

MARTINA BENECKE

# Gesetzesumgehung im Zivilrecht

*Jus Privatum*

94

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 94





Martina Benecke

# Gesetzesumgehung im Zivilrecht

Lehre und praktischer Fall im allgemeinen  
und Internationalen Privatrecht

Mohr Siebeck

*Martina Benecke*, geboren 1967, 1986–1992 Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen, 1992 1. Staatsexamen, 1996 Promotion, 1997 2. Staatsexamen, Hugo-Sinzheimer-Preis. 2002 Habilitation, Venia Legendi für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht, Wirtschaftsrecht.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-157926-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148413-4

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

## Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2002/03 von der juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Habilitationsschrift angenommen. Die zitierte Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von Anfang des Jahres 2004.

Mein Dank gilt meinem Lehrer, Professor Dr. Abbo Junker, der die Idee für diese Arbeit hatte und mir bei meiner Assistententätigkeit am Institut für Arbeitsrecht stets die nötige Freiheit für ihre Verwirklichung gab. Dank schulde ich auch den weiteren Gutachtern, Professor Dr. Okko Behrends und Professor Dr. Hans-Martin Müller-Laube sowie meinem Doktorvater, Professor Dr. Hansjörg Otto, für wertvolle Anregungen. Für vielerlei Unterstützung danke ich meinen Eltern und Dietrich Kluge. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat die Veröffentlichung durch eine Publikationsbeihilfe gefördert; auch dafür mein Dank.

Göttingen, im Juni 2004

Privatdozentin Dr. Martina Benecke



# Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung . . . . .	1
<i>Erster Teil: Grundlagen der Umgehungslehre . . . . .</i>	<i>7</i>
§ 2 Rechtsgeschichte der Gesetzesumgehung . . . . .	8
§ 3 Rechtsvergleichender Überblick . . . . .	28
§ 4 Gesetzesumgehung und verwandte Rechtsbegriffe . . . . .	34
§ 5 Gesetzliche Regelung der Gesetzesumgehung . . . . .	52
§ 6 Gesetzesumgehung und Auslegung . . . . .	80
<i>Zweiter Teil: Gesetzesumgehung im praktischen Fall . . . . .</i>	<i>89</i>
§ 7 Das umgangene Gesetz . . . . .	90
§ 8 Umgehungspezifische Wertung . . . . .	111
§ 9 Kriterien der Wertung . . . . .	123
§ 10 Grenzen der Analogie in Umgehungsfällen . . . . .	164
§ 11 Gesetzesumgehung jenseits der Grenzen der Analogie . . . . .	181
§ 12 Gesetzesumgehung im Sachrecht: Theorie und Praxis . . . . .	207
<i>Dritter Teil: Gesetzesumgehung im Internationalen Privatrecht . . . . .</i>	<i>219</i>
§ 13 Strukturelle Besonderheiten der Umgehung im IPR . . . . .	223
§ 14 Verwandte Rechtsbegriffe im IPR . . . . .	238
§ 15 Umgehungsfälle im IPR und Wertung . . . . .	246
§ 16 Methodische Möglichkeiten und Grenzen . . . . .	286
§ 17 Gesetzesumgehung im Internationalen Verfahrensrecht . . . . .	315
§ 18 Prozessuale Besonderheiten: Anerkennung und Gerichtsstandsvereinbarungen . . . . .	342
§ 19 Zusammenfassung: Gesetzesumgehung im IPR und Sachrecht . . . . .	364
§ 20 Schlußbetrachtung . . . . .	371
Literaturverzeichnis . . . . .	377
Sachregister . . . . .	389



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XIX
§ 1 <i>Einleitung</i> . . . . .	1
<i>Erster Teil</i>	
Grundlagen der Umgehungslehre	7
§ 2 <i>Rechtsgeschichte der Gesetzesumgehung</i> . . . . .	8
I. Fraus-legis-Doktrin im Römischen Recht . . . . .	8
II. Mittelalter: Glossatoren und Volksrechte . . . . .	12
III. Neuzeit bis zum Erlaß des BGB . . . . .	13
1. Wandel der Lehre . . . . .	14
2. Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . . .	15
3. Gesetzliche Umgehungsregelungen . . . . .	17
IV. Erste Hälfte des 20. Jahrhunderts . . . . .	17
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts zum BGB . . . . .	17
2. Entwicklung der Rechtslehre . . . . .	21
V. Überblick: Zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts bis zur Gegenwart . . . . .	22
VI. Gesamtbetrachtung . . . . .	26
§ 3 <i>Rechtsvergleichender Überblick</i> . . . . .	28
I. Insbesondere: Frankreich . . . . .	29
II. Insbesondere: England . . . . .	31
III. Gesamtbetrachtung . . . . .	33
§ 4 <i>Gesetzesumgehung und verwandte Rechtsbegriffe</i> . . . . .	34
I. Gesetzesumgehung und „Gesetzesergehung“ . . . . .	34
II. Gesetzesumgehung und Scheingeschäft . . . . .	37

1. Theoretische Abgrenzung . . . . .	37
2. Grenzfälle von Umgehung und Scheingeschäft . . . . .	39
3. Abgrenzung im konkreten Fall . . . . .	41
III. Gesetzesumgehung, sittenwidriges Rechtsgeschäft und Rechts- mißbrauch . . . . .	43
1. Gesetzesumgehung und § 138 Abs.1 BGB . . . . .	43
a) Verhältnis von Umgehung und Sittenwidrigkeit . . . . .	43
b) Abgrenzung im Einzelfall . . . . .	45
2. Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch . . . . .	47
a) Rechtsmißbrauch und Institutsmißbrauch . . . . .	47
b) Grenzfälle von Rechtsmißbrauch und Gesetzes- umgehung . . . . .	48
IV. Gesetzesumgehung und Vertragsumgehung . . . . .	50
§ 5 <i>Gesetzliche Regelungen der Gesetzesumgehung</i> . . . . .	52
I. Gesetzliche Umgehungsverbote und ihr Anwendungsbereich . . . . .	52
1. Begriff und Regelungen . . . . .	52
2. Umgehungsverbote im Verbraucherschutz . . . . .	57
a) § 306a BGB (früher § 7 AGBG) . . . . .	59
b) § 312f S.2 BGB (früher §§ 5 Abs. 1 HaustürWG, 5 Abs.2 FernAbsG) . . . . .	61
c) § 487 S.2 BGB (früher § 9 Abs.2 TzWrG) . . . . .	65
d) §§ 506 S.2 BGB (früher § 18 S.2 VerbrKrG), 655e Abs.1 S.2 BGB . . . . .	66
e) § 475 Abs.1 S.2 BGB . . . . .	69
II. Rolle und Bedeutung der gesetzlichen Umgehungsverbote . . . . .	70
1. Allgemeine Funktionen . . . . .	71
2. Eigenständige Bedeutung? . . . . .	73
a) Beispiel § 6 AbzG . . . . .	73
b) Beispiel Recht der Haustürgeschäfte . . . . .	74
c) Beispiel Verbrauchsgüterkauf . . . . .	75
d) Besonderheiten des Verbraucherschutzes . . . . .	76
e) Fazit . . . . .	78
§ 6 <i>Gesetzesumgehung und Auslegung</i> . . . . .	80
I. Praktische Bedeutung . . . . .	80
1. Auslegungskriterien und Umgehungsgeschäfte . . . . .	80
2. Grenzfälle in der Praxis . . . . .	81
II. Theoretische Abgrenzung . . . . .	84
1. Auslegung und Umgehung einer Norm . . . . .	84
2. Umgehung als Auslegungsargument . . . . .	87

## Zweiter Teil

Gesetzesumgehung im praktischen Fall	89
§ 7 <i>Das umgangene Gesetz</i>	90
I. Voraussetzungen der Gesetzesumgehung	91
1. Gesetzesumgehung und Gesetzesvermeidung	91
a) Sinn und Ziel von Gesetzen	91
b) Bestimmung des Ziels	93
2. Umgehungsfähigkeit von Gesetzen	94
3. Zweckverbote und Wegverbote	96
II. Rechtsfolgen der Umgehung	97
1. Entwicklung der Rechtsprechung	98
2. Rechtsfolgen in besonderen Fällen	100
a) Nichtigkeit des Umgehungsgeschäfts	101
b) Umgehung von Genehmigungspflichten	103
c) Umgehungsfälle im Arbeitsrecht	106
III. Fazit	109
§ 8 <i>Umgebungsspezifische Wertung</i>	111
I. Analogie und Wertung	111
1. Analogiebildung in der Praxis	111
2. Umsetzung von Wertung durch Analogie	114
3. Umsetzung der Wertung über Analogie hinaus	116
II. Stufen der Wertung in Umgehungsfällen	117
1. Ziel des umgangenen Gesetzes	117
2. Die Eingriffsschwelle	120
§ 9 <i>Kriterien der Wertung</i>	123
I. Besonderheiten des umgangenen Gesetzes	125
1. Einschränkung der Privatautonomie	126
2. Schutznormen	127
a) Beispiele „sozialer“ Schutznormen	128
b) Beispiele Schuldner- und Gläubigerschutz	129
c) Ergebnis	131
3. Insbesondere: Gesetzesumgehung im Gesellschaftsrecht	131
a) Umgehung der Grundsätze der Aufbringung des Stammkapitals	133
b) Umgehung der Grundsätze der Erhaltung des Stammkapitals	137
II. Objektive und wertende Kriterien	139
1. Atypizität des Umgehungstatbestandes	140

a) Atypizität und Gesetzesumgehung in der Literatur . . . . .	140
b) Atypische Fälle in der Praxis . . . . .	141
2. Sittenwidrigkeit und Rechtsmißbrauch . . . . .	145
a) Sittenwidrigkeit als Wertungskriterium . . . . .	146
b) Rechtsmißbrauch als Wertungskriterium . . . . .	148
3. Bedürfnisse des Verkehrs . . . . .	149
4. Schutz von Rechten Dritter . . . . .	151
III. Die subjektive Seite der Umgehung . . . . .	153
1. Bedeutung des Subjektiven . . . . .	154
2. Umgehungsabsicht und Umgehungszweck . . . . .	156
3. Motive der Umgehung, insbesondere Täuschungsabsicht . . . . .	159
IV. Gemeinsamer Nenner der Wertungskriterien . . . . .	161
1. Fallgruppen und Schwerpunkte . . . . .	161
2. Verbindung der Wertungskriterien . . . . .	162
§ 10 Grenzen der Analogie in Umgehungsfällen . . . . .	164
I. Strukturelle Unterschiede . . . . .	164
1. Methodisches Vorgehen . . . . .	165
2. Konsequenzen . . . . .	168
II. Praktische Grenzen der Analogie . . . . .	169
1. Voraussetzungen der Analogie . . . . .	169
a) Normen mit beschränktem Geltungsbereich . . . . .	169
b) Ausnahmenvorschriften . . . . .	173
c) Feste gesetzliche Grenze . . . . .	175
2. Methode und Rechtsfolge der Analogie . . . . .	176
a) Umgangene und ähnliche Norm . . . . .	177
b) Rechtsfolgen von Analogie und Umgehung . . . . .	177
aa) Umgehung von Genehmigungspflichten . . . . .	178
bb) Umgehung von Regeln mit begrenztem Geltungsbereich . . . . .	178
III. Ergebnis . . . . .	179
§ 11 Gesetzesumgehung jenseits der Grenzen der Analogie . . . . .	181
I. Methodische Ansätze . . . . .	181
1. Gesetzesumgehung als selbständiges Rechtsinstitut . . . . .	182
a) Gesetzesumgehung und Gewohnheitsrecht . . . . .	182
b) Gesetzesumgehung und § 134 BGB . . . . .	183
2. Gesetzesumgehung als unselbständiges Rechtsproblem . . . . .	185
a) Erweiterung der Grenzen der Analogie . . . . .	185
b) Rechtsfortbildung . . . . .	186
II. Rechtsfortbildung in Umgehungsfällen . . . . .	187

1. Grundlagen der Rechtsfortbildung . . . . .	187
2. Umgehungsfälle und Rechtsfortbildung . . . . .	189
3. Schlußfolgerung . . . . .	191
III. Rechtsfolgen über Gleichstellung hinaus . . . . .	192
1. Gleichstellung und Sanktionen . . . . .	192
2. Rechtsfolgen in Sonderfällen . . . . .	193
IV. Sonderfall Arbeitsrecht? . . . . .	195
1. Gesetzesumgehung in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung . . . . .	196
a) Umgehung des Kündigungsschutzes . . . . .	196
aa) Teilzeit- und Befristungsgesetz . . . . .	197
bb) Dogmatik der Rechtsprechung . . . . .	198
cc) Weitere Umgehungen des Kündigungsschutzes . . . . .	201
b) Umgehung anderer Normen . . . . .	202
2. Besonderheiten des Arbeitsrechts . . . . .	204
§ 12 <i>Gesetzesumgehung im Sachrecht: Theorie und Praxis</i> . . . . .	207
I. Definition der Gesetzesumgehung . . . . .	208
II. Rechtsinstitut der Gesetzesumgehung . . . . .	208
III. Gesetzesumgehung und bestehende Rechtsinstitute . . . . .	209
IV. Gesetzesumgehung und Auslegung . . . . .	210
V. Gesetzesumgehung und Analogie . . . . .	211
VI. Rechtsfortbildung in Umgehungsfällen . . . . .	212
VII. Gesetzliche Umgehungsverbote . . . . .	213
VIII. Umgehungsabsicht: subjektive Voraussetzungen der Gesetzesumgehung . . . . .	214
IX. Umgehungsspezifische Wertung . . . . .	215
X. Rechtsfolge der Gesetzesumgehung . . . . .	216
XI. Fazit . . . . .	217

### 3. Teil

Gesetzesumgehung im Internationalen Privatrecht . . . . .	219
---	-----

§ 13 <i>Strukturelle Besonderheiten der Umgehung im IPR</i> . . . . .	223
I. Umgangene Norm im IPR . . . . .	223
1. Meinungsstand in der Literatur . . . . .	224
2. Stellungnahme . . . . .	225
II. Mittel der Gesetzesumgehung im IPR . . . . .	227

1. Veränderung qualifikationserheblicher Tatsachen . . . . .	228
2. Gesetzesumgehung durch Rechtswahl . . . . .	230
a) „Mißbrauch der Rechtswahl“ durch Umgehung? . . . . .	231
b) „Gran-Canaria-Fälle“ . . . . .	233
c) Fazit . . . . .	237
§ 14 <i>Verwandte Rechtsbegriffe im IPR</i> . . . . .	238
I. Gesetzesumgehung und Simulation . . . . .	238
II. Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch . . . . .	240
III. Gesetzesumgehung und ordre public . . . . .	241
IV. Unechte und echte Gesetzesumgehung . . . . .	243
§ 15 <i>Umgehungsfälle im IPR und Wertung</i> . . . . .	246
I. Wertungskriterien der Praxis: Fallgruppen . . . . .	247
1. Heirat . . . . .	247
2. Scheidung . . . . .	249
3. Formvorschriften . . . . .	252
II. Umgangene Norm . . . . .	255
1. Schutzzweck im Kollisionsrecht . . . . .	256
a) Ergehung von Schutznormen . . . . .	256
b) Umgehung von Schutznormen . . . . .	258
2. Verkehrsschutz . . . . .	260
III. Objektive und wertende Kriterien . . . . .	261
1. Ungewöhnliches Vorgehen . . . . .	262
2. Individuelle Fallgestaltung . . . . .	264
3. „Rechtsmißbräuchliches Vorgehen“ . . . . .	266
4. Sittenwidrigkeit und ordre public . . . . .	269
a) Ordre public . . . . .	269
b) § 138 Abs. 1 BGB und IPR . . . . .	270
IV. Subjektive Elemente . . . . .	272
1. Umgehungsabsicht in Literatur und Rechtsprechung . . . . .	273
2. Umgehungszweck und Eingriffsschwelle . . . . .	274
3. „Arglist“ und ähnliche Kriterien . . . . .	277
V. Ergebnis: Umgehungsspezifische Wertung im IPR . . . . .	278
1. Stufen der Wertung . . . . .	278
2. Wertungskriterien . . . . .	280
3. Abwägung . . . . .	281
a) Abwägungskriterien . . . . .	281
b) Individualinteressen im IPR . . . . .	283
c) Fazit . . . . .	284

§ 16	<i>Methodische Möglichkeiten und Grenzen</i>	286
I.	Gesetzesumgehung im kodifizierten Bereich	287
1.	Methodische Ansätze und Ziele	287
a)	Ansätze der Literatur	287
b)	Rechtsfolge der Umgehung	288
c)	Methodische Ansätze	289
aa)	Lösung über die tatsächliche Ebene	289
bb)	Auslegung des umgangenen Gesetzes	290
2.	Analogie in kollisionsrechtlichen Umgehungsfällen	290
a)	Analogieschluß und Gesetzesumgehung im Sachrecht	291
b)	Analogieschluß bei Gesetzesumgehung im IPR	293
aa)	Regelungslücke, umgangene Norm und Ähnlichkeit	294
bb)	Analogieschluß und Wertung im IPR	295
3.	Grenzen der Analogie im IPR	297
a)	Methodische Grenzen der Analogie	297
aa)	Analogie als Ausgangspunkt	297
bb)	Erweiterte Grenzen der Analogie	299
cc)	Modifizierte Analogie im IPR	300
b)	Gesetzesumgehung durch Rechtswahl	301
c)	Methodik jenseits der Grenzen der Analogie	303
II.	Gesetzesumgehung im nicht kodifizierten Bereich	304
1.	Gewohnheitsrecht und Analogie	304
2.	Insbesondere: Sitztheorie und Gesetzesumgehung im Internationalen Gesellschaftsrecht	305
a)	Sitztheorie als „umgehungsfeste“ Anknüpfung	306
b)	Entwicklung der Rechtsprechung	308
c)	Grenzen gesellschaftsrechtlicher Umgehungs- konstruktionen	311
§ 17	<i>Gesetzesumgehung im Internationalen Verfahrensrecht</i>	315
I.	Forum shopping	317
1.	Begriff und Bedeutung	317
a)	Vorteile für den Kläger	317
b)	Abwehrmöglichkeiten des Beklagten	319
2.	Rechtsfolgen des forum shopping	320
a)	Grundsatz: Legalität	320
b)	Forum-non-conveniens-Lehre	321
II.	Zuständigkeitserschleichung	322
1.	Abgrenzungen	323
a)	Simulation	323
b)	Ordre public	325
2.	Erscheinungsformen	325
a)	„Erschleichung“ des Prozeßrechts	326

b) „Erschleichung“ von Sachrecht . . . . .	329
3. Methodik und Wertung . . . . .	330
a) Rechtsnatur der Zuständigkeitserschleichung . . . . .	330
b) Stufen der Wertung . . . . .	332
4. Kriterien der Eingriffsschwelle . . . . .	333
a) Objektive Kriterien: Mißbrauch, Arglist . . . . .	333
b) Subjektive Kriterien: „Objektive Zuständigkeitserschleichung“? . . . . .	335
aa) Entwicklung der Rechtsprechung . . . . .	336
bb) Erfordernis zumindest bewußten Vorgehens . . . . .	336
cc) Regelung in Art. 6 Nr. 2 EuGVVO (früher Art. 6 Nr. 2 EuGVÜ) . . . . .	338
c) Zusammenfassung . . . . .	339
5. Höhe der Eingriffsschwelle . . . . .	339
a) Manipulation des Prozeß- und Kollisionsrechts . . . . .	339
b) Toleranz gegenüber der Zuständigkeitserschleichung . . . . .	340

## § 18 Prozessuale Besonderheiten: Anerkennung und

<i>Gerichtsstandsvereinbarungen</i> . . . . .	342
I. Anerkennung erschlichener Urteile . . . . .	342
1. Folgen der Anerkennung . . . . .	343
2. Ablehnungstatbestände des § 328 Abs. 1 ZPO . . . . .	344
a) § 328 Abs. 1 ZPO und Gesetzesumgehung . . . . .	344
b) Spiegelbildprinzip, § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO . . . . .	345
c) Ordre-public-Klausel, § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO . . . . .	345
aa) Zuständigkeitserschleichung und ordre public . . . . .	346
bb) Falllösung über § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO . . . . .	348
II. Gerichtsstandsvereinbarungen . . . . .	349
1. Rechtsnatur und Wirkungen . . . . .	350
2. Gerichtsstandsvereinbarungen und Gesetzesumgehung . . . . .	352
3. Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen . . . . .	353
a) Zulässigkeit internationaler Zuständigkeitsvereinbarungen . . . . .	353
b) Inhaltskontrolle nach §§ 138 Abs. 1 BGB, 1025 Abs. 2 ZPO a.F. analog . . . . .	354
4. Umgehung zwingenden Recht durch Gerichtsstandsvereinbarungen . . . . .	356
a) Zwingende und international zwingende Normen . . . . .	356
b) Verstoß gegen den ordre public . . . . .	358
c) Gesetzesumgehung und Eingriffsschwelle . . . . .	359
5. Gerichtsstandsklauseln und Rechtswahlklauseln . . . . .	361
III. Ergebnisse: Gesetzesumgehung im Internationalen Prozeßrecht . . . . .	362

1. Unterschiede Internationales Prozeßrecht – IPR . . . . .	362
2. Insbesondere: Wertungsfragen . . . . .	363
§ 19 <i>Zusammenfassung: Gesetzesumgehung im IPR und Sachrecht</i> . . . . .	364
I. Definition der Gesetzesumgehung im IPR . . . . .	364
II. Umgehung und bestehende Rechtsinstitute . . . . .	365
III. Methodische Fragen . . . . .	366
IV. Gesetzesumgehung im nicht kodifizierten Bereich . . . . .	368
V. Wertungsfragen . . . . .	368
VI. Gesetzesumgehung und Privatautonomie . . . . .	369
§ 20 <i>Schlußbetrachtung</i> . . . . .	371
I. Keine einheitliche Lösung in Umgehungsfällen . . . . .	372
II. Gesetzesumgehung als Rechtsbegriff nicht überflüssig . . . . .	373
III. Gesetzesumgehung im Sachrecht und IPR . . . . .	375
Literaturverzeichnis . . . . .	377
Sachregister . . . . .	389



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Art., Artt.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AuslG	Ausländergesetz
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestelltentarif
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
Begr.	Begründer(in)
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BörsG	Börsengesetz
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
c.i.c.	culpa in contrahendo
CPO	Civilprozeßordnung
D.	Digesten
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe, dieselben
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DtZ	Deutsch-deutsche Rechts-Zeitschrift
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
eG	eingetragene Genossenschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung
EheG	Ehegesetz
ErbGleichG	Erbrechtsgleichstellungsgesetz
EVÜ	Europäisches (Schuld-) Vertragsübereinkommen
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EuGVVO	Verordnung (EG) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZPR	Europäisches Zivilprozeßrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f., ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	Fascicule (Lieferung)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FernAbsG	Fernabsatzgesetz
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Großer Senat
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht (Hamburg)
HessLAG	Hessisches Landesarbeitsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften
InsO	Insolvenzordnung
intGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
Int SachenR	Internationales Sachenrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
i.V.m.	im Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J. Cl. dr. int.	Juris Classeur droit international
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
JurBüro	Das juristische Büro (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KreisG	Kreisgericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LFZG	Lohnfortzahlungsgesetz
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Lindenmaier/ Möhring)
Ls.	Leitsatz; Leitsätze
MDR	Monatsschrift Deutschen Rechts (Zeitschrift)
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MSA	Haager Minderjährigenschutzabkommen
MünchHdb.ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NEhelG	Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder
n.F.	neue Fassung

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
österr. OGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
o. p.	ordre public
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
pVV	positive Vertrags- (Forderungs-) Verletzung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdnr., Rdnrn.	Randnummer, Randnummern
Rev. crit. dr. i. p.	Revue critique de droit international privé (Zeitschrift)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite; Satz
s.	siehe
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SC.	Senatusconsultum
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
TzWrG	Teilzeit-Wohnrechtegesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerbrGüKRL	Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerbrKrR	Verbraucherkreditrecht
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WoVermittG	Wohnungsvermittlungsgesetz

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZGB	schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft



## § 1 Einleitung

Die folgenden Zitate stammen aus verschiedenen Epochen und aus verschiedenen Gebieten des Zivilrechts – Römisches Recht, allgemeines Zivilrecht und Verfahrensrecht, Arbeitsrecht und zuletzt IPR. Dennoch widmen sie sich alle demselben Rechtsproblem: der Umgehung von Gesetzen:

Paul. (l. s. ad l. Cinc.) D. 1, 3, 29<sup>1</sup>:

... Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.

RGZ 26, 181 (184)<sup>2</sup>:

... Aber wie immer es sich hiermit auch verhalten möge, so war die jetzt fragliche Entscheidung, daß die Übertragung des Eigentumes an beweglichen Sachen an einen Gläubiger zu dessen Sicherung unter Zurückbehaltung des körperlichen Gewahrsams derselben keine Umgehung der Konkursordnung ... enthalte, jedenfalls aufrechtzuerhalten. Denn von einer Umgehung kann man überhaupt nur in Beziehung auf verbietende oder gebietende Gesetze, ... sprechen, solche Gesetze sind aber die hier in Frage stehenden nicht.

BAGE 10, 65 (70)<sup>3</sup>:

Eine Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbräuchlich verwendet werden. ... Dabei kommt es ... nicht auf eine Umgehungsabsicht oder eine bewußte Mißachtung des zwingenden Rechtssatzes an.

BGHZ 78, 318 (325)<sup>4</sup>:

Das für den Erwerbsvorgang maßgebende Recht ist nämlich dann unbeachtlich, wenn eine sogenannte fraudulöse Anknüpfung vorliegt ..., etwa wenn der Erwerbsvorgang nur zum Zwecke der Umgehung der inländischen Anfechtungsvorschriften in das Ausland verlegt worden ist ...

Seit es Gesetze gibt, werden sie umgangen<sup>5</sup>. Unbequeme Gesetze fordern den Erfindungsreichtum der Rechtsunterworfenen heraus, wenn es beispielsweise dar-

---

<sup>1</sup> Zitiert nach: *Behrends*, S. 19; *Honsell*, S. 119; s. auch *Teichmann*, S. 4f. mit dem Hinweis, daß es sich hier um eine interpolierte Stelle handelt.

<sup>2</sup> Entscheidung vom 2. 6. 1890 – Rep. VI 68/90.

<sup>3</sup> Entscheidung vom 12. 10. 1960 – GS 1/59.

<sup>4</sup> Entscheidung vom 5. 11. 1980 – VIII ZR 230/79.

<sup>5</sup> So bereits *Barthelmes*, S. 2f.; *Honsell*, S. 111, *Westerhoff*, S. 1.

um geht, das von einem Gesetz verbotene Ziel zu erreichen, ohne von dem Verbot erfaßt zu werden. Auf diese Weise sind Rechtsinstitute entstanden: die Sicherungsübereignung, die ursprünglich der Umgehung der Vorschriften über das Besitzpfandrecht diente und die GmbH & Co. KG zur Umgehung der Vorschriften für Kapitalgesellschaften. Folglich hatte sich auch die Rechtsprechung nicht selten mit Gesetzesumgehungen zu befassen. Ein Beispiel von erheblicher praktischer Bedeutung findet sich auf dem Gebiet des Arbeitsrechts; so begründete das Bundesarbeitsgericht bis zum Erlaß des TzBfG seine Rechtsprechung zu befristeten und auflösend bedingten Arbeitsverträgen mit der Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes<sup>6</sup>.

Ein vertrauter Rechtsbegriff also. Untersucht man jedoch den Umgang der Praxis mit Umgehungsfällen genauer, wird Unsicherheit spürbar. Das beginnt mit der Frage, welche der Geschäfte, die den Tatbestand eines Gesetzes vermeiden, das mit Erfolg tun und welche nicht. Warum ist die Sicherungsübereignung wirksam, der Kettenarbeitsvertrag nicht? Oder, um es noch prägnanter zu machen: Warum kann man durch Rechtsgeschäft unter Lebenden das Testierverbot des § 2271 Abs. 2 BGB nicht wirksam umgehen, die Formvorschriften für letztwillige Verfügungen hingegen schon<sup>7</sup>? Warum kann nach ganz herrschender Meinung das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB zwar nicht durch Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts umgangen werden, wohl aber durch Zwangsvollstreckung in eigene Schulden<sup>8</sup>? Warum hielt das Reichsgericht die Umgehung von § 181 BGB durch Bestellung eines Unterbevollmächtigten für unwirksam, der Bundesgerichtshof hingegen für wirksam<sup>9</sup>?

Daraus ergibt sich die nächste Frage: Soll die Gesetzesumgehung keinen Erfolg haben, was ist dann ihre Rechtsfolge? Immer die Nichtigkeit des Umgehungs geschäfts, wie die ältere Rechtsprechung annahm<sup>10</sup>? Diese Auffassung brachte den Bundesgerichtshof zu einer bekannten Fehlentscheidung zur Umgehung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts. Der BGH erklärte das Umgehungs geschäft für nicht-

<sup>6</sup> Dazu die oben zitierte Grundlagenentscheidung BAG 12.10. 1960 – GS 1/59, BAGE 10, 65 (70ff.) = AP Nr. 16 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag = NJW 1961, 798. Auch nach Erlaß des TzBfG bleibt ein erheblicher Anwendungsbereich für die Gesetzesumgehung im Arbeitsrecht, dazu ausführlich unten § 11 IV.

<sup>7</sup> Zu § 2271 Abs. 2 BGB: BGH 8. 7. 1954 – IV ZR 229/53, LM Nr. 3 zu § 2271 BGB und BGH 17. 11. 1959 – V ZR 18/59, NJW 1960, 524; zu den Formvorschriften: RG 8. 2. 1923 – IV 86/22, RGZ 106, 1. Wieder anders RG 28. 10. 1913 – Rep. VII. 271/13, RGZ 83, 223 (227) zu § 2301 BGB.

<sup>8</sup> Dazu ausführlich und kritisch *Werner*, Umgehung von Aufrechnungshindernissen, S. 2, 3f., 76ff. mit zahlreichen Nachweisen zum Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur.

<sup>9</sup> RG 27. 9. 1924 – V 367/23, RGZ 108, 405 einerseits; BGH 24. 9. 1990 – II ZR 167/89, NJW 1991, 691 andererseits. Auch wenn es der Sache nach um eine Umgehung geht, wird dieser Begriff von den Gerichten nicht erwähnt.

<sup>10</sup> Teilweise unter Berufung auf § 134 BGB, so z. B. BGH 25. 1. 1961 – V ZR 80/59, BGHZ 34, 200; BGH 23. 6. 1971 – VIII ZR 166/70, BGHZ 56, 285 (289); BAG 12. 12. 1984 – 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314; noch BGH 6. 12. 1990 – IX ZR 44/90, NJW 1991, 1060.

tig, obwohl der von der Umgehung betroffene Vorkaufsberechtigte davon gar nichts hat: Sein Interesse richtet sich auf den Eintritt des Vorkaufsfalles<sup>11</sup>. Inzwischen erkannte das auch der Bundesgerichtshof und stellte das Umgehungsgeschäft dem Eintritt des Vorkaufsfalles gleich<sup>12</sup>. Ist die Rechtsfolge der Umgehung also die Anwendung der umgangenen Norm? Dagegen spricht aber die frühere Rechtsprechung zum befristeten Arbeitsvertrag: Das Kündigungsschutzgesetz gilt ohnehin; und die Voraussetzungen für eine wirksame Befristung sind keineswegs identisch mit denjenigen für eine wirksame Kündigung.

Noch weitere Fragen stellen sich. Was ist der Unterschied zwischen Umgehung und Simulation, dem Scheingeschäft gemäß § 117 BGB, beispielsweise bei Einschaltung eines Strohmannes? Welche Gesetze können umgangen werden? Nur Verbotsgesetze, wie oft behauptet wird? Können auch begünstigende Gesetze „ergangen“ werden, und worin besteht der Unterschied zur Umgehung? Und schließlich: Was ist das Besondere an der Gesetzesumgehung, das sie von anderem rechtlich relevanten Verhalten unterscheidet? Ist eine bestimmte Umgehungsabsicht nötig? Oder genügt, wie das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung formuliert, die „objektive Gesetzesumgehung“<sup>13</sup>? Ist es dann aber wirklich gleichgültig, ob ein Brautpaar im Ausland heiratet, weil es das romantisch findet oder weil inländische Ehehindernisse umgangen werden sollen?

Die einzelfallbezogenen Entscheidungen der Rechtsprechung geben auf diese Fragen keine abschließenden Antworten. Im Gegenteil sind sie so wenig vorhersehbar, daß im Zusammenhang mit den Fragen der Gesetzesumgehung erhebliche Rechtsunsicherheit besteht<sup>14</sup>. In der heutigen Rechtslehre besteht bezüglich der Umgehungsproblematik zumindest theoretisch weitgehend Einigkeit. Es wird ganz überwiegend davon ausgegangen, daß es ein selbständiges Institut der Gesetzesumgehung nicht gibt<sup>15</sup>. Es handele sich um Rechtsprobleme, die mit den

<sup>11</sup> BGH 25.1. 1961 – V ZR 80/59, BGHZ 34, 200; kritisch dazu *Schurig*, Gesetzesumgehung, S. 380; *Staudinger – Mader*, § 504 Rdnr. 20.

<sup>12</sup> BGH 11.10. 1991 – V ZR 127/90, BGHZ 115, 335 (337ff.); zuvor schon OLG Nürnberg 27.9. 1990 – 2 U 950/90, NJW-RR 1992, 461; kritisch zu der Methodik des BGH *Schermaier* AcP 196 (1996), 256.

<sup>13</sup> Dazu nur BAG 12. 10. 1960 – GS 1/59, BAGE 10, 65 (70ff.) = AP Nr. 16 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag = NJW 1961, 798; BAG 19. 12. 1974 – 2 AZR 565/73, ArbU 1975, 220 (220f.); ferner BAG 19. 5. 1982 – 5 AZR 466/80, BAGE 39, 67 (70); BAG 12. 12. 1984 – 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314 (319); BAG 11. 12. 1985 – 5 AZR 135/85, BAGE 50, 292 (296); BAG 26. 3. 1986 – 7 AZR 599/84, NZA 1987, 238; BAG 13. 6. 1986 – 7 AZR 650/84, NZA 87, 241; BAG 16. 10. 1987 – 7 AZR 204/87, BAGE 57, 1; BAG 4. 12. 2002 – 7 AZR 492/01, DB 2003, 2016; BAG 4. 6. 2003 – 7 AZR 406/02, BB 2003, 1683.

<sup>14</sup> So mit weiteren Beispielen auch *Schurig*, Gesetzesumgehung, S. 381 f.

<sup>15</sup> Grundlegend *Teichmann*, S. 48ff.; zuletzt *Sieker*, S. 8ff. s. auch *Teichmann* JZ 2003, 761 (765ff.); a. A. nur MünchKomm – *Mayer-Maly/Armbrüster* § 134 Rdnrn. 11 ff.; ihm folgend *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 40 Rdnrn. 30ff. Dies gilt so uneingeschränkt nur für das Sachrecht, der Meinungsstand zum IPR weicht ab.

allgemeinen Mitteln der Gesetzesauslegung und Analogie gelöst werden müßten und könnten.

Diese theoretische Einordnung ist jedoch nur teilweise dazu geeignet, die praktischen Probleme zu lösen, die sich aus Umgehungsgeschäften ergeben. Insbesondere ist damit nicht geklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen sich eine erweiternde Auslegung und erst recht eine Gesetzesanalogie mit dem Umgehungsargument begründen lassen. Um ein bereits erwähntes Beispiel wieder aufzugreifen: Soll der Tatbestand des § 181 BGB so ausgelegt werden, daß er auch die Bestellung eines Unterbevollmächtigten erfaßt oder nicht? Auch wenn die Umgehung nur als Argument für bestimmte Gesetzesauslegungen oder -analogien dient, so hat sie doch Besonderheiten, die sie von anderem rechtlich relevantem Verhalten unterscheiden.

Zudem führen praktische Überlegungen zu Zweifeln an der theoretischen Einordnung. Wenn die Umgehung tatsächlich nur ein Problem der Gesetzesanwendung durch Auslegung und Analogie ist, warum enthalten dann einige Normen ausdrückliche Umgehungsverbote<sup>16</sup>? Schließlich sind einige der bekannten Umgehungsfälle keineswegs nur mit Analogie gelöst worden; so geht die frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu befristeten Arbeitsverträgen nicht von analoger Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes aus.

Weitere Fragen kommen hinzu, wenn man eine andere rechtliche Ebene begibt, nämlich die des Kollisionsrechts, des IPR. Wenn Vertragsparteien sich im Ausland treffen, um gemäß Art. 11 EGBGB die Ortsform zur Anwendung zu bringen und damit § 311 b Abs. 1 BGB (früher § 313 BGB), § 15 Abs. 3 GmbHG oder § 766 BGB umgehen wollen, soll das wirksam sein? Welche Norm wird überhaupt umgangen, die Kollisionsnorm oder die Formvorschrift des Sachrechts? Diese Frage ist nicht nur akademischer Natur, denn die Auslegung der unterschiedlichen Normen kann ganz anderen Regeln folgen; ihr Zweck ein ganz anderer sein.

Es wird deutlich, wie das scheinbar vertraute Rechtsinstitut der Umgehung um so unbestimmter wird, je mehr man sich mit ihm beschäftigt. Die folgenden Ausführungen sollen dazu dienen, etwas Licht ins Dunkel zu bringen. Dabei soll nicht verdienstvollen rechtsphilosophischen, -historischen und vor allem rechtstheoretischen Schriften zum Problem der Umgehung des Gesetzes eine weitere hinzugefügt werden. Der Ansatz liegt bei konkreten Fällen, den praktischen Problemen der Gesetzesumgehung und ihrer Behandlung durch die bisherige Rechtsprechung und Literatur. Wie skizziert, besteht auf dem Gebiet der Umgehungsfälle Rechtsunsicherheit. Absicht der vorliegenden Arbeit soll daher sein, Hinweise für den praktischen Fall in Form von Abgrenzungskriterien und Wertungsrichtlinien zu entwickeln.

---

<sup>16</sup> Dazu aus historischer Sicht *Honsell*, S. 118; rechtsvergleichend *Heeder*, S. 48ff.

Die Arbeit beginnt mit einem Abriß der historischen, rechtsvergleichenden und systematischen Grundlagen der Umgehungslehre. Er soll Aufschluß geben über die Behandlung der Gesetzesumgehung in anderen – früheren und ausländischen – Rechtsordnungen und auch die rechtstheoretischen Begründungen dafür beleuchten. Da unter dem Stichwort der Gesetzesumgehung ganz unterschiedliche Rechtsprobleme diskutiert werden, ist eine Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten und Begriffen notwendig. Zu den Grundlagen gehört auch die Bedeutung gesetzlicher Umgehungsverbote und abschließend die Frage, welche Bedeutung die Gesetzesauslegung in Umgehungsfällen spielt.

Der zweite Teil widmet sich der Gesetzesumgehung im praktischen Fall. Es wird untersucht, in welchen Fällen und mit welchen Rechtsfolgen eine Umgehung möglich ist. Ein Schwerpunkt liegt auf der Frage, welche Besonderheiten Gesetzesumgehung von anderem rechtlich bedeutsamen Verhalten unterscheiden: Nach welchen Kriterien richtet sich, ob eine Umgehung hingenommen werden kann oder nicht? Darüber hinaus wird Stellung zu der Auffassung genommen, das Problem der Gesetzesumgehung sei allein mit Mitteln der Analogie zu lösen. Der dritte Teil der Arbeit ist der Gesetzesumgehung im IPR gewidmet. Auf dem Gebiet des Kollisionsrechts stellen sich die Probleme der Umgehung durch Manipulation von Anknüpfungsmomenten „drängender und reiner“<sup>17</sup> als im Sachrecht. Praktische Probleme und theoretische Einordnung weichen vom Sachrecht ab. Weitere Besonderheiten gelten im Internationalen Zivilverfahrensrecht.

Inhaltlich bleibt die Arbeit auf das Gebiet des Zivilrechts beschränkt. Das soll nicht bedeuten, daß es nur um die Umgehung zivilrechtlicher Normen geht. Im Gegenteil ist die Umgehung öffentlich-rechtlicher Normen in vielen zivilgerichtlichen Entscheidungen von Bedeutung gewesen, z.B. bei Umgehung des Ausländergesetzes durch bestimmte gesellschaftsrechtliche Konstruktionen, bei Umgehung behördlicher Genehmigungspflichten und insbesondere bei der Umgehung zivilprozessualer Vorschriften<sup>18</sup>. Jedoch befaßt sich die Arbeit nur mit der Gesetzesumgehung mit zivilrechtlichen Mitteln, vor allem durch zivilrechtliche Rechtsgeschäfte. Demzufolge finden auch nur die zivilrechtlichen Folgen der Gesetzesumgehung Beachtung.

<sup>17</sup> Schurig, Gesetzesumgehung, S. 385.

<sup>18</sup> Zum AuslG z.B. KG 24. 9. 1996 – 1 W 4534/95, BB 1997, 172; OLG Stuttgart 20. 1. 1984 – 8 W 243/83, MDR 1984, 495. Zu Genehmigungspflichten RG 11. 4. 1906 – Rep. VI. 305/05, RGZ 63, 143 (145); BGH 30. 5. 1951 – II ZR 10/51, LM Nr. 3 zu § 134 BGB; BGH 7. 7. 1977 – III ZR 111/75, WM 1977, 1044. Ein praktisch bedeutsames Beispiel der Umgehung prozessualer Vorschriften ist die Abtretung einer Forderung, um selbst als Zeuge auftreten zu können. Nach RG 3. 1. 1913 – Rep. III 233/12, RGZ 84, 160 ist das möglich, zur Begründung nennt das RG § 393 Abs. 1 Nr. 4 ZPO a.F. Dazu und zur Umgehung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften Römer, S. 3ff.

Die Umgehung auf rein öffentlich-rechtlichem Gebiet – beispielsweise der Fußgänger, der einige Meter neben einer roten Ampel eine Straße überquert<sup>19</sup> – bleibt ausgeklammert. Ebenfalls ausgeklammert wird das Steuerrecht, das die Gesetzesumgehung in einer eigenen Norm regelt, § 42 AO<sup>20</sup>. Auch wenn sich das Steuerrecht vorrangig mit zivilrechtlichen Gestaltungen befaßt, ist es seiner Natur nach öffentliches Recht. Für die Behandlung von Umgehungsfällen gelten daher andere Grundsätze, so besteht im Steuerrecht grundsätzlich ein Analogieverbot. Schließlich ist auch die Perspektive der rechtlichen Wertung eine andere, wenn von der Umgehung nicht nur Privatpersonen, sondern der Fiskus betroffen wird.

---

<sup>19</sup> Beispiel von *Westerhoff*, S. 2.

<sup>20</sup> Dazu ausführlich *Sieker*, insb. S. 18 ff., 27 ff., 181 ff.; zur Auslegung durch die Rechtsprechung BFH 18. 7. 2001 – I R 47/97, ZIP 2001, 2132; ausführlich *Rose/Glorius-Rose* BB 2003, 409. Zur Reform der Vorschrift *Crezelius* DB 2001, 2214.

*Erster Teil*

## Grundlagen der Umgehungslehre

## § 2 Rechtsgeschichte der Gesetzesumgehung

Juristen verschiedener Zeitalter und verschiedener Nationalität sind in Umgehungsfällen zu grundlegend unterschiedlichen Ergebnissen und theoretischen Konstruktionen gekommen. Eine besondere Rolle spielt die jeweilige Auslegungsdoktrin, da es von der Auslegung einer Norm abhängt, inwieweit ihre Umgehung möglich ist. Die Schwerpunkte der folgenden Darstellung liegen auf dem Römischen Recht, das den Ursprung der Umgehungslehre bildet, und auf der Entwicklung der Rechtsprechungspraxis der letzten beiden Jahrhunderte.

### *I. Fraus-legis-Doktrin im Römischen Recht*

Die Bezeichnung von Umgehungsgeschäften als „fraudulöses Handeln“ oder „Handeln in fraudem legis“ enthält einen Hinweis auf den Ursprung der systematischen Auseinandersetzung mit der Gesetzesumgehung im Römischen Recht. Ausgangspunkt war bereits damals die Frage, ob ein vom Wortlaut eines Gesetzes nicht mehr erfaßtes Verhalten dieses Gesetz verletzen kann<sup>1</sup>. In der klassischen Epoche war die Gesetzesanwendung von strengem Formalismus geprägt. Gesetze waren ausschließlich nach ihrem Wortlaut auszulegen, jede Einbeziehung von Sinn und Zweck war ausgeschlossen<sup>2</sup>. Umgehungsgeschäfte hatten daher ihre Hochzeit:

Die römische Findigkeit in der Umgehung der streng formalistisch gefaßten Gesetze führte zu einigen Rechtsinstituten, die heute noch bekannt sind. Das gilt insbesondere für das Einschalten von Strohmännern, die *interposita persona*<sup>3</sup>. Entwickelt wurde auch das fideuziarische Geschäft, durch das die rechtlichen Wirkungen eines bestimmten Rechtsgebietes herbeigeführt, die Rechtsmacht aber nur beschränkt gebraucht werden sollte<sup>4</sup>. Der Fideikommiß diente ursprünglich der Umgehung von Testierverboten<sup>5</sup>. Von besonderer praktischer Bedeutung war das römische Zinsverbot; die verschiedenen Formen der Umgehung sind nur teilweise überliefert<sup>6</sup>: Vorschieben eines Kaufvertrages, Rückzahlung einschließ-

<sup>1</sup> *Behrends*, S. 9f.

<sup>2</sup> Dazu *Honsell*, S. 113ff.; *Römer*, S. 10f.; *Schurig*, Gesetzesumgehung, S. 337f.; *Teichmann* JZ 2003, 761 (762).

<sup>3</sup> *Schurig*, Gesetzesumgehung, S. 377; *Honsell*, S. 115f., dazu auch *Barthelmes*, S. 33.

<sup>4</sup> *Barthelmes*, S. 19.

<sup>5</sup> *Barthelmes*, S. 31f.

<sup>6</sup> *Honsell*, S. 115 mit Nachweisen.

lich Zinsen nicht in Geld, sondern in Weizen, Vereinbarung einer Vertragsstrafe. Das SC. Velleianum verbot Frauen, sich für einen anderen zu verbürgen und Geld aufzunehmen. Auch wenn dieses Verbot weit gefaßt wurde, gab es zahlreiche Umgehungen, insbesondere durch Einschaltung von Stroh Männern auf Gläubiger- oder Schuldnerseite<sup>7</sup>.

Besonders häufig wurden Gesetze umgangen, die unbequeme Eingriffe in das Privatleben enthielten<sup>8</sup>. So wurden Schenkungs-, Testier- und Veräußerungsverbote an Familienangehörige umgangen durch deren vorherige Emanzipation, durch fingierte Kaufverträge oder durch eine Aufteilung der Schenkung in mehrere kleinere Beträge<sup>9</sup>. Zuwendungen wurden in eine Schuld eingekleidet, oder es wurde dem Sklaven übereignet, was der Herr erlangen sollte<sup>10</sup>. Um der Bestrafung wegen Ehebruchs oder Unzucht nach der *lex Julia de adulteriis* zu entgehen, ließen sich Frauen in die Liste der Prostituierten eintragen<sup>11</sup>. Scheinehen, fingierte Verkäufe in *mancipium* und Scheinadoptionen waren andere Mittel zur Erreichung verschiedener Zwecke<sup>12</sup>.

Es ist nicht einfach zu erklären, warum sich die Wortlautauslegung trotz der Umgehungen relativ lange behauptet hat. Einige Autoren gehen zur Begründung von einem archaischen Rechtsverständnis aus, das die Unvollkommenheit der Gesetze nicht erkannte. So weist *Römer* darauf hin, daß es sich um ein „Recht in den Anfängen seiner Entwicklung“ handelt, *Honsell* spricht von der „naiven Auffassung der Frühzeit“<sup>13</sup>. *Barthelmes* vermutet einen „archaisch anmutenden Respekt“ insbesondere vor den XII-Tafel-Gesetzen<sup>14</sup>.

*Behrends* hat jedoch gezeigt, daß diese Erklärung nur einen Teil des tatsächlichen Verständnisses wiedergibt und die römische Auslegungsdoktrin nicht nur auf ein archaisches Verständnis zurückgeführt werden kann<sup>15</sup>. Zur Begründung legt er dar, der römischen Rechtstradition sei die Auslegung eines Gesetzes nach seinem Sinn und Zweck keineswegs fremd gewesen. Im Gegenteil hatten die sog. „*veteres*“ bis in das 2. Jahrhundert v. Chr. durchaus Gesetze auch sinnbezogen aufgefaßt<sup>16</sup>. Es entwickelte sich ein Dualismus der Auslegungslehren, der den klassischen Juristen durchaus bewußt war, wie insbesondere die Reden und Schriften von *Cicero* zeigen<sup>17</sup>. Die strenge Wortlautauslegung beruhte also auf einer bewußten Systementscheidung<sup>18</sup>.

<sup>7</sup> *Barthelmes*, S. 35.

<sup>8</sup> Das galt insbesondere für die *lex Julia* et *lex Papia Poppaea*; *Barthelmes*, S. 30, *Römer*, S. 11.

<sup>9</sup> *Barthelmes*, S. 29; *Behrends*, S. 24f., *Honsell*, S. 115f. Pikanterweise war *Licinius Stolo*, der seinen Sohn emanzipierte und damit eines der ältesten überlieferten Beispiele der Gesetzesumgehung lieferte, der Urheber des von ihm umgangenen Gesetzes.

<sup>10</sup> *Barthelmes*, S. 33.

<sup>11</sup> *Honsell*, S. 120.

<sup>12</sup> *Honsell*, S. 116.

<sup>13</sup> *Römer*, S. 10, *Honsell*, S. 122.

<sup>14</sup> *Barthelmes*, S. 28.

<sup>15</sup> *Behrends*, S. 34 mit Nachweisen zur Gegenmeinung.

<sup>16</sup> *Behrends*, S. 35ff.

<sup>17</sup> *Behrends*, S. 39ff., 61ff., 97ff.; dazu auch *Honsell* S. 113f.

<sup>18</sup> *Behrends*, S. 33ff.; 109.

Die modernere Strömung sah gerade das Rechtsverständnis der veteres als archaisch an, da es auf der Prämisse beruhe, das Recht stelle eine natürliche, die Gerechtigkeit wahrende Ordnung dar. Demgegenüber trennten die klassischen Juristen zwischen dem Gesetzeswortlaut und der Gerechtigkeit. Das Recht habe die Aufgabe, das Handeln der Menschen einzugrenzen. Nach der neueren Auffassung war das Gesetz also nicht der Kern der Rechtsordnung und vor allem nicht das Abbild der Gerechtigkeit, sondern eine Schranke, die die Freiheit der Rechtssubjekte begrenzt<sup>19</sup>. Angesichts der unnachgiebigen Strenge der damals geltenden Gesetze liegt diese Auslegung auch in praktischer Hinsicht nahe: Wenn ein Gesetz die Handlungsfreiheit schon stark einschränkt, soll es das nicht über seinen Wortlaut hinaus tun. Als Konsequenz wurden diejenigen Bereiche, die heute als Auslegung oder Analogie bezeichnet würden, dem Amtsrecht zugewiesen.

Neben dem juristischen spielte auch der geisteswissenschaftliche Hintergrund eine Rolle, insbesondere der Einfluß der Sprachtheorie der skeptischen Akademie des *Karneades*. Dieser lehnte das logisch-physikalische Denken zugunsten der Dialektik ab<sup>20</sup>. Übertragen auf das Recht war damit nicht das System entscheidend, sondern der Wortlaut der einzelnen Norm. Die Wortlautauslegung führte dazu, daß Umgehungen bereits mit gesetzgeberischen Mitteln entgegengetreten werden mußte. Dies bedingte Gesetzesformulierungen, die sehr genau sein mußten; aus heutigem Rechtsverständnis bis an die Grenze der Komik.

Ein amüsanter Beispiel wird bei *Honsell* erwähnt<sup>21</sup>. In der *lex Rubria* werden Prozeßformeln mitgeteilt, die für die Parteienamen Blankette verwenden; der Kläger heißt *L. Seius*, der Beklagte *Q. Licinus*. Das Gesetz weist ausdrücklich darauf hin, daß die Blankettnahmen im Prozeß durch die wirklichen Namen ersetzt werden müssen, es sei denn, daß die Parteien wirklich so heißen.

Einige Gesetze wurden durch immer neue Bestimmungen ergänzt, die bald ebenfalls umgangen wurden. *Cicero* verglich dieses Vorgehen mit einem in seinem Bau angegriffenen schlaun Fuchs, der immer wieder einen Ausweg findet<sup>22</sup>. Für Rechtshistoriker bilden diese Ergänzungen eine Quelle der vorher üblichen Gesetzesumgehungen<sup>23</sup>. Schließlich wurden Gesetze durch nachträgliche Erlasse mit einem ausdrücklichen Umgehungsverbot in Form einer Generalklausel versehen, welche die *fraus legis* der Wortlautverletzung gleichstellte<sup>24</sup>. Jedoch fruchteten diese Ergänzungen nicht viel; offenbar weil die formalen Juristen

<sup>19</sup> *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 75f.; dazu auch *Honsell*, S. 113.

<sup>20</sup> Weiterführend *Behrends*, S. 37f., 63ff.

<sup>21</sup> *Honsell*, S. 113.

<sup>22</sup> Zitiert bei *Honsell*, S. 124; auch *Schurig*, Gesetzesumgehung, S. 377.

<sup>23</sup> *Römer*, S. 10f.; *Teichmann*, S. 4.

<sup>24</sup> *Behrends*, S. 55 (Fn. 128); *Honsell*, S. 117f. mit Hinweisen auf die *lex Fufia* und das Edikt *de pactis*.

## Sachregister

- „Ähnlichkeitskreis“ 165
- AGB-Recht 59ff., 65, 70ff.
- Analogie 84ff., 114ff., 164ff., 211f., 290ff., 287, 372f.
- IPR 290f., 293ff., 304f.
- gesetzliche Umgehungsverbote 57f., 77f.
- Gewohnheitsrecht 304f.
- Grenzen 75, 77f., 116, 164ff., 169ff., 181ff., 185ff., 217f., 297ff., 373
- Methode 176f., 209, 292f.
- Rechtsfolge 177f.
- Regelungslücke 85f., 164f., 167f., 185, 294f., 300
- Römisches Recht 11f.
- Strukturen 164ff.
- Wertung 111ff., 295ff.
- Anerkennung (von Urteilen) 222, 239, 342ff.
- Ablehnung 344ff.
- Folgen 343f.
- Ordre public 320, 325, 343, 345ff., 352, 358f.
- Spiegelbildprinzip 345
- Verbürgung der Gegenseitigkeit 344f.
- Siehe auch* Verfahrensrecht, internationales
- Anknüpfung 219f., 257f., 296
- Arbeitsrecht 1, 49, 78f., 106ff., 116, 128f., 143f., 170ff., 178f., 183, 189, 195ff.
- Anwesenheitsprämien 129
- Arbeitsgerichtsbarkeit 24f. 99f., 195
- befristete Arbeitsverträge 2, 79, 93, 107f., 116, 122, 128, 143, 164, 170ff., 178f., 194f., 197ff., 373
- Besonderheiten 204ff.
- Betriebsübergang 179, 183f., 202f.
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall 124, 143, 203
- Gerichtsstandsvereinbarungen 360f.
- Internationales 258f.
- Kollektives 203f., 206
- Mitbestimmung 314, 368
- „objektive Gesetzesumgehung“ 24f., 107, 128f., 155f., 170, 195f., 205, 207, 272, 336
- Rechtsfortbildung 193ff., 198f.
- Soziale Rechtfertigung 172
- Tarifvertrag 130
- Arglist 277f., 334
- Atypizität 140ff., 162, 262ff.
- Aufrechnungsverbote 2, 83f., 86, 118f., 123, 129f., 134f., 173f., 190, 212
- Aufspaltung 124
- Ausdehnungsfunktion 167
- Auslegung des Gesetzes 26, 80ff., 210f., 290
- Abgrenzung zur Umgehung 84ff., 298
- 18. und 19. Jahrhundert 14f.
- erweiternde 83
- Europäisches Recht 356
- gesetzliche Umgehungsverbote 57f.
- Grenzen 81ff., 84ff.
- IPR 278f., 290
- Kriterien 80f.
- objektive 14
- teleologische 93
- römisches Recht 8ff.
- Umgehungsargument 82f., 87
- „Aushöhlungsrechtsprechung“ 82
- Ausnahмовorschriften
- Ergehung von 61, 65, 68, 213
- Umgehung von 173ff., 212
- Befristete Arbeitsverträge 2, 79, 93, 107f., 116, 122, 128, 143, 164, 170ff., 178f., 194f., 197ff., 373
- Siehe auch* Arbeitsrecht
- Beharrungsinteresse 282f.
- Case Caron 228f.
- Case law 31, 187, 191
- „Centros“-Entscheidung 133, 286, 307f., 311f., 368
- Culpa in contrahendo 189
- DDR 250f., 266, 268, 275, 288, 324
- Derogation 350, 354
- Ehe
- Siehe* Familienrecht

- Eingriffsnormen 352, 356ff.  
 Eingriffsschwelle 120ff., 123ff., 156f., 161ff., 177, 215, 374f.  
 – Begriff 120ff.  
 – Gerichtsstandsklauseln 359ff.  
 – Gesellschaftsrecht 136  
 – Internationales Verfahrensrecht 332, 339ff., 359ff., 369  
 – IPR 223, 246, 263, 272, 274ff., 279, 369  
 – Kriterien 123ff., 161ff., 246ff., 333ff., 369  
 – Schutznormen 127ff., 156  
*Siehe auch* Wertung  
 England 31ff., 187, 248  
 Erbausgleich 226, 293f.  
 Ergehung  
*Siehe* Gesetzesergehung  
 „Erschleichung“  
*Siehe* Gesetzesergehung; Zuständigkeitser-  
 schleichung  
 Exceptio doli praeteriti 235f., 240, 288, 303f.  
*Siehe auch* Rechtsmißbrauch
- Familienrecht 102, 299  
 – Ehe 220, 239, 247ff.  
 – Scheidung 220, 249ff., 265, 324, 332f.  
 – unechte Gesetzesumgehung 243ff., 249, 250f.
- Fernabsatzgeschäfte 61, 63  
 Formvorschriften 118, 150, 158, 239, 252ff., 260, 275f.
- Forum non conveniens 321, 353  
 Forum shopping 222, 244, 316, 317ff., 328, 345  
 – Abgrenzung zur Gesetzesumgehung 320f., 325  
 – Forum non conveniens 321f.  
 – Rechtsfolgen 320ff.
- Frankreich 29ff., 153, 156, 232f., 330f., 335, 344f.
- Fraus legis  
*Siehe* Römisches Recht; Geschichte  
 Freirechtsbewegung 21
- Genehmigungspflichten 103ff., 116, 126, 169, 178, 194
- Gerichtsstand  
*Siehe* Verfahrensrecht, internationales; Gerichtsstandsvereinbarungen  
 Gerichtsstandsvereinbarungen 342, 349ff., 362, 369f.  
 – Arbeitsrecht 360f.
- Derogation 350, 354  
 – Eingriffsnormen/ International zwingende Normen 352, 356ff.  
 – Grenzen 353ff., 361  
 – Inlandsfälle 353f., 356  
 – Prorogation 350, 360  
 – Rechtsnatur 350f.  
 – Verhältnis zur Gesetzesumgehung 352f.  
 – Wertung 363  
 – Wirkung 350f.  
*Siehe auch* Rechtswahl  
 Geschäftszweck 168  
 Geschichte 8ff.  
 – Mittelalter 12f.  
 – Neuzeit 13ff.  
 – Römisches Recht 8ff.  
 Gesellschaftsrecht 64f., 83f., 92f., 100, 111ff., 131ff., 266f.  
 – Abstimmungsverbote 157f.  
 – Entlastung 149  
 – EuGH-Rechtsprechung 133, 307ff., 368  
 – Formvorschriften 252f., 263  
 – Gründungstheorie 266f., 306f.  
 – Grundstücksgesellschaften 158  
 – Internationales 266f., 305ff.  
 – Mantelkauf; Mantelverwertung 112f., 133f.  
 – Qualifikation 228  
 – Selbstorganschaft 132  
 – Sitztheorie 20, 286, 305ff., 368  
 – Squeeze-Out 132  
 – Stammkapital, Aufbringung und Erhaltung 119, 125, 130, 137ff.  
 – Verdeckte Sacheinlage 112, 114f., 134ff.  
 Gesetzesergehung 34ff., 61, 65, 68, 162, 256ff., 296, 326ff., 367, 376  
 – Internationales Verfahrensrecht 326ff.  
 – Sachrecht 329ff.  
*Siehe auch* Zuständigkeitser-  
 schleichung  
 Gesetzeslücke  
*Siehe* Regelungslücke  
 Gesetzesvermeidung 91ff.  
 Gesetzesziel 92ff., 118f., 208, 211, 246, 334  
 – Bestimmung 93f.  
 – Wertung 118, 208  
 Gewohnheitsrecht 182f., 257, 304f.  
 Gläubigerschutz 130f.  
 Gleichstellung 23, 45, 90, 97ff., 116, 164, 177f., 192f., 216, 225, 292, 300  
*Siehe auch* Analogie

- „Gran-Canaria-Fälle“ 223, 233ff., 255, 265, 300, 302  
*siehe auch* Rechtswahl  
 Gründungstheorie 266f., 306f.  
*Siehe auch* Gesellschaftsrecht; Sitztheorie
- Handelsvertreter 129, 142, 230, 356f.  
 „Hapimag-Modell“ 66  
 Haustürgeschäfte 61ff., 74f., 170, 213f., 223, 233ff.  
*Siehe auch* Gran-Canaria-Fälle; Verbraucherschutz
- Heirat  
*Siehe* Familienrecht  
 „Hotelhallenfälle“ 62f., 71, 75, 213
- „Inspire Art“ 307, 310f., 312, 368  
 Institutsmißbrauch 47f.  
 Interessenjurisprudenz 21  
 Internationales Privatrecht (IPR) 25f., 219ff., 364ff.  
 – Anknüpfung 219f.  
 – Arbeitsrecht 258f.  
 – Eingriffsnormen 352, 356ff.  
 – Fallgruppen 247ff.  
 – Gesellschaftsrecht 266f., 305ff.  
 – Insolvenzrecht 257  
 – Interessen 225, 282ff., 298  
 – Ordre public 24, 224, 234, 237, 238, 241ff., 262, 269ff., 314, 317, 320, 348, 352, 357, 358f., 366  
 – Rechtswahl 230ff.  
 – Reichsgericht 19f.  
 – Sachenrecht 260  
 – Strukturen 220ff.  
 – Trägheitsprinzip 298, 300  
 – Umgangene Norm 223ff.  
 – Wertung 246ff., 261ff., 264ff., 278ff., 368f., 375f.  
 Islam 242, 250f., 269
- Kartellrecht 126f.  
 Kollisionsnorm 223ff., 255, 295f., 329, 339f., 365, 376  
 Kollisionsrecht  
*Siehe* Internationales Privatrecht  
 „Kuhverstellung“ 13
- Leasing 67  
 Lex rei sitae 260f.  
 Lohnschiebungsverträge 39, 43
- Mantelkauf, -gründung, -verwertung 112f., 133f.  
*Siehe auch* Gesellschaftsrecht  
 Methodik  
 – Analogie 165ff., 176ff., 181ff., 292ff., 303ff., 376  
 – Ansätze 181ff., 289ff.  
 – Gewohnheitsrecht 182f.  
 – Internationales Verfahrensrecht 330ff., 367  
 – IPR 286ff., 297ff., 366f., 376  
 – Ökonomische Analyse 92  
 – Rechtsfortbildung 186f., 187ff.  
*Siehe auch* Analogie; Auslegung; Rechtsfortbildung
- Natur der Sache 188, 189f., 191, 212  
 Nichtigkeit von Rechtsgeschäften 18, 23f., 45, 90, 99, 101ff., 216  
 Normzweck 168
- „Objektive Gesetzesumgehung“ 24f., 107, 128f., 155f., 170, 195f., 205, 207, 272, 336  
*Siehe auch* Arbeitsrecht  
 Öffentliches Recht 5f.  
 Ökonomische Analyse 92  
 Ordre public 24, 224, 234, 237, 238, 241ff., 262, 269ff., 314, 317, 320, 348, 352, 357, 358f., 366  
 – Abgrenzung zur Gesetzesumgehung 241ff., 269  
 – Als Wertungskriterium 269ff.  
 – Internationales Verfahrensrecht 320, 325, 343, 345ff., 352, 358f.  
 – Positiver 358f.
- Persönlichkeitsrecht 189, 322  
 Positive Vertragsverletzung 189  
 Privatautonomie 126f., 232, 369f.  
*Siehe auch* Gerichtsstandsvereinbarungen; Rechtswahl  
 Prorogation 350, 360  
 Prozeßrecht, internationales  
*Siehe* Verfahrensrecht, internationales  
 Public policy 32
- Qualifikation  
 – des Sachverhalts 38f., 372  
 – IPR 223, 228ff., 232
- Rechtsergänzung  
*Siehe* Rechtsfortbildung

- Rechtsethisches Prinzip 188f., 191, 212  
 Rechtsfortbildung 186ff., 209, 212f., 217, 299, 373, 376  
 – Arbeitsrecht 198f., 217  
 – Begriff 186f.  
 – Grundlagen 187ff.  
 – Sonderfälle 193ff.  
 – Stufen 186  
 – Umgehungsfälle 189ff., 212f.  
 Rechtsgeschichte  
*siehe* Geschichte  
 Rechtsinstitut (Gesetzesumgehung als) 23, 26, 78, 154, 182f., 208f., 272, 372  
 – IPR 365f.  
 – Methodische Ansätze 181ff.  
 – 19. Jahrhundert 15ff.  
 – 20. Jahrhundert 23f.  
 Rechtsmißbrauch 47ff., 145ff., 159, 161, 240f., 313, 366  
 – als Wertungskriterium 146ff., 266ff.  
 – Einrede (exceptio doli praeteriti) 235f., 240, 288, 303f.  
 – Forum shopping 320  
 – Institutsmißbrauch 47f.  
 – Internationales Verfahrensrecht 334f.  
 – IPR 235f., 240f., 266ff., 303f.  
*Siehe auch* Rechtswahl, Mißbrauch  
 Rechtsverkehr 149, 188, 260f.  
 Rechtsvergleichung 28ff.  
 – England 31ff.  
 – Frankreich 29ff.  
 Rechtswahl 230ff.; 301ff., 369f.  
 – „Gran-Canaria-Fälle“ 233ff.  
 – Methodik 301ff.  
 – Mißbrauch 231ff.  
*Siehe auch* Gerichtsstandsvereinbarung  
 Regelungslücke 85f., 164f., 167, 179, 185, 294f., 300  
 Reichsgericht 15ff., 17ff.  
 Révision au fond 347  
 Römisches Recht 1, 8ff.  
*Siehe auch* Auslegung  
 „Roggenklausel“ 105  
  
 Sacheinlage, verdeckte 112, 114f., 134ff.  
*Siehe auch* Gesellschaftsrecht  
 Sachnormen 224ff.  
 Scheidung  
*Siehe* Familienrecht  
 Scheingeschäft 37ff., 102f., 238f.  
*Siehe auch* Simulation  
 Schiedsverträge 354  
 Schuldnerschutz 129ff.  
  
 Schuldrechtsreform 52, 61, 65, 66, 69  
 Schutzfunktion 167, 223, 247, 256ff., 264ff., 337, 375f.  
 Schutznormen 127ff., 151f., 156, 161, 256ff.  
 – IPR 223, 256ff.  
 – Schuldner- und Gläubigerschutz 129ff., 161  
 – Schutzzweck 162f., 223, 254, 256ff., 279, 375f.  
 – „soziale“ Schutznormen 128f., 161, 189  
 – Zulässigkeitsnormen 337  
 Sententia legis 91f.  
*Siehe auch* Gesetzesziel  
 Sicherungsübereignung 2, 28, 117, 150  
 Simulation 3, 23, 27, 37ff., 210, 238ff., 366, 372f.  
 – Gesetzesumgehung: Verhältnis 23, 37ff., 210, 238ff., 289f.  
 – IPR 238ff., 323f., 366  
 – Mittelalter 12f.  
 – 19. Jahrhundert 14f., 16  
 – Römisches Recht 11  
 – Zuständigkeitserschleichung 323f.  
*Siehe auch* Scheingeschäft  
 Sittenwidrigkeit 24, 27, 43ff., 102, 145ff., 159, 210, 269ff.  
 – Gesetzesumgehung: Verhältnis 24, 43ff.  
 – Reichsgericht 18f.  
 – Wertung 148ff., 161, 270  
 Sitztheorie 20, 266, 268, 286, 305ff.  
 – EuGH-Rechtsprechung 308ff., 368  
 – Umgehungsfestigkeit 307  
*Siehe auch* Gesellschaftsrecht  
 Spezialregelungen 169ff., 185, 205f.  
 Spiegelbildprinzip 345, 367  
 Squeeze-Out 132  
 Stammkapital 119, 125, 137ff.  
*Siehe auch* Gesellschaftsrecht  
 Steuerrecht 6, 47, 56  
 Strohmanggeschäfte 39, 160f.  
 Substitution 253  
  
 Täuschungsabsicht 159ff., 162, 239  
 Teilzeitwohnrechte 64f., 65f.  
 Teleologie 115, 346  
 Toleranzschwelle  
*Siehe* Eingriffsschwelle  
 Trägheitsprinzip 298, 300  
  
 „Überseering“ 307, 309f., 311, 368  
 Umgehungabsicht 22f., 26, 104ff., 121f., 124, 153ff., 162, 214, 272ff.

- Begriff 156f.
- IPR 273f.
- Sachrecht 153ff.
- Umgehungsverbote 57
- Umgehungsfähigkeit 90, 94ff.
- Umgehungsfestigkeit 125, 246, 305
- Umgehungskonstruktion 176
- Umgehungsverbote, gesetzliche 4, 17, 52ff., 170, 213f.
- Allgemeine Funktion 71ff.
- Bedeutung 71ff., 73ff., 213f.
- Begriff 52ff.
- Echte/ unechte 53
- Geschichte 17
- Rechtsvergleichung 28
- Umgehungsabsicht 57
- Verbraucherschutz 57ff., 76ff.
- Umgehungsversuch, mißlungener 85, 86f., 89
- Umgehungszweck 124, 154, 157ff., 162, 214f.
- Bedeutung 154ff.
- Begriff 157, 162
- Unechte Gesetzesumgehung 243ff., 249, 250f.
  
- Verbotsgesetze 16, 94, 101f., 183f., 195 210
- Umgehungsgeschäfte und § 134 BGB 98ff., 101f., 183f.
- Zweck- und Wegverbote 96f.
- Verbraucherkreditrecht 66ff.
- Abzahlungsgesetz 57, 58f., 73f.
- Darlehensvermittlungsverträge 66
- Leasingverträge 67
- Verbraucherschutz 57ff., 76ff., 128, 169f., 185, 190, 205, 213f.
- AGB-Recht 59ff., 65, 70ff.
- Internationaler 233ff., 257, 258f.
- „Gran-Canaria-Fälle“ 233ff.
- Haustürgeschäfte 61ff., 170
- Verbraucher Kredite 66ff.
- Siehe auch* Umgehungsverbote, gesetzliche Verbrauchsgüterkauf 69f., 75f., 78, 170
- Verdeckte Sacheinlage
- Siehe* Gesellschaftsrecht; Sacheinlage
- Verfahrensrecht, internationales 315ff., 362f., 364ff.
- Anerkennung 222, 239, 342ff.
- Forum shopping 317ff.
- Gerichtsstandsvereinbarungen 342, 349ff., 369f.
- Ordre public 325, 343, 345ff., 358f.
- Rechtliches Gehör 347f.
- Révision au fond 347
- Vermögensgerichtsstand 326ff., 341, 371
- Zuständigkeitserschleichung 316, 322ff.
- Vertragsumgehung 50f.
- Vinkulierungsklauseln 50, 132
- Vorbehaltsklausel
- Siehe ordre public*
- Vorkaufsrecht 2f., 38f., 50, 119, 165, 186, 192, 292, 372f.
  
- Warenermingeschäft 357
- Wegverbot 96f.
- Wertung 111ff., 208, 215, 246ff., 374f., 375f.
- Analogie 111ff., 176ff.
- Atypizität 141ff.
- Internationales Verfahrensrecht 222, 332ff., 363, 374f.
- IPR 246ff., 261ff., 264ff., 278ff., 368f., 375f.
- Kriterien 123ff., 153ff., 161ff., 280ff.
- Privatautonomie 126f., 369f.
- Sachrecht 111ff., 215f.
- Schutznormen 127ff. (Sachrecht), 256ff. (IPR)
- Sittenwidrigkeit und Rechtsmißbrauch 145ff., 266ff.
- Stufen 117ff.
- Subjektive Seite 136, 153ff. (Sachrecht), 272ff. (IPR)
- Täuschungsabsicht 159ff.
- Umgangenes Gesetz 125ff.
- Zuständigkeitserschleichung 332ff.
- Siehe auch* Eingriffsschwelle
  
- Ziel
- Siehe* Gesetzesziel
- Zuständigkeitserschleichung 222, 316, 322ff., 376
- Abgrenzung 323ff.
- Gerichtsstand des Vermögens 326ff.
- Gesetzesumgehung 325ff., 331
- Objektive 335ff., 363, 369
- Ordre public 346ff.
- Wertung 332ff.
- Siehe auch* Gesetzesergehung
- Zweckverbot 96f.

# Jus Privatum

## Beiträge zum Privatrecht – Alphabetische Übersicht

- Adolphsen, Jens*: Internationale Dopingstrafen. 2003. *Band 78*.
- Assmann, Dorothea*: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. *Band 29*.
- Barnert, Thomas*: Die Gesellschafterklage im dualistischen System des Gesellschaftsrechts. 2003. *Band 82*.
- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
- Beater, Axel*: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
- Beckmann, Roland Michael*: Nichtigkeit und Personenschutz. 1998. *Band 34*.
- Benecke, Martina*: Gesetzesumgehung im Zivilrecht. 2004. *Band 94*.
- Berger, Christian*: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
- Berger, Klaus*: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*.
- Bittner, Claudia*: Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht. 2000. *Band 46*.
- Bodewig, Theo*: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. *Band 36*.
- Braun, Johann*: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
- Brors, Christiane*: Die Abschaffung der Fürsorgepflicht. 2002. *Band 67*.
- Bruns, Alexander*: Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung. 2003. *Band 74*.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. *Band 40*.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. *Band 35*.
- Dethloff, Nina*: Europäisierung des Wettbewerbsrechts. 2001. *Band 54*.
- Dreier, Thomas*: Kompensation und Prävention. 2002. *Band 71*.
- Drexl, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. *Band 31*.
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbauseinandersetzung. 2000. *Band 45*.
- Ebert, Ina*: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. 2004. *Band 86*.
- Einsele, Dorothee*: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. *Band 30*.
- Ellger, Reinhard*: Bereicherung durch Eingriff. 2002. *Band 63*.
- Escher-Weingart, Christina*: Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht. 2001. *Band 49*.
- Giesen, Richard*: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. 2002. *Band 64*.
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
- Gruber, Urs Peter*: Methoden des internationalen Einheitsrechts. 2004. *Band 87*.
- Gsell, Beate*: Substanzverletzung und Herstellung. 2003. *Band 80*.
- Habersack, Mathias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. 1996. *Band 17*.
- Haedicke, Maximilian*: Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung. 2003. *Band 77*.
- Hanau, Hans*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht. 2004. *Band 89*.
- Hau, Wolfgang*: Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. 2003. *Band 83*.
- Heermann, Peter W.*: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24*.
- Heinemann, Andreas*: Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. 2002. *Band 65*.

- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. 2000. *Band 47*.
- Henssler, Martin*: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6*.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12*.
- Hess, Burkhard*: Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26*.
- Hofer, Sibylle*: Freiheit ohne Grenzen. 2001. *Band 53*.
- Huber, Peter*: Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung. 2001. *Band 58*.
- Jänich, Volker*: Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum? 2002. *Band 66*.
- Jansen, Nils*: Die Struktur des Haftungsrechts. 2003. *Band 76*.
- Jung, Peter*: Der Unternehmergesellschaft als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. 2002. *Band 75*.
- Junker, Abbo*: Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2*.
- Kaiser, Dagmar*: Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. 2000. *Band 43*.
- Katzenmeier, Christian*: Arzthaftung. 2002. *Band 62*.
- Kindler, Peter*: Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16*.
- Kleindiek, Detlef*: Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22*.
- Krause, Rüdiger*: Mitarbeit in Unternehmen. 2002. *Band 70*.
- Luttermann, Claus*: Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. *Band 32*.
- Looschelders, Dirk*: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. *Band 38*.
- Lipp, Volker*: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. 2000. *Band 42*.
- Mäsch, Gerald*: Chance und Schaden. 2004. *Band 92*.
- Mankowski, Peter*: Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute. 2003. *Band 81*.
- Merkt, Hanno*: Unternehmenspublizität. 2001. *Band 51*.
- Möllers, Thomas M.J.*: Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18*.
- Muscheler, Karlheinz*: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5*. – Universalsukzession und Vonselbsterwerb. 2002. *Band 68*.
- Oechsler, Jürgen*: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21*.
- Oetker, Hartmut*: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9*.
- Ohly, Ansgar*: „Volenti non fit iniuria“ Die Einwilligung im Privatrecht. 2002. *Band 73*.
- Oppermann, Bernd H.*: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3*.
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Individualität im Zivilrecht. 2001. *Band 52*.
- Peters, Frank*: Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1*.
- Raab, Thomas*: Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. *Band 41*.
- Reiff, Peter*: Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. *Band 19*.
- Reppen, Tilman*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. 2001. *Band 60*.
- Röthel, Anne*: Normkonkretisierung im Privatrecht. 2004. *Band 91*.
- Rohe, Mathias*: Netzverträge. 1998. *Band 23*.
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von*: Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. *Band 39*.

- Saenger, Ingo*: Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. 1998. *Band 27*.
- Sandmann, Bernd*: Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten. 2001. *Band 50*.
- Schäfer, Carsten*: Die Lehre vom fehlerhaften Verband. 2002. *Band 69*.
- Schnorr, Randolph*: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 – 758 BGB). 2004. *Band 88*.
- Schubel, Christian*: Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften. 2003. *Band 84*.
- Schur, Wolfgang*: Leistung und Sorgfalt. 2001. *Band 61*.
- Schwarze, Roland*: Vorvertragliche Verständigungspflichten. 2001. *Band 57*.
- Sieker, Susanne*: Umgehungsgeschäfte. 2001. *Band 56*.
- Sosnitzka, Olaf*: Besitz und Besitzschutz. 2003. *Band 85*.
- Stadler, Astrid*: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. *Band 15*.
- Stoffels, Markus*: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse. 2001. *Band 59*.
- Taeger, Jürgen*: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. *Band 13*.
- Trunk, Alexander*: Internationales Insolvenzrecht. 1998. *Band 28*.
- Veil, Rüdiger*: Unternehmensverträge. 2003. *Band 79*.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge. 1998. *Band 33*.
- Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14*.
- Weber, Christoph*: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht. 2000. *Band 44*.
- Wendehorst, Christiane*: Anspruch und Ausgleich. 1999. *Band 37*.
- Wiebe, Andreas*: Die elektronische Willenserklärung. 2002. *Band 72*.
- Wimmer-Leonhardt, Susanne*: Konzernhaftungsrecht. 2004. *Band 90*.
- Würthwein, Susanne*: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001. *Band 48*.