaltensweisen .....	446
1. Feststellung des Selbstwiderspruchs .....	446
2. Feststellung eines Vertrauens .....	447
3. Feststellung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens .....	448
II. Verwirkung als Form selbstwidersprüchlichen Handelns .....	449
1. Tatbestand der Verwirkung nach herrschender Lesart am Beispiel der Rechtsprechung zum Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB .....	449
2. Kritik am herrschenden Tatbestand der Verwirkung .....	452
3. Vorschlag einer stärker am Verbot des <i>venire contra factum proprium</i> orientierten Verwirkungskontrolle .....	453

a) Defizite der Trennung von Zeit- und Umstandsmoment ..	453
b) Verwirkung als Vertrauenshaftung für ein Unterlassen....	454
c) Übertragung des Verwirkungstatbestands auf das Widerspruchsrecht .....	456
C. Schutz des Vertrauens auf eine bestimmte Rechtslage .....	457
I. Hinführung zum Problem: <i>Venire contra factum proprium</i> als möglicherweise ungeeigneter Tatbestand.....	457
II. Rechtsprechung .....	459
1. Vertrauenselement als tragendes Element des Rechtsmissbrauchsverdikts .....	459
a) Fallbeispiele.....	459
b) Würdigung .....	461
aa) <i>Venire contra factum proprium</i> als ungeeigneter Begründungsansatz .....	461
bb) Entwicklung einer eigenständigen Vertrauenshaftung bei zurechenbarem Anschein und redlichem Vertrauen .....	462
2. Unterschiedliche Gewichtung des Vertrauenselements .....	464
a) Rechtsmissbrauch bei Vertrauensdisposition des Arbeit- gebers: LAG Berlin, Urt. v. 22.3.1989 – 14 Sa 10/89 .....	464
b) Rechtsmissbrauch bei unlösbarem Selbstwiderspruch: BAG, Urt. v. 4.12.1997 – 2 AZR 799/96.....	465
c) Rechtsmissbrauch bei ernsthafter Kündigung: BAG, Urt. v. 16.1.2003 – 2 AZR 653/01 und BAG, Urt. v. 16.9.2004 – 2 AZR 659/03 .....	466
d) Weitere Entwicklung der Rechtsprechung.....	467
e) Würdigung .....	468
3. Verzicht auf Vertrauenselemente .....	470
a) Fallbeispiele.....	470
aa) Formnichtigkeit einer Leistungszusage.....	470
bb) Arbeitgeberkündigung wegen eines Betriebsüber- gangs .....	471
cc) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung .....	471
b) Würdigung.....	472
D. Unredlicher Rechtserwerb: Provozieren der Eigenkündigung.....	474
E. Fazit: Zweispurige Vertrauenshaftung durch das Rechtsmissbrauchsverbot .....	476

## Teil 9: Rechtsmissbrauchsverbot als Instrument zur Gewährleistung eines angemessenen Maßes an

Rücksichtnahme auf fremde Interessen .....

A. Einführung in die Thematik.....	477
------------------------------------	-----



B. Relevante Parameter zur Feststellung eines	
Interessenmissverhältnisses .....	479
I. Zweck des ausgeübten Rechts .....	479
1. Fallbeispiel: Urlaub und Urlaubsabgeltung bei außer-	
gewöhnlich geringer Arbeitsleistung .....	479
2. Bedeutung des Normzwecks für die Durchführung der	
Rechtsmissbrauchskontrolle .....	482
a) Normzweck als Faktor zur Gewichtung des Interesses	
des Rechtsinhabers .....	482
b) Risiko einer normzweckorientierten Argumentation:	
Vermischung von Normzweck und Motiv .....	483
II. Außergewöhnlich große Belastung des Adressaten der	
Rechtsausübung .....	484
1. Fallbeispiel: Widerruf einer Versorgungszusage .....	484
a) Hinführung zum Problem: Wille zur Beseitigung einer	
Versorgungszusage anlässlich einer Pflichtverletzung	
des Arbeitnehmers .....	484
b) Rechtsprechung .....	486
2. Fallbeispiel: Führungslosigkeit der GmbH .....	489
a) Hinführung zum Problem: Gläubigergefährdung durch	
Führungslosigkeit .....	489
b) Rechtsprechung .....	489
3. Fallbeispiel: Steuerklassenwechsel .....	492
III. Einwirkungsmacht .....	494
1. Fallbeispiel: Stimmrechtsmissbrauch .....	494
a) Hinführung zum Problem: Stimmrecht als Möglichkeit	
zur Einflussnahme auf die Geschäftsleitung .....	494
b) Rechtsprechung .....	495
aa) Begrenzung des Stimmrechts durch die	
gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und durch den	
Sittenwidrigkeitseinwand .....	495
bb) Allmähliche Herausbildung der gesellschafts-	
rechtlichen Treuepflicht auf Basis des § 242 BGB ....	497
cc) Treuepflicht und Stimmrechtsmissbrauch in der	
Rechtsprechung des BGH .....	498
2. Bedeutung der Einwirkungsmacht für die Durchführung	
der Rechtsmissbrauchskontrolle .....	500
IV. Grundrechtliche Wertungen .....	501
1. Fallbeispiel: Gewährleistung eines Kündigungsschutzes	
auch außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG .....	501
a) Hinführung zum Problem: Art. 12 GG als Garantie eines	
Mindestkündigungsschutzes .....	501
b) Verbot willkürlicher oder sachfremder Kündigungen .....	502
aa) Fallbeispiele .....	502

bb) Notwendigkeit eines legitimen Kündigungsinteresses als Folge des grundrechtlichen Einflusses.....	503
cc) Vermeidung eines Wertungswiderspruchs zwischen dem Rechtsmissbrauchsverbot und dem KSchG.....	504
(1) KSchG als vorrangiger Ausgleich von Kündigungs- und Bestandsschutzinteresse .....	504
(2) Verhältnis des KSchG zu § 242 BGB im Hinblick auf die Kontrolle des Kündigungsanlasses .....	505
c) Abgeschwächte Sozialauswahl .....	508
aa) Vorgaben der Rechtsprechung .....	508
bb) Rechtsmissbrauchsverbot als Grundlage einer abgestuften Rechtsausübung – zugleich eine Betrachtung zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Privatrecht .....	509
2. Bedeutung der Grundrechte für die Durchführung der Rechtsmissbrauchskontrolle .....	513
C. Fazit: Ermittlung von Abwägungsparametern als Herausforderung einer „freihändigen“, auf dem Verhältnismäßigkeitsgedanken fußenden Rechtsmissbrauchskontrolle.....	513
 Teil 10: Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform....	515
A. Thesen zur Dogmatik des Rechtsmissbrauchsverbots .....	515
B. Thesen zu den arbeitsrechtlichen Fallbeispielen.....	518
C. Thesen zu den gesellschaftsrechtlichen Fallbeispielen.....	522
 Literaturverzeichnis .....	525
Sachregister .....	595



## Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AA	Arbeitsrecht aktiv
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
abl.	ablehnend
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ähnl.	ähnlich
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AJIL	American Journal of International Law
AktG	Aktiengesetz
AL	Ad Legendum
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis
AR	Aufsichtsrat
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRB	Arbeits-Rechtsberater
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht

AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestellentarifvertrag
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BeckRS	Beck-Rechtssachen
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BPersVG	Bundespersönlichkeitsgesetz
BR-Drucks.	Bundsratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil, Código civil
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
d.	des
D.	Digesten
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe, dieselben
diff.	differenzierend
Diss.	Dissertation

DJT	Deutscher Juristentag
DL	Decreto Legislativo
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DöD	Der Öffentliche Dienst
DR	Deutsches Recht
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	Deutsches Steuerrecht – Entscheidungsdienst
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBLR	European Business Law Review
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ERPL	European Review of Private Law
ESTG	Einkommenssteuergesetz
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	die folgenden
FG	Festgabe, Finanzgericht
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FR	FinanzRundschau
FS	Festschrift
GAV	Gesetz vom 3. Juli 1978 über die Arbeitsverträge
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggü.	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GrC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Grdl.	grundlegend
GRP	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs- Report
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungssammlung
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HGB	Handelsgesetzbuch

Hrsg.	Herausgeber
i. Erg.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iSv.	im Sinne von
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jh.	Jahrhundert
jM	Juris – die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft, Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungssammlung der Landesarbeitsgerichte
LAS	Lag om anställningsskydd
LG	Landgericht
LMK	Leitsätze mit Kommentierung
LohnFG	Lohnfortzahlungsgesetz
LPVG	Landespersonalvertretungsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift des deutschen Rechts
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MMR	Multimedia und Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
MuSchG	Mutterschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
nv	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage

NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OLG	Oberlandesgericht, Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
PersR	Der Personalrat
r+s	Recht und Schaden
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RT	Rechtstheorie
S.	Seite
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchVG	Schuldverschreibungsgesetz
SE	Societas Europaea
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft
Seuff. Arch.	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SE-VO	Societas Europaea-Verordnung
SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt
st.	ständig
StBW	Die Steuerberater Woche
StGB	Strafgesetzbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft
SWI	Steuer und Wirtschaft International
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Tb.	Teilband
Teilurt.	Teilurteil
Tit.	Titel
TV	Tarifvertrag



TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
u.a.	unter anderem
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UrlaubsG Hbg	Urlaubsgesetz Hamburg
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von, vor
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
Warn.	Warneys Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist
WiRO	Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WissZeitVG	Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Teil 1

# Einführung in die Thematik

## A. Potential des Rechtsmissbrauchsverbots

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs zählt zu den kompliziertesten Figuren des Privatrechts.<sup>1</sup> Nach der überwiegend vertretenen Auffassung wurzelt es im „königlichen Paragraphen“<sup>2</sup> § 242 BGB, der den Schuldner dazu verpflichtet, die geschuldete Leistung nach Treu und Glauben zu erbringen. Über den Wortlaut des § 242 BGB weit hinausgehend beansprucht das Verbot des Rechtsmissbrauchs innerhalb der gesamten Rechtsordnung Geltung, indem es jegliche Ausübung von Recht unter einen Missbrauchsvorbehalt stellt und missbräuchlichen Verhaltensweisen die Anerkennung versagt. Das Rechtsmissbrauchsverbot richtet sich gegen Verhaltensweisen, die zwar im Grundsatz rechtmäßig sind, jedoch aufgrund besonderer Einzelfallumstände gegen rechtsethische Anschauungen verstoßen und daher vor der Rechtsordnung keinen Bestand haben sollen.<sup>3</sup> Es ergänzt also die abstrakt-generellen Normen des Bürgerlichen Rechts<sup>4</sup> um überpositive Wertungen. Hierdurch trägt es dazu bei, dass die Anwendung abstrakt-genereller Normen auch im Einzelfall keine unbilligen Härten verursacht, dass also Rechtskonflikte zwischen Privatrechtssubjekten in verhältnismäßiger Weise gelöst werden können. Auch wenn das Rechtsmissbrauchsverbot nach allgemeiner Ansicht nur in seltenen, außergewöhnlichen Fällen zur Anwendung kommen soll,<sup>5</sup> in denen die beste-

---

<sup>1</sup> Teubner JZ 2020, 373.

<sup>2</sup> So Hedemann, 1913, S. 9; Hedemann, 1933, S. 11; Teubner, 1971, S. 42; R. Weber JuS 1992, 631; Wieacker, 1956, S. 8. Diese Formulierung beschreibt treffend, dass § 242 BGB im Grundsatz auf das gesamte Bürgerliche Recht als Korrektiv einwirkt. Zur Herleitung des Rechtsmissbrauchsverbots aus § 242 BGB siehe S. 39 f.

<sup>3</sup> Zur Funktionsweise des Rechtsmissbrauchsverbots siehe S. 40 f.

<sup>4</sup> Zur Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots im öffentlichen Recht siehe Gächter, 2005; Knödler, 2000.

<sup>5</sup> BGH Urt. v. 7.1.1971 – II ZR 23/70 BGHZ 55, 274 (279 f.); BGH Urt. v. 27.4.1977 – IV ZR 143/76 BGHZ 68, 299 (304); BGH Urt. v. 12.11.2014 – VII ZR 42/14 JR 2015, 591 Rn. 11; BGH Urt. v. 22.5.2019 – VIII ZR 182/17 NJW 2019, 2475 Rn. 22; Benecke EuZA 2018, 403 (412); Hilgenhövel BKR 2021, 337 (338); Honsell FS Mayer-Maly, 369 (379); Milger NZM 2014, 769; MK-AktG/Grunewald, § 327a Rn. 18; Kiel NZA-Beil. 2016, 72 (85); Wieling AcP 187 (1987), 95; ebenso in Bezug auf das Unionsrecht EuGH Urt. v. 5.6.2007 – C-321/05 Slg. 2007 I-5818 – Kofoed Rn. 37; EuGH Urt. v. 11.12.2008 – C-

hende Interessenlage stark von der im Gesetz typisierten abweicht, zwingt die universelle Anwendbarkeit dieser Schranke dazu, bei jeder Rechtsausübung zu erwägen, ob nicht die Schwelle zum Rechtsmissbrauch überschritten wird. So konnte die Rechtsprechung mithilfe dieses Verbots höchst heterogene Fälle bewältigen; als Beispiele genannt seien allein aus dem Arbeits- und Gesellschaftsrecht:

- das mehrjährige Sammeln von Wettbewerbsverstößen eines Konkurrenten, um diese zwecks größtmöglicher wirtschaftlicher Schädigung gebündelt geltend zu machen,<sup>6</sup>
- das gezielte Spekulieren auf Gläubigerkosten durch Betreiben einer GmbH, die mangels adäquater Kapitalausstattung nicht überlebensfähig ist,<sup>7</sup>
- das Erheben von Anfechtungsklagen zwecks Gewinnerzielung (Stichwort „räuberische Aktionäre“),<sup>8</sup>
- das Verklagen von Mitgesellschaftern wegen rückständiger Einlagenleistungen im Wege der *actio pro socio*, nachdem die Gesellschaft ihrerseits Klage gegen die säumigen Gesellschafter erhoben hatte.<sup>9</sup>
- das Geltendmachen des Teilzeitanpruchs aus § 8 Abs. 1 TzBfG, um eine Umverteilung der eigenen Arbeitszeit zu erreichen,<sup>10</sup>
- das Begründen überlanger Befristungsketten durch geschickte Auswahl von Sachgründen iSv. § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG,<sup>11</sup>
- das Umgehen des Vorbeschäftigungsverbots des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG durch das Einschalten von „Stroh Männern“ als Vertragsarbeitgeber<sup>12</sup> sowie
- das Bewerben auf eine Stellenausschreibung allein mit dem Ziel, gegen den Ausschreibenden Entschädigungsansprüche wegen Diskriminierung geltend zu machen (Stichwort „AGG-Hopper“).<sup>13</sup>

---

285/07 DSr 2009, 101 – AT Rn. 31; *Fleischer* JZ 2003, 865 (870); *Schön* FS Wiedemann, 1271 (1281).

<sup>6</sup> BGH Urt. v. 18.9.1997 – I ZR 71/95 NJW 1998, 1144; zum Rechtsmissbrauch im Wettbewerbsrecht im Überblick siehe S. 256 f, 269 f. sowie *Isele* KSzW 2014, 25 ff.; monografische Aufarbeitung dieses Anwendungsfelds bei *Börnig*, 2016 und *Zenker*, 2018.

<sup>7</sup> BGH Urt. v. 24.6.2002 – II ZR 300/00 BGHZ 151, 181 – KBV; siehe hierzu S. 125 ff.

<sup>8</sup> BGH Urt. v. 22.5.1989 – II ZR 206/88 BGHZ 107, 296 – Kochs Adler; siehe hierzu S. 220 ff.

<sup>9</sup> BGH Urt. v. 22.1.2019 – II ZR 143/17 NZG 2019, 702.

<sup>10</sup> BAG Urt. v. 18.8.2009 – 9 AZR 517/08 AP TzBfG § 8 Nr. 28; BAG Urt. v. 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 NZA 2013, 1074; siehe hierzu S. 239 ff.

<sup>11</sup> BAG Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 BAGE 142, 308; siehe hierzu S. 74 ff.

<sup>12</sup> BAG Urt. v. 25.4.2001 – 7 AZR 376/00 BAGE 97, 317; BAG Urt. v. 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 BAGE 145, 128; siehe hierzu S. 309 ff.

<sup>13</sup> BAG Urt. v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14 BAGE 155, 149; BAG Urt. v. 25.10.2018 – 8 AZR 562/16 AP AGG § 15 Nr. 26; siehe hierzu S. 390 ff.

Dass das Rechtsmissbrauchsverbot in derart heterogenen Fallkonstellationen als Korrektiv zur Anwendung kommen kann, zeigt das enorme Potential, das diese Figur bietet, um auch in atypischen Fällen ein sach- und interessenge-rechtes Entscheiden zu ermöglichen.

## B. Herausforderungen des Rechtsmissbrauchsverbots

### I. Fehlen eines subsumtionsfähigen Tatbestands

Das besondere Korrekturpotential des Rechtsmissbrauchsverbots ergibt sich maßgeblich aus dessen tatbestandlicher Offenheit. Der Begriff „Rechtsmissbrauch“ ist äußerst wertungsoffen, was dem Rechtsanwender einerseits große Flexibilität bietet, ihm andererseits jedoch einen hohen Präzisierungsaufwand abverlangt. Die Präzisierung von Rechtsbegriffen erfolgt typischerweise durch das Formulieren einer Definition, die Inhalt und Bedeutung eines Rechtsbegriffs näher erläutert.<sup>14</sup> Diese Technik eignet sich jedoch nicht für das Rechtsmissbrauchsverbot, weil dieses für atypische Konstellationen gedacht ist, was einer inhaltlichen Typisierung durch eine Definition zuwiderläuft. Die eingangs skizzierte lückenschließende Funktion des Rechtsmissbrauchsverbots ist zudem auf einen möglichst flexiblen und damit zwangsläufig vagen Tatbestand angewiesen. Daher überrascht es nicht, dass bisherige Definitionsansätze eher Paraphrasierungen als subsumtionsfähige Definitionen darstellen.<sup>15</sup> Dies zeigt sich etwa an der gängigen Formel, wonach sich rechtsmissbräuchlich verhält, wer ein Recht in einer Weise ausübt, die von der Rechtsordnung missbilligt wird.<sup>16</sup> Auch ein Blick in die normative Grundlage des Rechtsmissbrauchsverbots, § 242 BGB, verspricht kaum Erkenntnisgewinn, weil dessen zentrales Merkmal – das Gebot von Treu und Glauben – nicht minder wertungsoffen ist.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Wank, 2020, § 8 Rn. 5.

<sup>15</sup> Beispielhaft seien genannt: Nach BAG Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 BAGE 142, 308 Rn. 38 liegt Rechtsmissbrauch vor, wenn jemand eine an sich mögliche Gestaltung „in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind“; nach MK-BGB/C. Schubert, § 242 Rn. 210 f. ist Rechtsmissbrauch ein Verhalten, das mit „den außerpositiven Vorgaben von Recht und Sittlichkeit unvereinbar ist“; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 216 gehen von Rechtsmissbrauch aus, „wenn ein Recht bewusst zweckentfremdet zur Schädigung der Gegenpartei eingesetzt wird“ oder dessen „Ausübung aus anderen Gründen dem Gebot von Treu und Glauben widerspricht“. BeckOGK/Kähler, BGB § 242 Rn. 1079 spricht von der „treuwidrigen Ausübung eines Rechts“.

<sup>16</sup> So etwa BAG Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 BAGE 142, 308 Rn. 38; MK-BGB/C. Schubert, § 242 Rn. 239.

<sup>17</sup> Prägnant Wieacker, 1956, S. 14–16.

## II. Abhängigkeit vom Schuldverhältnis

Die Schwierigkeit der inhaltlichen Präzisierung ist von anderen Generalklauseln<sup>18</sup> bekannt. Insbesondere der § 138 BGB, der wie § 242 BGB als rechtsetzendes Korrektiv dient,<sup>19</sup> besitzt mit den „guten Sitten“<sup>20</sup> einen Anknüpfungspunkt, der ähnlich unscharf formuliert ist wie das Gebot von Treu und Glauben. Die Anwendung des § 242 BGB gestaltet sich jedoch im direkten Vergleich komplizierter, weil § 242 BGB in mehrfacher Hinsicht eine ausdifferenziertere Schrankenbestimmung darstellt:<sup>21</sup>

Unterschiede bestehen zunächst hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs: § 138 BGB nimmt für sich in Anspruch, im gesamten Privatrecht ein einheitliches Minimum an gegenseitiger Achtung und Rücksichtnahme vorzugeben.<sup>22</sup> Deshalb benennt er mit der Sittenordnung einen – wenn auch schwer greifbaren – allgemeingültigen Mindeststandard, der jede Partei in gleicher Weise bindet. Der aus § 242 BGB resultierende Verhaltensmaßstab ist demgegenüber an die individuellen Besonderheiten der jeweiligen Rechtsbeziehung angepasst. Zwar findet § 242 BGB gleichfalls als Grundgedanke des Bürgerlichen Rechts über seinen Wortlaut hinausgehend in der gesamten Rechtsordnung Anwendung,<sup>23</sup> jedoch wurzelt er im Schuldrecht, weshalb er maßgeblich durch den Inhalt des jeweiligen Schuldverhältnisses geprägt wird.<sup>24</sup> Die Anforderungen, die sich im Einzelfall aus „Treu und Glauben“ ergeben, orientieren sich eng an der jeweiligen Rechtsbeziehung. So besteht etwa bei den auf eine enge Zusammenarbeit ausgerichteten Arbeits- und Gesellschaftsverträ-

---

<sup>18</sup> Ausführliche Analyse des Begriffs der Generalklausel bei *Auer*, 2005, S. 126 ff.; *Engisch/T. Würtenberger/D. Otto*, 2018, S. 176; *Garstka* in H.-J. Koch (Hrsg.), 1976, 96 ff.; *C. Heinrich*, 2000, S. 315–320; *Kamanabrou AcP* 202 (2002), 662 (663 ff.); *Pionteck*, 2022, S. 35 f.; *M. Schmidt*, 2009, S. 16–29; *R. Weber AcP* 192 (1992), 516 (524 f.).

<sup>19</sup> NK-BGB/Looschelders, § 138 Rn. 17.

<sup>20</sup> Vielfach definiert als Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden: RG Ur. v. 11.4.1901 – VI 443/00 RGZ 48, 114 (124); RG Ur. v. 15.10.1912 – VII 231/12 RGZ 80, 219 (221); BGH Ur. v. 9.7.1953 – IV ZR 242/52 BGHZ 10, 228 (232); BGH Ur. v. 29.9.1977 – III ZR 164/75 BGHZ 69, 295 (297); BGH Ur. v. 20.7.2017 – IX ZR 310/14 NJW 2017, 2613 Rn. 16; *Arzt*, 1962, S. 3; *Neuner*, 2020, § 46 Rn. 8; *Sack* NJW 1985, 761; angedeutet wurde diese Formel bereits in Mot. II, S. 727 in Bezug auf § 705 BGB als Vorläufer des späteren § 826 BGB; krit. zur Anwendung dieser Formel in der Praxis *Haberstumpf*, 1976, S. 74 f.; *Heldrich AcP* 186 (1986), 74 (93–95); *Teubner*, 1971, S. 115.

<sup>21</sup> *Leidner*, 2019, S. 111; NK-BGB/Looschelders, § 138 Rn. 17.

<sup>22</sup> *Erman/Schmidt-Räntsch*, § 138 Rn. 1; *MK-BGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 1; *Neuner*, 2020, § 46 Rn. 1; *W. Siebert*, 1934, S. 129; *Zöllner*, 1963, S. 291.

<sup>23</sup> BVerfG Beschl. v. 5.12.2001 – 2 BVR 527/99 BVerfGE 104, 220 (232); BGH Ur. v. 27.1.1954 – VI ZR 16/53 BGHZ 12, 154 (157); BGH Beschl. v. 20.11.2012 – VI ZB 1/12 NJW 2013, 1369 Rn. 9; RG Ur. v. 22.1.1935 – II 198/34 RGZ 146, 385 (396); *Baumgärtel ZZP* 69 (1956), 89 ff.; *Leidner*, 2019, S. 87; *W. Siebert*, 1934, S. 123; *Wieacker*, 1956, S. 45.

<sup>24</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 129; *Soergel/A. Teichmann*, § 242 Rn. 40.

gen eine strengere Treuebindung – und damit einhergehend eine niedrigere Schwelle zur Bejahung des Rechtsmissbrauchs –, als etwa bei den auf punktuellen Leistungsaustausch gerichteten Kauf- oder Werkverträgen.<sup>25</sup> Der Rechtsanwender muss die Paarformel „Treu und Glauben“ also einzelfallbezogen mit Rücksicht auf den Inhalt der jeweiligen Sonderbeziehung konkretisieren.

Zum anderen beschränkt sich die Sittenwidrigkeitskontrolle grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Rechtsentstehung,<sup>26</sup> während die Rechtsmissbrauchskontrolle zusätzlich den Zeitraum bis zur Rechtsausübung einbezieht.<sup>27</sup> Hierdurch kann Letztere ein größeres Spektrum an Verhaltensweisen in den Blick nehmen, was einerseits Potential für eine ausdifferenziertere Wertung bietet, andererseits ihre Komplexität erhöht.

Schließlich bietet das Rechtsmissbrauchsverbot dem Rechtsanwender aufgrund seiner schuldrechtlichen Wurzeln ein größeres Spektrum an möglichen Rechtsfolgen:<sup>28</sup> Sittenwidriges Handeln führt nach § 138 BGB zur Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften und über § 826 BGB zur Schadensersatzpflicht. Zur Gewährleistung eines allgemeingültigen ethischen Mindeststandards genügen diese starren Rechtsfolgen. Das Rechtsmissbrauchsverbot bietet demgegenüber größere Freiheiten, um dem Charakter der jeweiligen Sonderbeziehung und des jeweiligen Treueverstoßes gerecht zu werden. So führt das Rechtsmissbrauchsverbot häufig dazu, dass eine Partei ein Recht nicht ausüben darf. Es kann jedoch auch zur Folge haben, dass einer Partei die Verteidigung gegen ein nicht bestehendes Recht untersagt wird oder dass – dies ist im Einzelnen äußerst umstritten – Ansprüche und Vertragsverhältnisse entstehen.<sup>29</sup>

### *III. Das Herausarbeiten eines Wertungsmaßstabs als häufig vernachlässigter Schlüssel zur Präzisierung des Rechtsmissbrauchsverbots – Beispiel Zweckentfremdung*

Weil § 242 BGB und das Rechtsmissbrauchsverbot in hohem Maß an die jeweilige Rechtsbeziehung anknüpfen, stellt sich für den Rechtsanwender die zentrale Frage, auf welche Weise Bewertungsmaßstäbe entwickelt werden

---

<sup>25</sup> Vgl. MK-BGB/C. Schubert, § 242 Rn. 236.

<sup>26</sup> So die überwiegend vertretene Auffassung, exemplarisch BAG Urte. v. 22.7.2010 – 8 AZR 144/09 NJW 2011, 630 Rn. 30; BGH Urte. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13 NJW 2015, 2248 Rn. 69; *Fischinger* JZ 2012, 546 (548); *Neuner*, 2020, § 46 Rn. 26; diff. *Schmoeckel* AcP 197 (1997), 1 (48–63), der bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit auch auf spätere Zeitpunkte abstellt, sofern hierdurch ein anfänglich bestehendes Sittenwidrigkeitsverdikt entfällt.

<sup>27</sup> NK-BGB/P. Krebs, § 242 Rn. 66; PWW/Kramme, § 242 Rn. 32.

<sup>28</sup> MK-BGB/C. Schubert, § 242 Rn. 128; NK-BGB/Looschelders, § 138 Rn. 18.

<sup>29</sup> Zu diesen drei Funktionsschichten des Rechtsmissbrauchsverbots siehe S. 40 f.

können, anhand derer sich überprüfen lässt, ob ein bestimmtes Verhalten rechtsmissbräuchlich ist. Doch obwohl das präzise Herausarbeiten solcher Maßstäbe für die Handhabung des Rechtsmissbrauchsverbots von grundlegender Bedeutung ist, wird dieser Arbeitsschritt in der Praxis häufig vernachlässigt, wodurch die tragenden Wertungen des jeweiligen Rechtsmissbrauchsverdikts nicht hinreichend transparent zum Ausdruck kommen.

Ein prominentes Beispiel hierfür bietet der Topos der Zweckentfremdung, auf den die Rechtsprechung vielfach zurückgreift.<sup>30</sup> In jüngerer Vergangenheit hat dieser Rechtsmissbrauchsvorwurf insbesondere im Befristungsrecht große Praxisrelevanz erlangt. Seit 2012 wirft das BAG Arbeitgebern, die einen ständigen und dauerhaften Personalbedarf mithilfe befristeter Arbeitsverhältnisse abdecken, eine rechtsmissbräuchliche Zweckentfremdung der Befristungsmöglichkeit vor.<sup>31</sup> Jedoch hat das Gericht bislang darauf verzichtet, offenzulegen, anhand welcher Wertungen es zu diesem Verdikt gelangt ist.<sup>32</sup> Sicherlich drängt sich in einer solchen Konstellation die Annahme eines Missbrauchs auf, weil die Befristungsmöglichkeit dazu gedacht ist, dem Interesse des Arbeitgebers an einer zeitlich begrenzten Beschäftigung entgegenzukommen; lediglich zu diesem Zweck erkennt der Gesetzgeber die Befristung an, die dem Arbeitnehmer den Schutz des § 1 KSchG entzieht. Ein Arbeitgeber verfehlt daher den Zweck der Befristungsmöglichkeit, wenn er durch geschicktes Ausnutzen der Befristungstatbestände des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG einen dauerhaften Personalbedarf durch eine große Zahl aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge abdeckt. Um diese Zweckentfremdung in überzeugender Weise als Rechtsmissbrauch verwerfen zu können, hätte es jedoch einer Verknüpfung des Zweckentfremdungsgedankens mit der Rechtsmissbrauchsdogmatik bedurft, die das BAG bislang nur unzureichend hergestellt hat.

Auch der BGH vertritt bereits seit langem den Standpunkt, dass die Zweckentfremdung von Recht einen Rechtsmissbrauch darstellen kann.<sup>33</sup> So

---

<sup>30</sup> Zu Fallbeispielen siehe S. 73 ff.

<sup>31</sup> Grdl. BAG Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 BAGE 142, 308; weiterhin BAG Urt. v. 10.2.2015 – 7 AZR 113/13 AP TzBfG § 14 Nr. 127; BAG Urt. v. 29.4.2015 – 7 AZR 310/13 AP TzBfG § 14 Nr. 130; BAG Urt. v. 9.9.2015 – 7 AZR 148/14 AP BEEG § 21 Nr. 1; BAG Urt. v. 7.10.2015 – 7 AZR 944/13 AP TzBfG § 14 Nr. 137; BAG Urt. v. 26.10.2016 – 7 AZR 135/15 BAGE 157, 125; BAG Urt. v. 21.3.2017 – 7 AZR 369/15 AP TzBfG § 14 Nr. 154; BAG Urt. v. 21.2.2018 – 7 AZR 696/16 AP TzBfG § 14 Nr. 168; BAG Urt. v. 21.2.2018 – 7 AZR 765/16 AP TzBfG § 14 Nr. 167; BAG Urt. v. 23.5.2018 – 7 AZR 16/10 AP TzBfG § 14 Nr. 171; BAG Urt. v. 21.11.2018 – 7 AZR 234/17 AP TzBfG § 14 Nr. 173.

<sup>32</sup> Zu Recht kritisch zur oberflächlichen Begründung des Rechtsmissbrauchs in diesem Fallbeispiel *Schwarze RdA* 2017, 302 (304).

<sup>33</sup> Prägnant BGH Urt. v. 26.2.1987 – VII ZR 58/86 NJW 1987, 1946 (1947) in Bezug auf den Parteiwchsel im Zivilprozess: „Rechtsmissbräuchlich ist der Gebrauch eines

verwarf er bereits 1950 ein Begehren zur Aufhebung der Ehe wegen arglistiger Täuschung (§ 33 EheG aF) als rechtsmissbräuchlich, weil die Aufhebung der Ehe nicht durch die Täuschung motiviert war.<sup>34</sup> Wenig später begründete er eine Rechtsprechungslinie, wonach sich Gesellschafter rechtsmissbräuchlich verhalten, die ihre GmbH gezielt nutzen, um auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger zu spekulieren.<sup>35</sup> Ferner warf er „räuberischen Aktionären“ Rechtsmissbrauch vor, weil diese die Möglichkeit zur Anfechtungsklage als Einkommensquellen nutzen.<sup>36</sup> In diesen Fällen legte der BGH jedoch allenfalls rudimentär dar, aus welchen Gründen er die Zweckentfremdung von Recht als rechtsmissbräuchlich ansah. Das unzureichende argumentative Fundament, auf dem der Zweckentfremdungsgedanke in der Rechtsprechung steht, ist unbefriedigend, weil es keinesfalls selbstverständlich ist, einer Rechtsausübung die Geltung nur deshalb zu versagen, weil sie ein Recht in anderer als vom Gesetzgeber intendierter Weise nutzt. Daher überrascht es nicht, dass das Schrifttum diesem gedanklichen Ansatz gelegentlich vorwirft, eine dem Privatrecht fremde Motivzensur zu betreiben.<sup>37</sup> Diese Kritik zeigt – unabhängig davon, ob sie inhaltlich zutrifft –, dass der Verzicht auf die transparente Darlegung der Wertungsgrundlagen die Nachvollziehbarkeit von Rechtsmissbrauchskontrollen mindert. In der Konsequenz leidet die Rechtssicherheit. Ferner erschwert es dieser Verzicht, Entscheidungen zu abstrahieren und zur Grundlage einer stimmigen Rechtsmissbrauchsdogmatik weiterzuentwickeln, an der andere Fälle gemessen werden können.<sup>38</sup>

---

Rechts zu Zwecken, die zu schützen, unter keinem denkbaren Gesichtspunkt gerechtfertigt ist.“

<sup>34</sup> Frühes Beispiel bei BGH Urt. v. 21.2.1952 – IV ZR 120/51 BGHZ 5, 186 (189).

<sup>35</sup> So andeutungsweise bereits BGH Urt. v. 30.1.1956 – II ZR 168/54 BGHZ 20, 4 (14) und BGH Urt. v. 29.11.1956 – II ZR 156/55 BGHZ 22, 226 (231); prägnant BGH Urt. v. 24.6.2002 – II ZR 300/00 BGHZ 151, 181 – KBV.

<sup>36</sup> Grdl. BGH Urt. v. 22.5.1989 – II ZR 206/88 BGHZ 107, 296 – Kochs Adler.

<sup>37</sup> So *Rieble* NZA 2005, 1 (3) in Bezug auf die BAG-Rechtsprechung, die von Rechtsmissbrauch ausgeht, wenn Arbeitnehmer ihr Widerspruchsrecht aus § 613 Abs. 6 BGB nutzen, um die Durchführung eines Betriebsübergangs zu boykottieren; zu diesem Fallbeispiel siehe S. 231 ff.

<sup>38</sup> So überrascht es nicht, dass Streit darüber entstand, inwiefern die Spruchpraxis des BAG zu Kettenbefristungen mit Sachgrund auf Fälle übertragen werden konnte, in denen die vom Gesetzgeber zur vorübergehenden Beschäftigung gedachte Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung zur Abdeckung eines dauerhaften Personalbedarfs zweckentfremdet wurde: Dafür mit unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen LAG Berlin-Brandenburg Teilurt. v. 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12 NZA-RR 2013, 234 (235); *Klengel* in *Buhl/Frieling/Krois* u.a. (Hrsg.), 2017, 101 (114 ff.); *Schüren/Hamann/W. Hamann*, AÜG § 1 Rn. 302–310, dagegen das BAG und das überwiegende Schrifttum; zum Meinungsstand siehe S. 119 ff.



Diese Problematik betrifft neben der Zweckentfremdung, für die sich teilweise die – äußerst strittige<sup>39</sup> – Bezeichnung als institutioneller Rechtsmissbrauch etabliert hat, auch andere Rechtsmissbrauchsfallgruppen, die auf einem intransparenten und instabilen dogmatischen Fundament stehen. So verhält es sich etwa bei der Fallgruppe des selbstwidersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*). Ähnlich wie das Zweckentfremdungsverbot zählt diese Fallgruppe im Grundsatz zum anerkannten Kernbestand des Rechtsmissbrauchsverbots. Jedoch wird sie in der Praxis uneinheitlich gehandhabt, sodass bis heute Unklarheit darüber besteht, unter welchen Voraussetzungen ein Selbstwiderspruch als rechtsmissbräuchlich verworfen werden darf.<sup>40</sup> Weitere gleichermaßen prominente wie strittige Argumentationsmuster stellen die Gesetzesumgehung,<sup>41</sup> das Erschleichen von Recht<sup>42</sup> und die rücksichtslose Rechtsausübung dar.<sup>43</sup>

### C. Gegenstand der Untersuchung

Diese Arbeit geht den bereits angesprochenen wiederkehrenden Argumentationsmustern nach, die zur Begründung von Rechtsmissbrauch genutzt werden. Sie analysiert, welche Wertungen die Rechtsprechung diesen zu Grunde legt und überprüft, ob sich die Rechtsprechung in konsequenter Weise an diesen Wertungen orientiert. Hierdurch bezweckt sie, die Transparenz und die Strukturierung von Rechtsmissbrauchskontrollen zu fördern.

Diese Untersuchung ist nicht die erste, die sich mit der Dogmatik des Rechtsmissbrauchsverbots näher befasst. *Oppenheimer*, *Rüdy*, *Siebert*, *Wieacker*, *Mader* und erst kürzlich *Guski* leisteten Beiträge zur rechtstheoretischen Präzisierung dieser Figur.<sup>44</sup> *Haferkamp* und *Eichenhofer* analysierten eingehend deren historische Entwicklung.<sup>45</sup> Fachbereichsspezifische Arbeiten setzen sich mit dem Rechtsmissbrauch im Marken-, Insolvenz-, Kartell-

---

<sup>39</sup> Die Anerkennung und der Inhalt der Figur des institutionellen Rechtsmissbrauchs werden im Schrifttum kontrovers erörtert; zu diesen Fragestellungen siehe S. 69 ff. sowie S. 171 ff.

<sup>40</sup> Siehe S. 445 ff.

<sup>41</sup> Siehe S. 299 ff.

<sup>42</sup> Siehe S. 383 ff.

<sup>43</sup> Siehe S. 477 ff.

<sup>44</sup> *Oppenheimer*, 1930; *Rüdy*, 1934; *W. Siebert*, 1934; *Wieacker*, 1956; *P. Mader*, 1994; *Guski*, 2019.

<sup>45</sup> *Haferkamp*, 1995; *Eichenhofer*, 2019.

Prozess- und Sozialrecht auseinander.<sup>46</sup> Auch für das Arbeitsrecht existieren bereits mehrere Untersuchungen.<sup>47</sup> In gesellschaftsrechtlichen Monografien wurde der Rechtsmissbrauch demgegenüber bislang nicht als eigenständiges Thema aufgearbeitet, sondern lediglich im Zusammenhang mit einzelnen Erscheinungsformen des Missbrauchs.<sup>48</sup>

Die genannten Werke offenbaren aufgrund ihrer methodischen Ansätze Forschungslücken: Die fachübergreifenden Arbeiten gehen tendenziell nur am Rande darauf ein, auf welche Weise ihre abstrakten Ausführungen in der Falllösung angewandt werden können. So führt etwa *Guski* den Rechtsmissbrauch in einer eingehenden Untersuchung auf das Verbot des Selbstwiderspruchs zurück, setzt sich allerdings nur am Rande damit auseinander, unter welchen Voraussetzungen dieser Widerspruch es im Einzelfall rechtfertigt, einer Rechtsausübung die Geltung zu versagen.<sup>49</sup> Operationalisierbare Entscheidungskriterien finden sich häufiger in den Arbeiten, die sich auf bestimmte Fachbereiche oder Anwendungsfälle fokussieren. Diese Schwerpunktsetzung verleitet jedoch regelmäßig dazu, die bekannte Rechtsmissbrauchsdogmatik als gegebenes Faktum zu akzeptieren und keiner kritischen Prüfung zu unterziehen.

Diese Arbeit verfolgt einen zwischen den aufgezeigten Forschungskonzepten vermittelnden Ansatz: Sie verzichtet darauf, ein abstraktes Konzept des Rechtsmissbrauchs zu entwickeln, an dem sie die Rechtsprechung misst.<sup>50</sup> Stattdessen entwickelt sie aus den einzelnen Judikaten heraus Argumentationsmuster, anhand derer das Vorliegen von Rechtsmissbrauch überprüft werden kann. Dies bietet zum einen den Vorteil großer Problemnähe, weil die Präzisierung des Rechtsmissbrauchsverbots anhand der in der Praxis anzutreffenden Missbrauchsfälle bewältigt wird. Zum anderen wird diese Vorgehensweise dem Umstand gerecht, dass sich Funktion und Inhalt des Rechts-

---

<sup>46</sup> Zum Prozessrecht: *Holthausen*, 2005; *Klöpfer*, 2016; *Kudlich*, 1998; *Leidner*, 2019; *Pfister*, 1998; *Rüben*, 1980; *Schmitt-Kästner*, 2017 und *Zeiss*, 1967; zum Insolvenzrecht: *L. Schneider*, 2015; zum Markenrecht: *Wiedmann*, 2002; zum Kartellrecht: *Zenker*, 2018; zum Sozialrecht: *H. Krüger*, 2017.

<sup>47</sup> Eine umfassende Betrachtung des Rechtsmissbrauchs im Arbeitsrechts intendieren *Stuedle*, 1972 und *Dommermuth-Alhäuser*, 2015; punktuelle Betrachtungen finden sich bei *W. Wolf*, 1984 (Urlaubsrecht), *Kaus*, 2017 (Befristungsrecht) und *Rudnik*, 2019, S. 271–320 (Befristungs- und Antidiskriminierungsrecht).

<sup>48</sup> Zu rechtsmissbräuchlichen Anfechtungsklagen: *Homeier*, 2016; *Labrenz*, 2011; zum Missbrauch der Haftungsbeschränkung juristischer Personen: *Serick*, 1955; zum Missbrauch der SE: *Höh*, 2017; *Ramcke*, 2015.

<sup>49</sup> In diese Richtung deutet die Rezension von *Grünberger* AcP 220 (2020), 1008 (1014), der *Guskis* Einschätzung, unter welchen Voraussetzungen Selbstwidersprüche aufgelöst werden dürfen, für zu pauschalisierend hält; zum Verbot des Selbstwiderspruchs siehe S. 445 ff.

<sup>50</sup> Auf diese Weise verfährt zB *Dommermuth-Alhäuser*, 2015, S. 45 f.

missbrauchsverbots losgelöst von der Fallpraxis kaum vollständig erfassen lassen, also auf eine fallbezogene Präzisierung angewiesen sind.

## D. Verlauf der Untersuchung

Die Untersuchung leitet mit einer knappen Aufbereitung der historischen Entwicklung des Rechtsmissbrauchsverbots und einer abstrakten Darstellung des gegenwärtigen gesicherten Forschungsstands in die Thematik ein. Zwar wurden diese Grundlagenaspekte bereits mehrfach eingehend untersucht, allerdings ist es angesichts der vielen terminologischen und teilweise auch inhaltlichen Abweichungen sinnvoll, die abstrakten Grundlagen aufzuzeigen, auf dem die fallbezogenen Analysen dieser Arbeit aufbauen.

Diese folgen im Anschluss und stellen das Herzstück der Arbeit dar. Sie dienen der kritischen Betrachtung der angesprochenen Argumentationsfiguren, mit denen die Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots in der Praxis regelmäßig gerechtfertigt wird. Gegliedert wird dieser Bestandteil der Arbeit anhand der einzelnen Argumentationsmuster. Als praktische Anschauungsobjekte greift die Analyse vornehmlich auf Fallbeispiele aus dem Arbeits- und dem Gesellschaftsrecht zurück, weil diese Bereiche für eine Analyse des Rechtsmissbrauchsverbots besonders ertragreich scheinen: Hintergrund dessen ist, dass sowohl das Arbeits- als auch das Gesellschaftsrecht auf eine geschlossene Kodifizierung verzichten.<sup>51</sup> Dies macht in gesteigertem Maß richterliche Rechtsfortbildung erforderlich, zu der insbesondere das Rechtsmissbrauchsverbot zählt. Anschaulich spricht *Greiner* in Bezug auf das Befristungsrecht, in dem das Rechtsmissbrauchsverbot eine große Praxisrelevanz erlangt hat, von einem „Siegeszug“ insbesondere des institutionellen Rechtsmissbrauchs.<sup>52</sup> Im Anschluss an die Darstellung von Rechtsprechung und Schrifttum werden diese Muster auf ihre innere Plausibilität und auf ihre dogmatische Tragfähigkeit hin untersucht.

Zum Abschluss erfolgt eine thesenhafte Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse.

---

<sup>51</sup> Zu den bislang vergeblichen Versuchen zur Kodifizierung des Arbeitsrechts *Dieterich RdA* 1978, 329 ff.; *Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht*, 1992; *Griese NZA* 1996, 803 ff.; *Henssler/U. Preis NZA-Beil.* 2007, 6 ff.

<sup>52</sup> *Greiner NZA* 2014, 284 (285); *Greiner ZESAR* 2014, 357 (362).

# Sachregister

- Abbruchjäger 430
- abus de droit 23, 24
- actio pro socio 2
- aemulatio 15, 16
- aequitas 13
- AGG-Hopper *siehe*
  - Diskriminierungsentschädigung
- Analogie 48, 336, 343, 344
- Anfechtungsklage
  - Funktion 220
  - Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse 281, 430
  - Rechtsmissbrauch 224, 228, 281
  - Rechtsmissbrauchsindizien 284
- Arbeitgeberbegriff *siehe* sachgrundlose Befristung, Vorbeschäftigungsverbot
- Arbeitnehmerrotation *siehe*
  - Arbeitnehmerüberlassung,
  - Arbeitnehmerrotation
- Arbeitnehmerüberlassung
  - Arbeitnehmerrotation 124, 203
  - auf Dauer angelegte 108, 113, 117, 199
  - Funktion 104, 159
  - Gesetzesumgehung 110, 113
  - Höchstüberlassungsdauer 106, 124, 200, 204
  - im Konzern *siehe* Konzernleihe
  - institutioneller Rechtsmissbrauch 113, 114, 124, 199
  - mittelbares Arbeitsverhältnis 364
  - Reformgeschichte 106
  - Rücksichtslosigkeit 122
  - Strohmanggestaltung *siehe* Strohmang,
    - Arbeitnehmerüberlassung
  - Substitution von Stammkräften 105
  - Umgehung von Tarifverträgen 118
  - venire contra factum proprium 471
  - Verbotswidrigkeit 117, 120, 123, 204
  - verdeckte 471
- Arbeitsverhältnis
  - mittelbar *siehe* mittelbares Arbeitsverhältnis
  - Sachgrundbefristung *siehe* Sachgrundbefristung
  - sachgrundlos befristet *siehe* sachgrundlose Befristung
- Atypik *siehe* Rechtsmissbrauch, Anwendungsbereich
- Aufhebung der Ehe 6
- Ausschlussfrist 460
- Austauschkündigung 440
- Autokran-Urteil 138
- Bedürfnisse des Rechtsverkehrs 51
- Bestandsschutz 52, 89, 174, 354, 410, 505, 506, 513
- Bestellung von Vorstandsmitgliedern 333, 334
- Betriebliche Mitbestimmung *siehe* Kopplungsgeschäft
- Betriebsverfassungsrecht *siehe* Kopplungsgeschäft
- Billigkeit 11, 18
- bona fides 11, 12
- Bremer-Vulkan-Urteil 143
- Briefkastenfirma 417
- Centrafarm/Winthrop-Urteil 33
- Diskriminierungsentschädigung
  - Ernsthaftigkeit 393, 399, 428
  - Funktion 390
  - Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse 395, 430
  - Kratzer-Urteil 397
  - objektive Eignung 391, 392, 400, 427
  - Rechtsmissbrauchsindizien 397, 432
  - Schadensberechnung 400, 429

- unredlicher Rechtserwerb 422
- dolus malus 12
- Eingriffsschwelle *siehe*
  - Gesetzesumgehung,
  - Eingriffsschwelle
- Eingruppierung 460
- Einzelfallumstände 1, 40, 344
- Emsland-Stärke-Urteil 34
- Erschleichen von Recht
  - Briefkastenfirma 417
  - Diskriminierungsentschädigung 390, 422, 427
  - Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse 424
  - institutioneller Rechtsmissbrauch 422
  - Organisationsentscheidung 401, 423, 432
  - Problemstellung 383
  - Rechtsmissbrauchsvorwurf 420
  - Sonderkündigungsschutz 416
  - Squeeze-Out 384, 423, 426
  - unredlicher Rechtserwerb 422, 424
  - Zuständigkeitserschleichung 418, 423
- Erwartung normgerechten Verhaltens 11
- exceptio doli
  - Bedeutungsgehalt 14
  - Entstehung 13
  - exceptio doli generalis 16, 17, 20, 25
  - exceptio doli specialis 16
  - Kritik 18, 25
  - Rechtsmissbrauchsverbot 25
- Existenzvernichtung *siehe*
  - Rechtsformmissbrauch,
  - Existenzvernichtung
- Fallgruppenmethode 55
- Fertighaus-Urteil 136
- Flucht aus der Mitbestimmung *siehe* SE, Funktion
- Formnichtigkeit *siehe* venire contra factum proprium, Formnichtigkeit
- funktionales Rechtsdenken 172
- Funktionsbedingung 172
- Gaius 11
- Gamma-Urteil 138
- Generalklausel 4, 42, 43, 52, 54, 330, 501
- Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht
  - Anfechtungsklage 224
  - Bestellung von Vorstandsmitgliedern 334
  - Stimmrechtsmissbrauch 495
  - Treu und Glauben 497
  - Victoria-Urteil 497
- Gesetzesergebung *siehe* Erschleichen von Recht
- gesetzesimmanente Rechtsfortbildung 48, 343
- Gesetzeslücke 48
- gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung
  - institutioneller Rechtsmissbrauch 168, 170, 175
  - methodischer Ansatz 48, 50
  - Sachgrundkontrolle 350
  - Wertungsgrundlage 51, 52
- Gesetzesumgehung
  - Analogie 300, 343
  - Arbeitnehmerüberlassung 110
  - Bestellung von Vorstandsmitgliedern 334
  - Eingriffsschwelle 338, 339, 348
  - Gesetzesauslegung 300, 340
  - Gleichstellung 300, 363
  - Kettenbefristung 74
  - mittelbares Arbeitsverhältnis 302, 365
  - objektive *siehe* Lehre von der objektiven Gesetzesumgehung
  - Problemstellung 299
  - Rechtsfolge 318, 366, 375
  - Rechtsmissbrauch 336, 355
  - sachgrundlose Befristung 310, 369
  - sachlicher Grund *siehe* Sachgrundkontrolle
  - Sozialauswahl 335
  - Squeeze-Out 385
  - Steuerumgehung 331, 332
  - Umgehungsabsicht 74, 312, 316, 317, 359
  - Umgehungsgeschäft 299
  - Umgehungsverbot 341
- Gierke, Otto von 28
- Gleichstellung *siehe* Gesetzesumgehung, Gleichstellung GmbH

- Führungslosigkeit 489
- Funktion 159
- Missbrauch der Rechtsform *siehe* Rechtsformmissbrauch
- Trennungsprinzip 125, 127, 132, 133, 213
- Handeln ohne schutzwürdiges
  - Eigeninteresse
  - Anfechtungsklage 226, 281
  - Beweisführung 277
  - Diskriminierungsentschädigung 395, 401, 430
  - Erschleichen von Recht 424
  - Gesetzesumgehung 358
  - Organisationsentscheidung 435, 440
  - Schutzwürdigkeitsprüfung 275
  - Tatbestand 274
  - Teilzeitanspruch 291, 292
  - Widerspruch gegen den Betriebsübergang 288
  - Zweckentfremdung 269, 275
- Hermeneutik 55
- Ideologie 27, 28, 29, 30, 44
- individueller Rechtsmissbrauch 225, 229
- Institution 65
- institutioneller Rechtsmissbrauch
  - Arbeitnehmerüberlassung 113, 114, 124, 199
  - Diskriminierungsentschädigung 401
  - Erschleichen von Recht 422
  - Gesetzesumgehung 362
  - Kritik 70
  - Leitbild 89, 117, 139, 140, 162, 167
  - methodische Abgrenzung 168, 170, 336
  - Mitbestimmungsrecht 295
  - mittelbares Arbeitsverhältnis 366
  - Organisationsentscheidung 438, 439
  - Rechtsfolgen 175, 206, 363, 375
  - Rechtsmissbrauchsvorwurf 171, 173
  - sachgrundlose Befristung 373
  - SE-Gründung 379
  - Tatbestand 64, 171, 172, 173
  - Teilzeitanspruch 291
  - Verhältnismäßigkeit 174
  - Widerspruch gegen den Betriebsübergang 288
- judicia bonae fidei 12
- Josserand, Louis 24
- KBV-Urteil 144, 213
- Kettenbefristung *siehe* Sachgrundbefristung/sachgrundlose Befristung
- Kochs-Adler-Urteil 224
- Kofoed-Urteil 36
- Kollektivwiderspruch *siehe* Widerspruch gegen den Betriebsübergang
- Kolpingwerk-Entscheidung 161
- Konkretisierung 54, 55, 58
- Konsistenzgebot *siehe* venire contra factum proprium
- Konzernleihe 107, 110, 121, 199, 314
- Kopplungsgeschäft
  - Auslegung 255, 293
  - beschleunigtes Verfahren 251
  - Eilrechtsschutz 295
  - Gegenstand 246
  - Initiativrecht 253, 292
  - institutioneller Rechtsmissbrauch 295
  - Personalvertretung 248
  - Zweckentfremdung 248, 252
- Kündigung
  - Austausch *siehe* Austauschkündigung
  - Berufsfreiheit 501
  - Bestandsschutzprinzip *siehe* Bestandsschutz
  - betriebsbedingt *siehe* Organisationsentscheidung
  - Eigenkündigung 464, 465, 474
  - Gesetzesumgehung 74
  - Interessenabwägung 503
  - Mindestkündigungsschutz 502, 505
  - Sozialauswahl *siehe* Gesetzesumgehung, Sozialauswahl
  - Verdacht *siehe* Verdachtskündigung
  - wegen Betriebsübergangs 471
- Lehre von der objektiven Gesetzesumgehung 75, 304, 305, 345, 347, 348
- Leiharbeit *siehe* Arbeitnehmerüberlassung
- Leitbild *siehe* institutioneller Rechtsmissbrauch, Leitbild
- Lüth-Entscheidung 52, 501

- Missbrauch
  - Befristungsmissbrauch 35, 78, 180
  - Rechtsmissbrauch *siehe* Rechtsmissbrauch
  - SE-Gründung *siehe* SE, Funktion mittelbares Arbeitsverhältnis
  - Arbeitnehmerüberlassung 364
  - Funktion 301
  - Gesetzesumgehung 304, 365
  - Rechtsmissbrauch 303, 366
- Motivkontrolle
  - Einordnung in die Rechtsmissbrauchsdogmatik 234, 272
  - Kritik 7, 230, 236, 238, 263
  - Legitimation 266
- Natur der Sache 51
- Normzwecktheorie 252
- nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur 11
- Organisationsentscheidung
  - Gegenstand 401
  - Gesetzesumgehung 408, 410, 415, 438, 439
  - Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse 435, 440
  - institutioneller Rechtsmissbrauch 438, 439
  - unredlicher Rechtserwerb 423
  - Verhältnismäßigkeit 406, 436
  - Willkürformel 403, 412
- Parteiwechsel 6
- Prinziplücke 50
- Privatautonomie 73, 160, 236, 275, 513
- professionelle Diskriminierungskläger *siehe* Diskriminierungsentschädigung
- Rechtsethisches Prinzip 52
- Rechtsformmissbrauch 125
  - Anspruchsinhaber 146, 153
  - Existenzvernichtung 126, 138, 214
  - institutioneller Rechtsmissbrauch 213
  - materielle Unterkapitalisierung 126, 135, 215
  - Missbrauchslehre 148
  - Normanwendungslehre 151, 209
  - Normzwecklehre 150, 212
  - piercing of the corporate veil 149
  - Risikogeschäft 215
  - Vermögensvermischung 127, 214
  - Verschuldenshaftung 152
- Rechtsfortbildung
  - gesetzesimmanent *siehe* gesetzesimmanente Rechtsfortbildung
  - gesetzesübersteigend *siehe* gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung
  - Lücke *siehe* Gesetzeslücke/Prinziplücke/Wertungslücke
  - Rechtsmissbrauchsverbot 49
  - Verfassungsrecht 49, 50
- Rechtsirrtum 457
- Rechtsmissbrauch
  - als Korrektiv abstrakt-genereller Normen *siehe* Rechtsnorm
  - Anwendungsbereich 1, 39
  - Außentheorie 27, 43, 45
  - Befristung *siehe* Kettenbefristung
  - Definition 3, 53
  - dolo-agit-Einwand 57
  - Einwirkungsmacht 494, 500
  - europäisches Ausland 31
  - Existenzvernichtung *siehe* Rechtsformmissbrauch, Existenzvernichtung
  - Fallgruppen 21, 24, 55, 478
  - Funktionsweise 40, 41, 42
  - gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung 52, 72
  - Herleitung 25, 39
  - individueller 64
  - Innentheorie 25, 27, 29, 43, 45
  - institutioneller *siehe* institutioneller Rechtsmissbrauch
  - Interessenabwägung 103, 482, 484, 500, 513
  - materielle Unterkapitalisierung *siehe* Rechtsformmissbrauch, materielle Unterkapitalisierung
  - Rechtsfortbildung 49
  - Rücksichtnahmegebot 57, 477
  - Rücksichtslosigkeit 57
  - Schrankenfunktion 40

- schutzwürdiges Eigeninteresse *siehe*  
Handeln ohne schutzwürdiges  
Eigeninteresse
- Squeeze-Out 426
- Tatbestand 3, 53
- Unionsrecht 33, 36
- Unverhältnismäßigkeit *siehe*  
Verhältnismäßigkeit
- Vermögensvermischung *siehe*  
Rechtsformmissbrauch,  
Vermögensvermischung
- Vertrauensschutz 61, 445
- Wertung 182
- widersprüchliches Verhalten *siehe*  
venire contra factum proprium
- Zweckentfremdung 63
- Rechtsnorm 1, 11, 40, 42, 175
- Registerrecht 257
- Richterrecht 17, 19, 50
- Risikoverteilung 12, 157, 213, 462
- Rücksichtnahmegebot *siehe*  
Rechtsmissbrauch,  
Rücksichtnahmegebot
  
- Sachgrundbefristung
  - Funktion 159
  - gedankliche Zuordnung 195
  - Gesamtvertretung 195
  - institutioneller Rechtsmissbrauch  
87, 91, 96, 195
  - Kücük-Urteil 87, 115, 192, 198
  - Rechtsmissbrauchsampel 93, 179,  
182, 198
  - Rückkehrprognose 188
  - Sachgrundkontrolle 77
  - venire contra factum proprium 194
  - Vertretung *siehe*  
Vertretungsbefristung
- Sachgrundkontrolle
  - Ausschließung eines Gesellschafters  
432
  - befristetes Arbeitsverhältnis 76, 77
  - Bestellung von Vorstandsmitgliedern  
334
  - Darlegungslast 81, 82, 100, 184
  - Hausverbot 432
  - Herleitung 349
  - methodische Einordnung 350
  - mittelbares Arbeitsverhältnis 304
  - Nutzersperre 432
  - Steuerklassenwechsel 492
- Verhältnis zum  
Rechtsmissbrauchsverbot 351, 353
- sachgrundlose Befristung
  - Arbeitnehmerüberlassung 314
  - gemeinsame Einrichtung 318, 372
  - Gemeinschaftsbetrieb 310, 372
  - Gesetzesumgehung 310, 373
  - institutioneller Rechtsmissbrauch  
326
  - Kücük-Urteil 320
  - Vorbeschäftigungsverbot 309, 310,  
314, 324, 369
- Sanitary-Entscheidung 147
- Scheinbewerbung *siehe*  
Diskriminierungsentschädigung
- Schikane 16, 19, 26, 40, 57, 164, 266
- Schornstein-Fall 22, 40, 274
- Schuldverhältnis 4, 6
- SE
  - Funktion 328
  - Gesetzesumgehung 329, 377
  - Konservieren der Mitbestimmung  
330
  - Rechtsmissbrauch 378
  - Vorratsgesellschaft 330, 381
- Serick, Rolf 149, 208
- Siebert, Wolfgang 25, 26, 28, 29, 30
- Sittenwidrigkeit 4, 496
- Sonderkündigungsschutz 416
- Sozialauswahl *siehe*  
Gesetzesumgehung, Sozialauswahl
- Soziale Mitbestimmung *siehe*  
Kopplungsgeschäft
- Squeeze-Out
  - Funktion 384
  - Gesetzesumgehung 385
  - unredlicher Rechtserwerb 423
  - Zweckentfremdung 385, 426
- Statusklage 459
- Steuerklassenwechsel 492
- Steuerungsumgehung 331, 332
- Stimmrechtsmissbrauch 495
- Strohmann
  - Arbeitnehmerüberlassung 121, 122
  - Gesetzesumgehung 299
  - GmbH 132, 133
  - sachgrundlose Befristung 318
  
- TBB-Urteil 142
- Teilzeitanpruch
  - Funktion 239



- Handeln ohne schutzwürdiges  
Eigeninteresse 291
- teleologische Reduktion 244, 291
- Zweckentfremdung 240
- teleologische Reduktion 49, 336
- Tiefbau-Urteil 141
- Transparenz 5, 43, 45, 56, 171, 453,  
474
- Treu und Glauben
  - Bedeutung 1, 11, 25, 39, 46
  - Betriebsverfassung 245
  - Tatbestand 4
- Treuwidrigkeit *siehe* Rechtsmissbrauch
- Trihotel-Urteil 146, 147
  
- überpositive Wertung 1, 50
- Umgehungsverbot 332
- Umstandsmoment *siehe* Verwirkung
- unredlicher Rechtserwerb 474
  - Diskriminierungsentschädigung 401
  - Erschleichen von Recht 422
  - Gesetzesumgehung 357
  - Normzweckverletzung 424
  - Rechtsmissbrauchsvorwurf 424
  - Squeeze-Out 389
  - Steuerklassenwechsel 493
  - Versorgungszusage 488
- Unterlassungsanspruch 2, 256
- Unternehmensmitbestimmung *siehe*  
SE, Funktion
- Unternehmerfreiheit 238, 252, 308, 410
- unzulässige Rechtsausübung *siehe*  
Rechtsmissbrauch
- Urlaubsabgeltung 479
  
- van-Binsbergen-Urteil 33
- venire contra factum proprium
  - Arbeitnehmerüberlassung 471
  - Aufrechnung 130
  - Formnichtigkeit 470
  - Gesetzesumgehung 361
  - Inhalt 445
  - Mitverschulden 60
  - Schutzwürdigkeit des Vertrauens  
448
  - Selbstwiderspruch 446
  - Tatbestand 59
  - unlösbarer Widerspruch 61, 465,  
466, 471, 473
  - Vertrauen 447
  - Wertungsgrundlage 61
- Verdachtskündigung 502, 504, 506
- Verhältnismäßigkeit
  - Geltung im Privatrecht 509
  - Interessenabwägung 58, 503, 511
  - Organisationsentscheidung 436
  - Rechtsmissbrauchsverbot *siehe*  
Verhältnismäßigkeit, Treu und  
Glauben
  - Treu und Glauben 1, 58, 509
  - Widerspruch gegen den  
Betriebsübergang 238
  - Zweckentfremdung 242, 269
- Versorgungszusage 484
- Vertretungsbefristung 79, 83, 84, 87,  
187
- Verwirkung 449
  - Prüfungsaufbau 454
  - Widerspruchsrecht 451, 456
- Video-Urteil 141
- Vorbeschäftigungsverbot *siehe*  
sachgrundlose Befristung,  
Vorbeschäftigungsverbot
  
- Wertlücke 50
- Wettbewerbsrecht *siehe*  
Unterlassungsanspruch
- Widerspruch gegen den  
Betriebsübergang
  - Funktion 231
  - Handeln ohne schutzwürdiges  
Eigeninteresse 237, 288, 290
  - institutioneller Rechtsmissbrauch  
233, 235
  - Sachgrundkontrolle 287
  - Verhältnismäßigkeit 238
- Willkür 358
  - Grundrechte 262
  - individueller Rechtsmissbrauch 68
  - Kündigung 502
  - Organisationsentscheidung 401,  
432, 433, 434
  - willkürliche Vorteilssicherung 304,  
312
  
- Zeitarbeit *siehe*  
Arbeitnehmerüberlassung
- Zeitmoment *siehe* Verwirkung
- Zuständigkeitserschleichung 418, 423
- Zweckentfremdung

- Eigeninteresse *siehe* Handeln ohne schutzwürdiges Eigeninteresse, Zweckentfremdung
- Eingriffsmöglichkeit 219
- Gestaltungsmöglichkeit 73, 162
- Herausgabebetitel 259
- Privatautonomie 160
- Problemstellung 6, 73, 219
- Prozessverschleppung 259
- Rechtsmissbrauchsvorwurf 6, 63, 156, 165, 269
- Registerrecht 257
- soziale Mitbestimmung 248, 252
- Squeeze-Out 387, 388
- Tatbestand 259, 275
- Teilzeitanspruch 240
- Unverhältnismäßigkeit *siehe* Verhältnismäßigkeit, Zweckentfremdung
- Widerspruch gegen den Betriebsübergang 233
- Zweckbestimmung 158