

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

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

Zweites Kapitel

Die Umgehungslehre im Allgemeinen Zivilrecht	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

Die Gesetzesumgehung im Arbeitsrecht	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
Literaturverzeichnis	311
Stichwortverzeichnis	323

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

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

Zweites Kapitel

Die Umgehungslehre im Allgemeinen Zivilrecht	34
A. Die Redundanz des Umgehungsbegriffs	34
B. Begrifflichkeiten	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
C. Die Ausarbeitung eines eigenständigen Umgehungsbegriffs	43
I. Die Verwendung des Umgehungsbegriffs im Allgemeinen Zivilrecht	43
1. Fallgruppen	43
a) Die Umgehung des Vorkaufsfalles oder der pflichtteilsergänzungspflichtigen 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
D. Die rechtstechnischen Mittel zur Gesetzesumgehung	57
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
E. Die Verhinderung der Gesetzesumgehung	70
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
F. Die Ursache für die Entstehung von Gesetzesumgehungen	100
I. Die Gesetzgebungstechnik	102
II. Die Methode der Rechtsfindung	103
III. Die Berufung auf die Vertragsfreiheit als Rechtfertigung	104
IV. Bewertung	105
G. Zusammenfassung der Ergebnisse zum zweiten Kapitel	106

Drittes Kapitel

Die Gesetzesumgehung im Arbeitsrecht	109
A. Die Besonderheiten im Arbeitsrecht	109
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. Die Entwicklung der Umgehungsdogmatik in der Arbeitsgerichtsbarkeit ..	115
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
C. Die Anwendungsfälle des Umgebungsbegriffs im Arbeitsrecht	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

D. Die Auswirkungen der Besonderheiten des Arbeitsrechts auf die Umgehungslehre	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
E. Zusammenfassung der Ergebnisse zum dritten Kapitel	191

Viertes Kapitel

Die Umgehung des § 613a BGB 193

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

Fünftes Kapitel

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Schlussbetrachtung	297
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	297
I. Thesen zum zweiten Kapitel	297
II. Thesen zum dritten Kapitel	298
III. Thesen zum vierten Kapitel	299
B. Schlussbetrachtung	301
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
Literaturverzeichnis	311
Stichwortverzeichnis	323

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 gibt¹. 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 Rolle². Die Gesetzesumgehung zielt dann darauf ab, dem Anwendungsbereich der als nachteilig empfundenen gesetzlichen Bestimmung auszuweichen. Für den Normanwender³ 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 muss⁴.

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 auszuschließen⁵. Dadurch erreicht er das Erwünschte ohne formal den Wortlaut der Norm zu erfüllen. Dabei stellt die Gesetzesumgehung nicht ausschließlich ein

¹ *Westerhoff*, S. 1.

² *Kirchhof*, NJW 1987, 3217, 3218; *Römer*, S. 17, 30.

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

⁴ *Häsemeyer*, FS Juristische Fakultät Heidelberg, S. 163, 164.

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

rechtstheoretisches Problem dar⁶, 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 anpasst⁷. 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 belassen⁸. 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 verhindern⁹. Die Gesetzesumgehung wird daher durch die analoge Anwendung des § 393 BGB verhindert¹⁰. 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)¹¹ und Benecke (2004)¹² zu nennen. Während Sieker ihre Untersuchungen auf das Umgehungsrechtsgeschäft konzentrierte und dabei typische Formen der Ausweichgestaltung, Mechanismen zur

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

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

⁸ *Huber*, JurA 1970, 784, 812.

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

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

¹¹ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, (2001).

¹² *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 erhalten¹³.

Aber auch außerhalb der Insolvenz trifft der Arbeitsrechtler im Rahmen von betrieblichen Umstrukturierungen¹⁴ auf § 613a BGB. So müssen selbst kleine und mittlere Unternehmen wirtschaftlich flexibel sein und dürfen sich der Möglichkeit der Umstrukturierung und Sanierung nicht verschließen¹⁵, um im internationalen Wettbewerb konkurrenzfähig zu bleiben¹⁶. Das bedeutet, dass sich

¹³ *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.

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

¹⁵ *Lipinski*, NZA 2002, 75.

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