

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1367

Rechtsmissbrauch im Sozialrecht

Von

Heike S. Krüger



Duncker & Humblot · Berlin

HEIKE S. KRÜGER

Rechtsmissbrauch im Sozialrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1367

Rechtsmissbrauch im Sozialrecht

Von

Heike S. Krüger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahr 2017
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15282-7 (Print)
ISBN 978-3-428-55282-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85282-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

„Why is a raven like a writing desk?“

Lewis Carroll, *Alice in Wonderland*

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Es ist unmöglich, an dieser Stelle all diejenigen aufzuführen, die das Entstehen der Arbeit wohlwollend begünstigt haben. Ich danke zuallererst meiner Betreuerin, Frau Prof. Dr. Dagmar Felix, die mich seit meiner Tätigkeit als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht der Universität Hamburg vielfältig förderte und mir ausreichend Freiraum für das Entstehen dieser Arbeit ließ. Sie wird mir immer Vorbild für gelebte Freiheit der Wissenschaft sein. Bei Frau Jun.-Prof. Dr. Judith Brockmann bedanke ich mich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Darüber hinaus gilt mein besonderer Dank Herrn Prof. Dr. Peter Selmer, der die Arbeit immer begleitete und nie am Gelingen zweifelte. Bei Herrn Prof. Dr. Wolfgang Höfling, M.A., möchte ich mich dafür bedanken, dass ich Teil der WG am Institut für Staatsrecht der Universität zu Köln sein durfte.

Frau Sabine Nerling, M.A., gilt für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts ebenfalls mein Dank. Bei dem Verlag Duncker & Humblot bedanke ich für die Aufnahme in die schöne Schriftenreihe.

Besonders danken möchte ich ferner meinen Freunden Dirk Bernhardt, Lars Hummel, Simon Kempny, Jan Hendrik Kolberg, Martina Mettgenberg Lemière, Annika Nagai und Cathrin Zengerling. Ohne Euch gäbe es dieses Buch nicht.

Heikendorf, im April 2017

Heike S. Krüger

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Rechtsmissbrauch – ein aktuelles Thema	13
B. Die Figur des Rechtsmissbrauchs im Sozialrecht	25
I. Bestandsaufnahme	25
II. Zur wissenschaftlichen Debatte über die Figur des Rechtsmissbrauchs im Sozialrecht	28
C. Zielsetzung der vorliegenden Arbeit	31
D. Vorgehensweise	32
I. Problemstellung	32
II. Abgrenzungen	34
III. Gang der Darstellung	35

Erster Teil

Zur Verwendung der Argumentationsfigur in Literatur und Rechtsprechung 37

1. Abschnitt

Die Figur des Rechtsmissbrauchs im Zivil- und Steuerrecht 37

A. Problemstellung	37
B. Zivilrecht	38
I. Rechtsmissbrauch im Zivilrecht	38
II. Subjektive Rechte und ihre Beschränkung im Zivilrecht	39
III. Innen- versus Außentheorie	41
1. Innentheorie	41
2. Außentheorie	43
3. Innen- und Außentheorie als Metaphern	44
IV. Fallgruppen	45
1. Individueller Rechtsmissbrauch	46
2. Institutioneller Rechtsmissbrauch	48
3. Verwirkung	49
4. Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch	50
5. Die Figur des Rechtsmissbrauchs als Richterrecht	52

C. Steuerrecht	53
I. Das Verhältnis von Zivil- und Steuerrecht	54
II. Gesetzesumgehung im Steuerrecht	56
III. § 42 AO	60
IV. Spezialgesetzliche Missbrauchsregelungen	62
D. Zusammenfassung	65

2. Abschnitt

Erscheinungsformen der Figur des Rechtsmissbrauchs im Sozialrecht – eine Phänomenologie 66

A. Problemstellung	66
B. Abgrenzungen	67
I. Die Figur des Rechtsmissbrauchs und Rechtswidrigkeit	67
II. Rechtsmissbrauch und Leistungsmisbrauch	70
III. Rechtsmissbrauch und Moral Hazard	74
IV. Anwendungsbereich der Figur des Rechtsmissbrauchs	77
C. Exemplarische Fallkonstellationen	77
I. Sozialversicherung	78
1. Die Figur des missglückten Arbeitsversuchs	78
a) Problemstellung	78
b) Rechtliche Konstruktion	82
aa) Rechtsfortbildung durch ergänzende Auslegung	82
bb) Recht auf Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung ...	83
cc) Vorbehalt des Gesetzes	84
c) Relikte des missglückten Arbeitsversuchs	84
d) Funktion des Missbrauchsarguments	87
2. Die Gründung so genannter Missbrauchsaktiengesellschaften	88
a) Problemstellung	88
aa) Die Neuregelung zur Versicherungspflicht	91
bb) Altfälle	92
cc) Gründung einer (Vor-)Aktiengesellschaft am Stichtag	92
b) Bewertung des Missbrauchsvorwurfs	94
c) Funktion des Missbrauchsarguments	95
II. Die Figur des Rechtsmissbrauchs im Recht der Existenzsicherung ...	96
1. Verwirkung materieller Rechte	96
a) Problemstellung	96
b) Die Verwirkung materieller Ansprüche im Sozialrecht	98
c) Rechtliche Probleme der Konstruktion	99
d) Funktion des Missbrauchsarguments	101

2. Erbschaftsgestaltungen zu Gunsten von behinderten und bedürftigen Personen	101
a) Problemstellung	101
b) Erbrechtliche Gestaltung des Behindertentestaments	102
c) Die Rechtsprechung des BGH zum Behindertentestament	104
d) Zivilrecht und Sozialrecht	105
e) Keine Umgehung ohne eine gesetzgeberische Entscheidung	106
III. Die Figur des Rechtsmissbrauchs im sonstigen Sozialrecht	107
1. Der so genannte Missbrauch von Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz	107
a) Problemstellung	107
b) Vermögensanrechnung im BAföG	108
c) Fallgruppen	109
aa) Übertragung von Vermögen vor Antragstellung	109
bb) Verdeckte Treuhandverhältnisse	112
cc) Verwandtschaftliche Darlehen	114
c) Alternative Lösungsansätze	116
2. Lohnsteuerklassenwechsel beim Elterngeld	117
a) Problemstellung	117
b) Optimierung als Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten	119
c) Die Rechtsprechung des BSG	119
d) Folgen für den Anwendungsbereich der Figur des Rechtsmissbrauchs	121
3. Der Verzicht auf Einkommen	122
a) Problemstellung	122
b) Waisenrente	122
c) Kindergeld nach dem BKGG	125
d) Der Verzicht auf Einkommen als Rechtsmissbrauch	126
e) Kindergeld im EStG	128
IV. Die Figur des Rechtsmissbrauchs in der Rechtsprechung des BSG	131
1. Fallgruppen	132
a) Formalmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung ..	132
b) Unbilligkeit einer Leistung nach dem Opferentschädigungsgesetz	134
c) Verzicht auf Einkommen zum Erhalt eines Anspruchs	135
d) Vorfinanzierung des Insolvenzausfallgeldes	136
2. Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung des BSG	137
3. Rechtsmissbrauch ohne Nennung der Figur des Rechtsmissbrauchs	137
a) Problemstellung	137
b) Funktion des Missbrauchsarguments	140
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	141

Zweiter Teil

Analyse der Verwendung der Figur des Rechtsmissbrauchs	143
A. Divergenzen zwischen Zivilrecht und Sozialrecht	143
I. Allgemeines	143
II. Der Grundsatz von Treu und Glauben	144
III. Besonderheiten auf Grund des Sozialrechtsverhältnisses	146
IV. Die Einheit der Rechtsordnung und die Figur des Rechtsmissbrauchs	150
B. Das subjektive Recht im Sozialrecht	151
I. Problemstellung	151
II. Die Entwicklung des Sozialrechts	152
1. Das Sozialrecht der ersten Generation	152
2. Das Sozialrecht der zweiten Generation	153
3. Das Sozialrecht der dritten Generation	155
4. Das subjektive Recht im Sozialrecht	157
C. Die Figur des Rechtsmissbrauchs als Methodenproblem	160
I. Die Figur des Rechtsmissbrauchs im Rechtserkenntnismodell	160
1. Problemstellung	160
2. Rechtserkenntnismodell	160
3. Die Figur des Rechtsmissbrauchs und die klassischen Auslegungsmethoden	162
4. Rechtsfortbildung	165
5. Contra legem sed intra ius	165
6. Ergebnis	166
II. Rechtserzeugungsmo- del	166
D. Verfassungsrechtliche Probleme der Figur des Rechtsmissbrauchs	167
I. Der Vorbehalt und der Vorrang des Gesetzes	168
II. Der Gesetzesvorbehalt im Sozialrecht	168
III. Der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes im Sozialrecht	169

Dritter Teil

Gesetzgeberische Regelungstechniken	170
A. Explizite Regelungen des Rechtsmissbrauchsverbots	170
I. Problemstellung	170
II. „Rechtsmissbräuchliche Beeinflussung der Aufenthaltsdauer“ im Asylbewerberleistungsgesetz	171
1. Die verschiedenen Entwurfsfassungen der Novelle des Zuwanderungsgesetzes	173
2. Umsetzung des Entwurfs der Richtlinie 2003/9/EG	174
3. Die Kasuistik zu § 2 Abs. 1 AsylbLG	175

a) Urteil des BSG vom 08.02.2007	176
b) Urteil des BSG vom 17.06.2008	177
c) Konkretisierung des Rechtsmissbrauchs durch den 8. Senat des BSG	178
aa) Objektiver Tatbestand	178
bb) Subjektiver Tatbestand	179
cc) Rechtswidrigkeit	179
dd) Schuld	179
ee) Kritik an der Rechtsprechung des 8. Senates	180
III. Sozialwidrigkeit	181
IV. Das Verhältnis von „Rechtsmissbrauch“ und „Sozialwidrigkeit“	183
V. Ergebnis	184
B. Implizite Regelungen des Rechtsmissbrauchsverbots	184
I. Problemstellung	184
II. Verschiedene gesetzgeberische Strategien	185
1. § 33a SGB I: Maßgeblichkeit des erstmals angegebenen Geburts- datums	186
2. § 46 Abs. 2a SGB VI: Vermutung der Versorgungsehe bei kurzer Ehedauer	188
3. § 52 SGB V: Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden	191
4. §§ 31 f. SGB II: Leistungsminderungen	194
III. Ergebnis	196

Vierter Teil

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	198
Literaturverzeichnis	200
Sachwortverzeichnis	221

Einleitung

A. Rechtsmissbrauch – ein aktuelles Thema

Rechtsmissbrauch ist ein plakativer und widersprüchlicher Begriff. Die Rechtsordnung scheint zu verbieten, was sie zugleich erlaubt. Schon im Wort selbst liegt eine dialektische Spannung.¹ Recht und Missbrauch passen nicht zusammen. Wenn jemand von seinem Recht Gebrauch macht, missbraucht er es nicht; wo Missbrauch stattfindet, kann es sich nicht um Recht handeln. Eine Funktion von Recht ist es, Missbrauch zu verhindern. Wie aber ist die Grenze zwischen Gebrauch und Missbrauch von Rechten zu ziehen?

Nach Hassemer „wuchert ein Dschungel von Vorstellungen über Mißbrauch und Verwirkung von Rechten, genährt von rechtlichen, moralischen und politischen Vorurteilen“.² Depenheuer vergleicht die Figur des Rechtsmissbrauchs „mit einem schwierigen Gipfellauf“, denn es müsste gelingen „Maßstäbe dafür bereitzustellen, wann eine Rechtsausübung ‚richtig‘, wann ‚unrichtig‘ sei“.³ Nach Richter ist der „Missbrauch und Gebrauch von Rechten [...] das uralte Thema, das leider immer wieder in subjektiver Gewissheit, aber objektiver Fragwürdigkeit entschieden wird“.⁴

Ansätze eines Verbots des Rechtsmissbrauchs sind bereits im römischen Recht zu finden.⁵ Die Sätze „male enim nostro uti non debemus“⁶ sowie „summa ius – summa iniuria“⁷ sind zu Rechtsparömien geworden. Zugleich

¹ Niemöller, StV 1996, S. 501 (501).

² Hassemer, Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, S. 182.

³ Depenheuer, AöR 120 (1995), S. 173 (173). Eine solche Unterscheidung setzt eine funktionale Betrachtung von Rechten voraus. Hassemer verdeutlicht dies anhand eines Vergleichs: „Ein Recht ist kein Messer, das man zwar zum Brotschneiden, aber auch zum Zustechen gebrauchen kann.“ (in: Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, S. 177 f.).

⁴ Richter, Verhandlungen des 60. DJT, Bd. II/2, 1994, M 212 (M 213).

⁵ Zu den historischen Grundlagen des Rechtsmissbrauchsverbots siehe *Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, 1995, S. 20 ff.

⁶ *Gaius*, Institutiones, 2. Aufl. (2010), I, 53 (S. 56).

⁷ *Cicero*, Vom rechten Handeln, 1. Buch, Kapitel 10, § 33, 3. Aufl. (1987); zu den unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten dieses Satzes siehe *Eisser*, Zur Deutung von „summa ius summa iniuria“ im Römischen Recht, in: *Summa ius, summa iniuria*, 1963, S. 1 (1 ff.).

tragen sie seit je ihren Zweifel in sich. Es verwundert daher nicht, dass auch die Gegenposition zu einem Rechtsspruchwort geworden ist: „Qui suo iure utitur, neminem laedit.“⁸ Im französischen Rechtsraum hat sich anknüpfend an die Rechtsfigur des *aemulatio vicini* seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Lehre des *abus de droit* entwickelt.⁹ Dem englischen Recht ist nach dem berühmten Dictum von Lord Halsbury „If it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it.“¹⁰ die Figur des Rechtsmissbrauchs fremd.

Im deutschen Recht geht die rechtsgebietübergreifende Entwicklung der Figur des Rechtsmissbrauchs maßgeblich auf Siebert zurück, der ausgehend von der Rechtsfigur der Verwirkung eine allgemeine Rechtsmissbrauchslehre entwickelte.¹¹ In seinen Schriften „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“ und „Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs“ verknüpfte Siebert die Figur des Rechtsmissbrauchs dogmatisch mit § 242 BGB. Nach seiner so genannten Innentheorie sind Rechtsinhalte stets nur relativ und tragen ihre Beschränkung von vorneherein in sich. Siebert beschreibt das Phänomen des Rechtsmissbrauchs folgendermaßen: „Das ‚Geheimnis‘ der sog. unzulässigen Rechtsausübung und des Rechtsmissbrauchs liegt darin, dass die gleiche Handlung einmal wirkliche Rechtsausübung, zum anderen ein Handeln ohne Recht sein kann.“¹² Beim Rechtsmissbrauch handele es sich nur um eine „scheinbare Rechtsausübung“.¹³ Die so genannte Siebertsche Innentheorie wird nicht nur im Zivilrecht, sondern auch im Öffentlichen Recht häufig als theoretische Grundlage der Figur des Rechtsmissbrauchs ge-

⁸ Teilweise wurde die Figur des Rechtsmissbrauchs im französischen Recht auch kategorisch abgelehnt, da es sich bei dieser um einen logischen Widerspruch – eine *logomachie* – handle; denn Recht und Unrecht könnten nicht nebeneinander existieren. So *Planiol*, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, n° 871. Die Rechtsmissbrauchslehre wurde auch als eine unzulässige Vermischung von Recht und Moral angesehen; hierzu *Ranieri*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), 2009, Bd. II, S. 1259 (1260); *Haferkamp*, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, 1995, S. 156 f.

⁹ *Ranieri*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), 2009, Bd. II, S. 1259 (1259).

¹⁰ *Lord Halsbury*, in: *The Mayor, Alderman and Burgesses of the Borough of Bradford v. Pickles*, 1895, AC 587; zu den Gründen, weshalb sich im Common Law eine Doktrin des *abuse of rights* nicht durchgesetzt hat, siehe *Taggart*, *Private property and abuse of rights in Victorian England*, 2002, S. 155 ff.

¹¹ *Siebert*, *Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung*, 1934, wobei sich Siebert sowohl an der französischen Lehre als auch an der deutsch-rechtlichen Immanenzschränkenlehre *Otto von Gierkes* anlehnt. Siehe hierzu *Fleischer*, JZ 2003, S. 865 (866 f.) sowie *Haferkamp*, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, 1995, S. 183 ff.

¹² *Siebert*, *Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung*, 1934, S. 97.

¹³ *Siebert*, *Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung*, 1934, S. 100.

nannt.¹⁴ Alternativ wird auch aus dem Rechtsstaatsprinzip,¹⁵ der rechtsethischen Funktion von Rechten,¹⁶ aus einer besonderen Nähe zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁷ oder aus dem Gewohnheitsrecht¹⁸ ein Missbrauchsverbot abgeleitet, das keiner gesetzlichen Grundlage bedürfe.

Zwar ist es häufig im Ergebnis intuitiv plausibel, dass eine Rechtsausübung als missbräuchlich beurteilt wird, größere Schwierigkeiten bereitet aber eine genauere Konfiguration des Rechtsmissbrauchsverbots. Dieses zeigt sich bereits an der unterschiedlichen Terminologie. Es ist die Rede vom „Wesen des Rechtsmissbrauchs“,¹⁹ von einer „Lehre des Rechtsmissbrauchs“,²⁰ von einem „allgemeinem Rechtsgrundsatz“, vom „Fehlschlag eines Subsumtionsversuchs“,²¹ vom „Gesetzesmissbrauch“,²² vom „institutionellen Missbrauch“,²³ vom „Institutsmisbrauch“²⁴ oder auch vom „Gedanken des Rechtsmissbrauchs“. ²⁵ Im Rahmen dieser Arbeit wird das Phänomen als Figur des Rechtsmissbrauchs bezeichnet, um die unterschiedlichen Erscheinungsformen analysieren zu können.

Die Probleme bei der Bestimmung des Inhalts eines Rechtsmissbrauchsverbots resultieren daraus, dass es sich bei Missbrauch um einen verneinenden Begriff handelt.²⁶ Das Präfix „miss“ bezeichnet das Üble, Schlechte, Unrichtige und Mangelnde in substantivistischen und adjektivistischen Bildungen.²⁷ Missbrauch drückt sprachlich den falschen oder verkehrten Ge-

¹⁴ *Stern*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 87 III 2, S. 955; BSG, Urteil vom 07.09.2006 – B 4 RA 43/05 R –, Rdnr. 67.

¹⁵ *Philipp*, NVwZ 1993, S. 248 (248).

¹⁶ BSG, Urteil vom 25.06.2009 – B 10 EG 3/08 R –, Rdnr. 27 f.

¹⁷ *Knödler*, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, 1999, S. 233.

¹⁸ *Wieacker*, in: FS Fischer (1979), S. 867 (872), der auf eine gewisse Gefahr für die Berechenbarkeit und Sicherheit der Rechtsanwendung hinweist.

¹⁹ *Siebert*, Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs, 1935.

²⁰ BSG, Urteil vom 25.04.1958 – 7 RAr 103/57 –, Rdnr. 20.

²¹ *Pestalozza*, „Formenmissbrauch“ des Staates, 1973, S. 62 ff.

²² So *Oppenheimer*, Der Gesetzesmissbrauch, 1930, S. 73 ff., der aus logischen Gründen bestreitet, dass es einen Rechtsmissbrauch überhaupt geben kann, mit dem Begriff des Gesetzesmissbrauchs aber die gleichen Fallkonstellationen bewältigen will.

²³ *Zeiss*, Die arglistige Prozeßpartei: Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes arglistigen Verhaltens im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses, 1967, S. 62, 150 ff.

²⁴ *Raiser*, Summum ius, summa iniuria, in: Summum ius, summa iniuria, 1963, S. 145 (145 f.).

²⁵ *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger (2015), § 242 BGB, Rdnr. 213.

²⁶ Vgl. *Christensen/Kudlich*, Recht und Missbrauch des Rechtsmissbrauchs, in: Feldner/Forgó (Hrsg.), 2000, S. 189 (209).

²⁷ *Pfeifer*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 2. Aufl. (1993), S. 876 f.