

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 472

**Der Umgehungsbegriff im Arbeitsrecht  
unter besonderer Berücksichtigung  
einzelner Umgehungsmodelle  
im Zusammenhang  
mit § 613a BGB**

Von

**Werner Thienemann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

WERNER THIENEMANN

Der Umgehungsbegriff im Arbeitsrecht unter besonderer  
Berücksichtigung einzelner Umgehungsmodelle  
im Zusammenhang mit § 613a BGB

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 472

Der Umgehungsbegriff im Arbeitsrecht  
unter besonderer Berücksichtigung  
einzelner Umgehungsmodelle  
im Zusammenhang  
mit § 613a BGB

Von

Werner Thienemann



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg hat diese Arbeit im Jahre 2016 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  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-15131-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-55131-6 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85131-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

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

*Meiner Familie*



## **Vorwort**

Die vorliegende Dissertation ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht bei Professor Dr. Steffen Klumpp angefertigt und Ende August 2015 abgeschlossen worden. Sie wurde von dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg im Sommersemester 2016 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Ende 2015 berücksichtigt.

Herrn Professor Dr. Steffen Klumpp möchte ich für fünf lehr- und ereignisreiche Jahre an seinem Lehrstuhl danken. Herrn Professor Dr. Georg Caspers schulde ich Dank für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Desgleichen gilt Herrn Professor Dr. Bernhard W. Wegener ein besonderer Dank für meine Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht.

Außerdem möchte ich mich bei meinen Lehrstuhlkollegen und bei Kollegen anderer Lehrstühle für die harmonische und kollegiale Arbeitsatmosphäre sowie für die notwendige Abwechslung bedanken. Hier zu nennen sind insbesondere Frau Louisa Brennecke, Frau Sonia Cloppenburg, Herr Frederic Glahe, Frau Petra Habekus, Herr Veit Kraus, Herr Dr. Christian Müller, Frau Nina Sperber und Herr Dr. Michael Stolzenberger.

Ein ganz besonderer Dank gilt Frau Martina Rottmann für die sorgfältige reaktionelle Durchsicht dieser Dissertation. In diesem Zusammenhang möchte ich mich auch bei Herrn Fabian Giersdorf, Herrn Daniel Holler, Frau Elena Panzer, Herrn Moritz Scheffer, Frau Sonja Schöneberg und Herrn Florian Zeitner bedanken.

München, im Mai 2017

*Werner Thienemann*





# Inhaltsübersicht

## *Erstes Kapitel*

<b>Einführung</b>	27
A. Problemstellung	27
B. Das Ziel der Arbeit	31
C. Der Verlauf der Untersuchung	33

## *Zweites Kapitel*

<b>Die Umgehungslehre im Allgemeinen Zivilrecht</b>	34
A. Die Redundanz des Umgebungsbegriffs	34
B. Begrifflichkeiten	37
C. Die Ausarbeitung eines eigenständigen Umgebungsbegriffs	43
D. Die rechtstechnischen Mittel zur Gesetzesumgehung	57
E. Die Verhinderung der Gesetzesumgehung	70
F. Die Ursache für die Entstehung von Gesetzesumgehungen	100
G. Zusammenfassung der Ergebnisse zum zweiten Kapitel	106

## *Drittes Kapitel*

<b>Die Gesetzesumgehung im Arbeitsrecht</b>	109
A. Die Besonderheiten im Arbeitsrecht	109
B. Die Entwicklung der Umgebungsdogmatik in der Arbeitsgerichtsbarkeit	115
C. Die Anwendungsfälle des Umgebungsbegriffs im Arbeitsrecht	135
D. Die Auswirkungen der Besonderheiten des Arbeitsrechts auf die Umgebungslehre	178
E. Zusammenfassung der Ergebnisse zum dritten Kapitel	191

*Viertes Kapitel***Die Umgehung des § 613a BGB** 193

A. Die Betriebsübergangsnorm .....	193
B. Der Ausschluss der Anwendbarkeit des § 613a BGB .....	208
C. Die Vermeidung des Tatbestandes .....	217
D. Die Vermeidung des Eintritts der Rechtsfolgen .....	234
E. Zusammenfassung zum vierten Kapitel .....	294

*Fünftes Kapitel***Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Schlussbetrachtung** 297

A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	297
B. Schlussbetrachtung .....	301
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	311
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	323

# Inhaltsverzeichnis

## *Erstes Kapitel*

<b>Einführung</b>	27
<b>A. Problemstellung</b>	27
<b>B. Das Ziel der Arbeit</b>	31
<b>C. Der Verlauf der Untersuchung</b>	33

## *Zweites Kapitel*

<b>Die Umgehungslehre im Allgemeinen Zivilrecht</b>	34
<b>A. Die Redundanz des Umgehungsbegriffs</b>	34
<b>B. Begrifflichkeiten</b>	37
I. Die Umgehung und die „Ergehung“ eines Gesetzes	37
II. Die Umgehungsnorm und die umgangene Norm	38
III. Das umgangene Gesetz	38
1. Das abdingbare Recht	39
2. Das zwingende Recht	39
3. Das zwingende Recht und das Verbotsgesetz	40
4. Zwischenergebnis	42
<b>C. Die Ausarbeitung eines eigenständigen Umgehungsbegriffs</b>	43
I. Die Verwendung des Umgehungsbegriffs im Allgemeinen Zivilrecht	43
1. Fallgruppen	43
a) Die Umgehung des Vorkaufsfalles oder der pflichtteilsergänzungs- pflichtigen Schenkung	43
b) Das Sicherungseigentum	44
c) Die Umgehung von Aufrechnungsverboten	45
d) Der Umgehungsbegriff im Verbraucherschutzrecht	45
2. Anwendung des allgemeinen Umgehungsbegriffs auf die Fallgruppen	46
3. Zwischenergebnis	47
II. Die Bedeutung der Auslegung für die Gesetzesumgehung	48
1. Die Sachverhaltsauslegung und die Gesetzesumgehung	48
a) Die Gesetzesumgehung als Problem der Sachverhaltsauslegung	48

b) Die Abgrenzung zum Scheingeschäft .....	50
c) Zwischenergebnis .....	51
2. Die Gesetzesauslegung und die Gesetzesumgehung .....	52
a) Die Trennung zwischen der Gesetzesauslegung und der Gesetzesumgehung .....	52
b) Die Unterscheidung zwischen dem Sinn und dem Ziel einer Norm ..	53
c) Die rechtsfolgenspezifische Auslegung .....	54
III. Eigener Lösungsansatz .....	55
<b>D. Die rechtstechnischen Mittel zur Gesetzesumgehung .....</b>	<b>57</b>
I. Die Verschleierung des Tatbestandes .....	57
1. Formen der Verschleierung .....	58
a) Der Abschluss eines anderen Rechtsgeschäftes mit gleicher Rechtsfolge .....	58
b) Die Umqualifizierung des Vertragstypen .....	59
2. Fallgruppen .....	60
a) Das Vorkaufsrecht .....	60
b) Der Verbrauchsgüterkauf .....	61
aa) Die Umqualifizierung des Verbrauchers .....	61
bb) Die Beschaffenheitsvereinbarung .....	62
c) Die pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkung .....	62
II. Die Aufspaltung in mehrere Rechtsgeschäfte .....	63
1. Die Umgehung der Genehmigungspflicht .....	63
2. Die Umgehung des Widerrufsrechts .....	64
3. Die Umgehung von verbraucherschützenden Vorschriften beim Darlehensvertrag .....	64
III. Das Ausweich- und Korrekturgeschäft nach Gesamtplan .....	64
1. Die gegenläufigen Gestaltungen .....	64
2. Beispiel: Steuerrecht .....	65
IV. Die Einschaltung von Dritten .....	66
1. Steuerrecht .....	66
2. Verbraucherschutzrecht .....	67
a) Das Agenturgeschäft .....	67
b) Das Strohmanggeschäft .....	68
V. Bewertung .....	69
<b>E. Die Verhinderung der Gesetzesumgehung .....</b>	<b>70</b>
I. Die verschiedenen Lösungsansätze in der Rechtswissenschaft .....	71
1. Das Scheingeschäft .....	71
2. Die Gesetzesumgehung als eigenes Rechtsinstitut .....	72
a) Die Ansicht Mayer-Malys .....	72
b) Die Gegenansicht .....	74

c) Stellungnahme .....	75
3. Die Gesetzesumgehung und § 138 Abs. 1 BGB .....	75
4. Die Gesetzesumgehung und § 134 BGB .....	78
a) Das Umgehungsverbot als Verbot i. S. d. § 134 BGB .....	78
b) Die Unterscheidung zwischen Weg- und Erfolgsverbot .....	78
c) Stellungnahme .....	79
5. Die Gesetzesumgehung und § 242 BGB .....	80
a) Der individuelle und der institutionelle Rechtsmissbrauch .....	80
b) Die Gesetzesumgehung als Fall des institutionellen Rechtsmissbrauchs .....	81
c) Veranschaulichung anhand der Umgehung des § 393 BGB .....	82
d) Kritik .....	83
II. Eigener Lösungsansatz .....	84
1. Die Verhinderung der Gesetzesumgehung durch Auslegung .....	85
a) Die Auslegung des Sachverhaltes .....	85
aa) Die Verschleierung des Tatbestandes .....	86
bb) Die Aufspaltung in mehrere Rechtsgeschäfte .....	86
cc) Das Ausweich- und Korrekturgeschäft nach Gesamtplan .....	87
(1) Die Saldierungsmethode .....	87
(2) Bewertung .....	87
dd) Das Einschalten eines Dritten .....	89
(1) Der Zweck der Norm steht einer Zurechnung nicht entgegen .....	89
(2) Der Zurechnungsgrund .....	89
(3) Die Rechtsfolge der Zurechnung .....	90
ee) Zusammenfassung .....	90
b) Die Auslegung des Gesetzes .....	91
2. Die Verhinderung der Gesetzesumgehung durch Analogie .....	91
a) Die analoge Anwendung der umgangenen Norm .....	92
b) Die Unterschiede zwischen der Umgehung und der Analogie .....	93
c) Die Einschränkung der Rechtsformwahl .....	94
d) Bewertung .....	94
3. Die Verhinderung der Gesetzesumgehung durch gesetztesübersteigende Rechtsfortbildung .....	95
a) Grundsätze .....	95
b) Die Rechtsfortbildung als Methode Gesetzesumgehungen zu verhindern .....	97
c) Bewertung .....	98
4. Zusammenfassung .....	98
a) Das methodische Mittel zur Umgehungsverhinderung .....	99

b) Die Unwirksamkeit des Umgehungsgeschäftes .....	100
c) Die abzulehnenden Ansichten .....	100
<b>F. Die Ursache für die Entstehung von Gesetzesumgehungen .....</b>	<b>100</b>
I. Die Gesetzgebungstechnik .....	102
II. Die Methode der Rechtsfindung .....	103
III. Die Berufung auf die Vertragsfreiheit als Rechtfertigung .....	104
IV. Bewertung .....	105
<b>G. Zusammenfassung der Ergebnisse zum zweiten Kapitel .....</b>	<b>106</b>

### *Drittes Kapitel*

<b>Die Gesetzesumgehung im Arbeitsrecht</b>	109
<b>A. Die Besonderheiten im Arbeitsrecht .....</b>	<b>109</b>
I. Die Gründe für die besondere Schutzbedürftigkeit .....	110
1. Die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz .....	110
2. Die Arbeitsmarktsituation .....	111
3. Der Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis .....	111
4. Die Eingliederung in eine fremde Organisation .....	112
II. Die Folge der Schutzbedürftigkeit .....	112
III. Zusammenfassung .....	114
<b>B. Die Entwicklung der Umgehungsdogmatik in der Arbeitsgerichtsbarkeit ..</b>	<b>115</b>
I. Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts zu Kettenarbeitsverträgen ..	115
II. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts .....	117
1. Die Entscheidung des BAG vom 21.10.1954 .....	117
a) Die Urteilsbegründung .....	117
b) Reaktion in der Literatur .....	118
2. Die Entscheidung des BAG vom 12.10.1960 .....	119
3. Kritik an der Umgehungsrechtsprechung des BAG .....	120
a) Unzulässiges Richterrecht .....	120
b) Die Theorie der Verletzung der Fürsorgepflicht .....	122
aa) Die Vertreter der Theorie der Verletzung der Fürsorgepflicht ..	122
bb) Kritik .....	123
c) Die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB .....	124
d) Die Verhinderung der Umgehung durch Auslegung .....	125
e) Die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit .....	127
4. Analyse .....	128
a) Bewertung der genannten Lösungsansätze .....	128
b) Richtiger Ansatz: Rechtsfortbildung .....	130
III. Die Folgen für die Umgehungsdogmatik im Arbeitsrecht .....	132

1. Die unmittelbaren Folgen aus der Umgehungsrechtsprechung des BAG	132
a) Der Verzicht auf die Umgehungsabsicht	132
b) Der sachliche Grund	133
c) Die Rechtsfolgen bei Vorliegen einer Gesetzesumgehung	133
2. Die Folgen für den im zweiten Kapitel herausgearbeiteten Umgehungs- begriff	134
<b>C. Die Anwendungsfälle des Umgebungsbegriffs im Arbeitsrecht</b>	135
I. Die Umgehung des Kündigungsschutzes	135
1. Der Änderungskündigungsschutz	135
a) Allgemeine Überlegungen	135
b) Die Umgehung durch Befristung einzelner Arbeitsbedingungen	136
aa) Die Umgehungsconstellation	136
bb) Die Entscheidung des BAG	136
c) Die Umgehung mittels einseitigen Leistungsbestimmungsrechts	137
aa) Die Umgehungsconstellation	137
bb) Die Entscheidung des BAG	138
d) Bewertung	138
aa) Das Feststellen einer Gesetzesumgehung	138
bb) Die Verhinderung der Gesetzesumgehung	139
(1) Die Notwendigkeit Gesetzesumgehungen zu verhindern	139
(2) Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen	140
(3) Das einseitige Leistungsbestimmungsrecht	141
2. Die Aufhebungsverträge	142
a) Der unbedingte Aufhebungsvertrag	142
aa) Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags als Ausübung der Vertragsfreiheit	142
bb) Der unbedingte Aufhebungsvertrag und der Kündigungsschutz	143
b) Der aufschiebend bedingte Aufhebungsvertrag und der unbedingte Aufhebungsvertrag mit bedingter Wiedereinstellungszusage	145
aa) Die Entscheidungen des BAG	145
(1) Der aufschiebend bedingte Aufhebungsvertrag	145
(2) Der unbedingte Aufhebungsvertrag mit bedingter Wieder- einstellungszusage	146
bb) Die Argumentation des BAG	147
(1) Die Vergleichbarkeit der Situationen	147
(2) Die Kündigung als typische Reaktion	148
c) Bewertung	148
aa) Das Feststellen einer Gesetzesumgehung	149
bb) Die Mitwirkung des Arbeitnehmers	149



3. Zusammenfassung .....	150
II. Die Gesetzesumgehung und das Teilzeit- und Befristungsgesetz .....	152
1. Allgemeines .....	152
2. Die Umgehungskonstellationen .....	152
a) Die Einschaltung eines Dritten .....	152
b) Der Aufhebungsvertrag mit Auslauffrist .....	153
3. Die Verhinderung der Umgehung durch die Rechtsprechung .....	154
a) Die Einschaltung eines Dritten .....	154
b) Der Aufhebungsvertrag mit Auslauffrist .....	155
4. Bewertung .....	156
a) Die Ursache der Umgehung und das Mittel zur Umgehung .....	156
b) Die Verhinderung der Umgehung mittels § 242 BGB .....	157
c) Die Rechtsfolge der Umgehung .....	159
5. Eigener Lösungsansatz .....	160
a) Das Vorliegen einer Gesetzesumgehung .....	160
aa) Der Einsatz eines Dritten .....	160
bb) Der Aufhebungsvertrag mit Auslauffrist .....	161
b) Die Verhinderung der Umgehung .....	162
aa) Die Einschaltung eines Dritten .....	162
bb) Der Aufhebungsvertrag mit Auslauffrist .....	163
III. Das mittelbare Arbeitsverhältnis .....	164
1. Die Rechtsprechung .....	164
2. Bewertung .....	165
a) Methodische Ansätze zur Umgehungsverhinderung .....	165
b) Richtiger Ansatz: Zurechnung .....	166
IV. Die Gesetzesumgehung und die Arbeitnehmerüberlassung .....	168
1. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz als Objekt der Umgehung .....	168
a) Die Umgehungskonstruktion .....	168
b) Die Abgrenzungskriterien .....	169
c) Die Rechtsfolge bei Vorliegen eines Umgehungsgeschäftes .....	170
d) Zusammenfassung .....	171
2. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz als Mittel der Gesetzesumgehung .....	172
a) Die Umgehungskonstruktion .....	172
b) Die Rechtsprechung .....	172
aa) Der Rechtsmissbrauchsgedanke .....	173
bb) Die Rechtsfolge der Umgehung .....	173
c) Bewertung .....	174
3. Rechtsmethodische Unterschiede .....	175
V. Zusammenfassung .....	176

<b>D. Die Auswirkungen der Besonderheiten des Arbeitsrechts auf die Umgehungslehre</b> .....	178
I. Die Begünstigung zur Gesetzesumgehung .....	178
1. Die Beteiligung des Arbeitnehmers an der Umgehung .....	178
2. Die mangelnde einheitliche Kodifizierung des Arbeitsrechts .....	179
II. Die Auswirkungen auf die Umgehungsverhinderung .....	180
1. Die unionsrechtliche Verpflichtung zur Umgehungsverhinderung .....	180
2. Rechtsfolgen sui generis im Arbeitsrecht? .....	182
3. Die Bedeutung der Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht zur Umgehungsverhinderung .....	182
a) Die besondere Notwendigkeit der Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht	183
b) Der „sachliche Grund“ und die verfassungsrechtliche Relevanz ....	184
c) Die Grenzen des Korrektivs .....	185
III. Die Gesetzgebung im Arbeitsrecht gegen Umgehung .....	188
1. Die Kodifizierung des TzBfG .....	189
2. § 9 Nr. 2 AÜG a.F. ....	189
3. Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze .....	190
<b>E. Zusammenfassung der Ergebnisse zum dritten Kapitel</b> .....	191

*Viertes Kapitel*

**Die Umgehung des § 613a BGB** 193

<b>A. Die Betriebsübergangsnorm</b> .....	193
I. Die legislatorischen Ziele des § 613a BGB .....	193
1. Die Vorgaben der Richtlinie 2001/23/EG .....	194
2. Die Schutzzwecke des § 613a BGB .....	194
a) Der Schutz des Arbeitsverhältnisses .....	194
b) Die weiteren Schutzzwecke .....	196
II. Das zwingende Recht und das Verbotsgesetz .....	196
1. § 613a BGB als subjektiv halbzwingende Norm .....	196
2. § 613a BGB und das Verbotsgesetz .....	199
III. Die besondere Umgehungsanfälligkeit des § 613a BGB .....	199
1. Der Tatbestand des § 613a BGB .....	199
2. Die Rechtsfolgen des § 613a BGB .....	200
a) Der Übernahmewang und das Kündigungsverbot .....	201
b) Die Unterrichtungspflicht und das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers .....	201
c) Auswirkungen des Betriebsübergangs auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen .....	202

3. Die Bedeutung der Rechtsfolge für die Auslegung des Tatbestandes . . . .	204
a) Die betroffenen Grundrechtspositionen . . . . .	205
b) Die Folgen für die Auslegung des Tatbestandes . . . . .	206
IV. Zusammenfassung . . . . .	208
<b>B. Der Ausschluss der Anwendbarkeit des § 613a BGB . . . . .</b>	<b>208</b>
I. Share Deal statt Asset Deal . . . . .	208
1. Die Umgehungsgestaltung . . . . .	208
2. Bewertung . . . . .	209
II. Der grenzüberschreitende Betriebsübergang . . . . .	210
1. Die Gesetzesumgehung im Internationalen Privatrecht . . . . .	210
2. Die Umgehung des § 613a BGB durch Off-Shoring . . . . .	211
a) Betriebsübergang im Inland mit anschließender Verlagerung in das Ausland . . . . .	211
b) Verlagerung des Betriebes in das Ausland mit anschließendem Be- triebsübergang . . . . .	213
c) Betriebsübergang in das Ausland . . . . .	214
3. Zusammenfassung . . . . .	215
III. Zusammenfassung . . . . .	216
<b>C. Die Vermeidung des Tatbestandes . . . . .</b>	<b>217</b>
I. Die Zulässigkeit der Vermeidung des Tatbestandes . . . . .	217
II. Die Anwendungsfälle des Umgehungsbegriffs auf Tatbestandsseite . . . . .	219
1. Der Übergang eines Betriebes oder eines Betriebsteils . . . . .	219
a) Die Funktionsnachfolge . . . . .	220
b) Die Betriebsstilllegung . . . . .	220
aa) Das Exklusivitätsverhältnis von Betriebsübergang und Betriebs- stilllegung . . . . .	220
bb) Die Umgehungsgestaltung . . . . .	221
cc) Die Umgehungsverhinderung . . . . .	222
c) Die Schaffung und die Auflösung von Betriebsstrukturen durch den Veräußerer . . . . .	223
aa) Das Erfordernis eines bereits bestehenden Betriebes/Betriebs- teils beim Veräußerer . . . . .	223
bb) Die Umgehungsgestaltung . . . . .	224
cc) Die Umgehungsverhinderung . . . . .	224
d) Die Zerschlagung der Betriebs- oder Betriebsteilstruktur durch den Betriebserwerber . . . . .	225
aa) Das Erfordernis der Aufrechterhaltung der organisatorischen Einheit . . . . .	225
bb) Die Umgehungsgestaltung . . . . .	226
cc) Die Umgehungsverhinderung . . . . .	227
e) Sukzessive Übertragung von einzelnen Betriebsmitteln . . . . .	228

aa) Die Umgehungsgestaltung .....	228
bb) Die Umgehungsverhinderung .....	228
2. Der rechtsgeschäftliche Übergang .....	229
a) Die Zwangsversteigerung .....	229
b) Die Zwangsverwaltung .....	230
c) Verhinderung einer Umgehung durch Normauslegung .....	232
III. Zusammenfassung .....	233
<b>D. Die Vermeidung des Eintritts der Rechtsfolgen .....</b>	<b>234</b>
I. Das Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis .....	236
1. Die Kündigung wegen des Betriebsübergangs .....	236
a) Auslegung des Kündigungsverbots anhand des Normzwecks .....	236
b) Das Kausalitätsproblem .....	237
2. Der Abschluss von Aufhebungsverträgen .....	238
a) Die grundsätzliche Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrags .....	238
b) Der Aufhebungsvertrag verbunden mit einer Wiedereinstellungszusage .....	239
c) Analyse .....	239
aa) Die Lösungsansätze in der Rechtswissenschaft .....	240
(1) Das endgültige Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis und das Risikogeschäft .....	240
(2) Die Verhinderung der Gesetzesumgehung .....	241
(a) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot .....	241
(b) Anwendung des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB auf Aufhebungsverträge .....	242
(c) Die analoge Anwendung des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB ..	242
(d) Drucksituation .....	243
(e) Die Anwendung des § 117 BGB .....	243
bb) Eigener Lösungsansatz .....	244
(1) Die erste Stufe: Das Vorliegen eines Umgehungsgeschäftes ..	244
(2) Die zweite Stufe: Die Verhinderung der Gesetzesumgehung im Wege der „Saldierungsmethode“ .....	246
(3) Die Unbeachtlichkeit der Mitwirkung des Arbeitnehmers an der Umgehungsgestaltung .....	247
3. Der Einsatz einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft ....	247
a) Die Umgehungsgestaltung .....	248
b) Die Reaktion der Rechtsprechung .....	250
aa) Das Risikogeschäft .....	250
bb) Die Mindestverweildauer .....	251
cc) Die Umgehung der Sozialauswahl .....	252
c) Bewertung .....	254
aa) Die rechtlichen Gestaltungsmittel zur Umgehung .....	254

bb) Die Feststellung des Umgehungsgeschäftes .....	255
4. Die Kündigungen aufgrund eines Erwerberkonzepts .....	256
a) Grundlagen .....	257
aa) Das eigene Sanierungskonzept .....	257
bb) Das fremde Sanierungskonzept .....	257
b) Die Umgehungsgestaltung .....	258
aa) Die Erwerberkonzeptkündigung als Kündigung i. S. d. § 613a Abs. 4 S. 2 BGB .....	259
(1) Argumente für die Zulässigkeit der Erwerberkonzeptkündi- gung .....	259
(a) Die „künstliche Verlängerung des Arbeitsverhältnisses“	259
(b) Die fehlende Möglichkeit der Umsetzung des Konzepts	260
(2) Argumente gegen die Zulässigkeit der Erwerberkonzept- kündigung .....	260
(a) Die Umgehung des Bestandsschutzes .....	260
(b) Die Umgehung des Widerspruchsrechts .....	261
bb) Die Verhinderung der Umgehung durch Auslegung .....	262
(1) Die rechtliche Absicherung des Betriebsübergangs .....	262
(2) Die Betriebsveräußerung in der Insolvenz .....	263
c) Zusammenfassung .....	264
5. Zusammenfassung .....	264
II. Die Änderung von individualvertraglichen Arbeitsbedingungen beim Be- triestübergang .....	265
1. Der Schutz des Inhalts des Arbeitsverhältnisses .....	266
2. Der Erlassvertrag mit dem Betriebsveräußerer vor Betriebsübergang ...	266
a) Die Umgehungsgestaltung .....	266
b) Die Rechtsprechung .....	267
c) Bewertung .....	267
aa) Die funktionelle Verknüpfung von Vereinbarung und Betriebs- übergang .....	267
bb) Der sachliche Grund .....	268
3. Der Erlassvertrag mit dem Betriebserwerber nach Betriebsübergang ...	271
a) Die Umgehungsgestaltung .....	271
b) Die Rechtsprechung .....	271
c) Bewertung .....	272
4. Zusammenfassung .....	274
III. Die Zuordnung der Arbeitnehmer zum Betrieb oder Betriebsteil .....	275
1. Die Umgehungsgestaltung .....	275
2. Abgrenzung .....	276
3. Die Verhinderung der Umgehung .....	277
a) Die Zuordnung des Arbeitnehmers nach objektiven Kriterien .....	277

b) Die Unwirksamkeit der Versetzungsentscheidung nach § 106 S. 1 GewO .....	277
c) Die analoge Anwendung des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB .....	278
IV. Die Vermeidung der Rechtsfolgen des § 613a BGB mittels Arbeitnehmerüberlassung .....	279
1. Die Umgehungsgestaltung .....	280
2. Die Verhinderung der Umgehung .....	281
a) Die Verhinderung der Umgehung durch Auslegung .....	281
aa) Die Albron-Entscheidung des EuGH .....	281
(1) Der Tatbestand und die Gründe .....	281
(2) Bewertung .....	282
bb) Die Verhinderung der Gesetzesumgehung im Wege der Sachverhaltsauslegung .....	284
b) Die Verhinderung durch Gesetzgebung .....	285
3. Bewertung .....	287
a) Die Verhinderung der Umgehung .....	287
aa) Die Auslegung durch den EuGH und die Zurechnung .....	287
bb) Einschränkungen .....	288
b) Die Ursache der Möglichkeit der Umgehung .....	288
c) Die Folgen der Albron-Entscheidung auf die Arbeitnehmerüberlassung .....	289
aa) Die Folgen auf die nicht konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung .....	289
bb) Die Auswirkungen auf die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung .....	290
V. Zusammenfassung .....	291
<b>E. Zusammenfassung zum vierten Kapitel .....</b>	<b>294</b>

*Fünftes Kapitel*

<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Schlussbetrachtung</b> .....	<b>297</b>
<b>A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b> .....	<b>297</b>
I. Thesen zum zweiten Kapitel .....	297
II. Thesen zum dritten Kapitel .....	298
III. Thesen zum vierten Kapitel .....	299
<b>B. Schlussbetrachtung</b> .....	<b>301</b>
I. Forderungen an die arbeitsrechtliche Praxis und an den Gesetzgeber .....	302
1. Rechtssicherheit durch Transparenz .....	302
2. Die Auslegung von arbeitsrechtlichen Gesetzen .....	303
3. Der Appell an eine einheitliche Kodifizierung des Arbeitsrechts .....	304

II. Forderungen an § 613a BGB .....	305
1. Die Neukodifizierung des Tatbestandes .....	306
2. Forderungen an den zukünftigen Umgang mit § 613a BGB .....	307
a) Die konjunkturunabhängige Auslegung des § 613a BGB .....	307
b) Der sachliche Grund .....	308
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>311</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>323</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
APS	Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARS	Arbeitsrechtssammlung
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Plural)
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Bundesarbeitsgerichtsentscheidung
BB	Betriebsberater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
B/D/H	Bernsau/Dreher/Hauck: Kommentar zu § 613a BGB
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Beil.	Beilage
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz



BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer – Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	ders.
dies.	dieselbe/dieselben
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGZPO	Einführungsgesetz-Zivilprozessordnung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht
f./ff.	folgende Seite(n)
FDP	Freie Demokratische Partei
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-ArbR	Handkommentar-Arbeitsrecht (Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath: Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen
h. L.	herrschende Lehre

h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IPR	Internationales Privatrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lit	Buchstabe (bei Paragraphen Angaben)
MD	Maunz/Düring (Kommentar zum Grundgesetz)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MSchG	Mieterschutzgesetz
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, seit 1993 Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport Arbeitsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz; Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
sog.	so genannte/n/r
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u. a.	unter anderem

UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	vom
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zust.	zustimmend

## *Erstes Kapitel*

# **Einführung**

### **A. Problemstellung**

Das Bestreben des Einzelnen, eine bestimmte unerwünschte Norm zu umgehen, besteht seitdem es Gesetze gibt<sup>1</sup>. Im Vordergrund steht in diesem Zusammenhang das Spannungsverhältnis zwischen dem grundsätzlichen Recht der Parteien, ihre Vertragsverhältnisse nach ihren Bedürfnissen auszugestalten und dem Anliegen, die Anwendung zwingender, als nachteilig empfundener Normen zu verhindern. Bei diesen Normen handelt es sich meist um Gesetze, die in die allgemeine Handlungsfreiheit des Einzelnen mit unbequemen Restriktionen eingreifen, indem sie dem Betroffenen eine steuerliche Last oder eine andere abgabenrechtliche Verpflichtung auferlegen. Namentlich dieser finanzielle Aspekt spielt bei der Umgehung als Motiv eine große Rolle<sup>2</sup>. Die Gesetzesumgehung zielt dann darauf ab, dem Anwendungsbereich der als nachteilig empfundenen gesetzlichen Bestimmung auszuweichen. Für den Normanwender<sup>3</sup> stellt sich daher die Frage, wann der Privatautonomie Vorrang zu gewähren ist und in welchen Fällen die Rechtsordnung durch die rechtliche Gestaltung betroffen ist und judikativ durchgesetzt werden muss<sup>4</sup>.

Die Gesetzesumgehung übt dabei sowohl auf dem Normunterworfenen als auch auf die Rechtswissenschaft eine Faszination aus. So widerstrebt es dem Rechtsgefühl ein Gesetz zu umgehen, das für alle gilt. Die Rechtsnormen sollen das gesellschaftliche Zusammenleben der Menschen untereinander regeln und daher dem Einzelnen gewisse Schranken setzen. Der Rechtsgestalter, der diese Grenzen als lästig empfindet, bricht im Falle der Gesetzesumgehung nicht unmittelbar das Gesetz, sondern überlistet es mit seinen eigenen Mitteln, indem er wiederum rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten wählt, um seine Anwendung auszuschließen<sup>5</sup>. Dadurch erreicht er das Erwünschte ohne formal den Wortlaut der Norm zu erfüllen. Dabei stellt die Gesetzesumgehung nicht ausschließlich ein

---

<sup>1</sup> *Westerhoff*, S. 1.

<sup>2</sup> *Kirchhof*, NJW 1987, 3217, 3218; *Römer*, S. 17, 30.

<sup>3</sup> Normanwender meint in der vorliegenden Untersuchung den sich mit dem konkreten Fall befassende Richter.

<sup>4</sup> *Häsemeyer*, FS Juristische Fakultät Heidelberg, S. 163, 164.

<sup>5</sup> *Kegel*, IPR (7. Aufl.), S. 349; *Schurig*, FS Ferid, S. 375.

rechtstheoretisches Problem dar<sup>6</sup>, sondern hat darüber hinaus auch Auswirkungen auf allgemein anerkannte Rechtsinstitute sowie auf die Gesetzgebung. Der zweckentfremdete gezielte Einsatz von bestimmten Rechtsnormen und Rechtsinstituten trägt vielmehr zur Rechtsentwicklung bei und stellt so sicher, dass die Rechtsordnung sich den ständig wandelnden wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen und Bedürfnissen anpasst<sup>7</sup>. Die Gesetzesumgehung ist damit die Reaktion des Normunterworfenen auf eine zu starre und wenig flexible Gesetzgebung. So ist die GmbH & Co. KG daraus entstanden, um die Vorschriften für Kapitalgesellschaften zu umgehen. Das Rechtsinstitut des Sicherungseigentums hat sich aus dem Bedürfnis entwickelt, Kredite abzusichern, den Kreditschuldner aber im Besitz seines Eigentums zu belassen<sup>8</sup>. Der Gesetzgeber hat durch die Kodifizierung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) die von dem Bundesarbeitsgericht aufgestellten Voraussetzungen für die Wirksamkeit von befristeten und bedingten Arbeitsverträgen übernommen.

Allerdings existieren auch Versuche von Gesetzesumgehungen, die nicht von Erfolg gekrönt sind. So stellen beispielsweise die §§ 393 ff. BGB Aufrechnungsverbote auf. Dementsprechend kann gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nach § 393 BGB nicht aufgerechnet werden. Der Schädiger könnte allerdings dem Anspruch des Geschädigten aus § 823 Abs. 1 BGB gestützt auf seine Gegenforderung das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten, weil dieses nicht in den §§ 393 ff. BGB genannt ist. Würde man dieser Betrachtung folgen, so wäre der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB nicht durchsetzbar. Rein nach dem Wortlaut könnte daher die Geltendmachung des § 823 Abs. 1 BGB durch ein Zurückbehaltungsrecht verhindert werden. Das widerspricht aber dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel, eine Privatstrafe durch den Schädiger zu verhindern<sup>9</sup>. Die Gesetzesumgehung wird daher durch die analoge Anwendung des § 393 BGB verhindert<sup>10</sup>. Diese Rechtsgestaltung hat sich also im Gegensatz zum Sicherungseigentum gewohnheitsrechtlich nicht durchgesetzt.

Grundlegend befasste sich erstmals Teichmann im Jahre 1962 in seiner Monographie „Die Gesetzesumgehung“ mit diesem Thema. Aus jüngerer Zeit sind die Habilitationsschriften von Sieker (2001)<sup>11</sup> und Benecke (2004)<sup>12</sup> zu nennen. Während Sieker ihre Untersuchungen auf das Umgehungsrechtsgeschäft konzentrierte und dabei typische Formen der Ausweichgestaltung, Mechanismen zur

<sup>6</sup> *Looschelders/Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, § 134 BGB Rn. 82.

<sup>7</sup> *Häsemeyer*, FS Juristische Fakultät Heidelberg, S. 163; *Huber*, JurA 1970, 784, 812; *Schurig*, FS Ferid, S. 375.

<sup>8</sup> *Huber*, JurA 1970, 784, 812.

<sup>9</sup> *Schlüter/Münchener Kommentar*, § 393 BGB Rn. 1.

<sup>10</sup> *Gursky/Staudinger*, § 393 BGB Rn. 2.

<sup>11</sup> *Sieker*, Umgehungs geschäfte, (2001).

<sup>12</sup> *Benecke*, Gesetzesumgehung im Zivilrecht (2004).

Verhinderung einer Gesetzesumgehung und Anwendungsfälle von Umgehungsgeschäften näher beleuchtete, setzte sich Benecke mit der Gesetzesumgehung im Zivilrecht auseinander. In diesem Zusammenhang untersuchte sie das Phänomen der Gesetzesumgehung im allgemeinen Zivilrecht und im Internationalen Privatrecht.

Mit dieser Schrift soll die bereits bestehende Tradition an Schriften zur Gesetzesumgehung im Zivilrecht nicht einfach fortgeführt werden, vielmehr soll der Fokus der vorliegenden Untersuchung auf dem Arbeitsrecht liegen. Es soll der Frage nachgegangen werden, ob der Gesetzesumgehung im Arbeitsrecht eine andere Bedeutung zuteilwird als im allgemeinen Zivilrecht. Es soll herausgearbeitet werden, ob im Arbeitsrecht andere Maßstäbe bei der Beurteilung gelten, ob ein Umgehungsgeschäft vorliegt und welche Rechtsfolge dieses nach sich zieht. Dies könnte deswegen von Relevanz sein, weil sich regelmäßig der Arbeitnehmer an der Gesetzesumgehung beteiligt und die meisten Arbeitsgesetze Schutzgesetze zugunsten des Arbeitnehmers sind.

Insbesondere im Zusammenhang mit der Schutzvorschrift des § 613a BGB ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Umgehung ein weiterer Aspekt. Nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt der Betriebserwerber bei Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils durch Rechtsgeschäft in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Die Norm betrifft also nicht nur die Interessen im Zweipersonenverhältnis (Arbeitnehmer–Arbeitgeber), sondern auch die Interessen eines Dritten, dem Betriebserwerber. Auch kann sich in der Insolvenz oder im Fall der sanierenden Betriebsübernahme das Mehrpersonenverhältnis um ein weiteres Rechtssubjekt erweitern, wenn es darum geht, den Betrieb insgesamt oder zumindest einen Teil des Betriebes zu erhalten. So geht es dann auch um den Erhalt anderer Arbeitsplätze zu Lasten einzelner Arbeitsplätze. Der § 613a BGB kann in diesem Zusammenhang einer sanierenden Betriebsübernahme entgegenstehen, wenn es darum geht Personal rasch abzubauen, um den Betrieb in seiner Gesamtheit zu erhalten<sup>13</sup>.

Aber auch außerhalb der Insolvenz trifft der Arbeitsrechtler im Rahmen von betrieblichen Umstrukturierungen<sup>14</sup> auf § 613a BGB. So müssen selbst kleine und mittlere Unternehmen wirtschaftlich flexibel sein und dürfen sich der Möglichkeit der Umstrukturierung und Sanierung nicht verschließen<sup>15</sup>, um im internationalen Wettbewerb konkurrenzfähig zu bleiben<sup>16</sup>. Das bedeutet, dass sich

---

<sup>13</sup> *Hanau*, ZIP 1998, 1817; als Reaktion auf das Scattolon-Urteil des EuGH v. 6.9. 2011 – C-108/10 [Scattolon], vgl. *Mückl*, ZIP 2012, 2373 ff.; *Neumann-Duesberg* mit Verweis auf *Galperin*, BB 1971, 969, 971; *Pietzko*, S. 179 ff.; *Thum*, BB 2013, 1525.

<sup>14</sup> Zum Begriff der Umstrukturierung, *Sieg/Maschmann*, Rn. 1.

<sup>15</sup> *Lipinski*, NZA 2002, 75.

<sup>16</sup> *Henssler* spricht von der „Lust am Fusionieren, Abspalten, Ausgliedern und erneuter Umstrukturierung“, *ZfA* 2000, 241, 242.