Ref. jur. Jens-Ulrich Wobst, Greifswald*

Der Vertrauensschutz im fehlerhaften Arbeitsverhältnis

Der Beitrag befasst sich mit der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis. Es werden die unterschiedlichen Rückabwicklungsmöglichkeiten eines Arbeitsvertrages dargestellt. Darauf folgend werden die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis, deren dogmatische Grundlagen und wiederum deren Hintergründe beleuchtet. Kernpunkt des Beitrags ist es, den Vertrauensschutz als zentrales Element der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis herauszuarbeiten.

I. Einführung

Das Arbeitsverhältnis ist für den größten Teil der Bevölkerung eines der wichtigsten Rechtsverhältnisse. Es stellt meist die Lebensgrundlage dar, auf welche sich ein jeder Arbeitnehmer stützt und auf die er vertraut. Grundsätzlich beruht dieses Arbeitsverhältnis auf einem Arbeitsvertrag. Dieser wird von Arbeitnehmern seltener geschlossen, im Gegensatz zu vielen Arbeitgebern, die diesen meist in hoher Anzahl abschließen. Allerdings unterliegt der Arbeitsvertrag nicht der völligen Vertragsfreiheit, sondern muss gewissen Mindestanforderungen genügen. Schon beim Vertragsschluss können solche Verstöße vorliegen, die als Folge die Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehen. Hierfür genügt bereits die Missachtung eines Schriftformerfordernisses aus einer tarifvertraglichen Regelung, aber auch der Verstoß der Vertragsparteien gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten. Unter anderem kann aber auch der Arbeitgeber durch Anfechtung den Arbeitsvertrag rückwirkend vernichten, wenn er zum Beispiel beim Einstellungsgespräch vom Bewerber über Berufserfahrungen oder Qualifikationen getäuscht wurde. Dieses Problem mag in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit zunehmen, da viele Stellenbewerber auf diese Weise versuchen werden, sich gegenüber Konkurrenten durchzusetzen.

In derartigen Fällen ist der abgeschlossene Arbeitsvertrag dann kraft Gesetzes oder durch Ausübung des Anfechtungsrechts nicht wirksam und der vermeintlich erfüllende Arbeitnehmer leistet ohne Vertragsgrundlage. Dies führt zu einem spezifisch arbeitsrechtlichen Problem.[1] Der Arbeitsvertrag, als ein von gegenseitigem Vertrauen gekennzeichnetes Dauerschuldverhältnis, birgt bei einer Rückabwicklung unbillige Schwierigkeiten. Anstatt der sonst üblichen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Leistungen wird daher meist die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis angewendet. Mittels dieser Rechtsfortbildung *contra legem* soll eine für den Arbeitnehmer, als schwächere Partei,[2] gerechtere Abwicklung stattfinden, wenn dieser schutzwürdig ist.

Diese Fragen, die auf das Vertrauen des Arbeitnehmers abzielen, sollen in den Fokus dieser Arbeit gerückt werden. Um aber fundierte Antworten zu finden, werden zunächst die unterschiedlichen Rückabwicklungsmöglichkeiten eines Arbeitsvertrages dargestellt (II.). Anschließend wird auf die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis, deren dogmatische Grundlagen und wiederum deren Hintergründe eingegangen (III.). Mittels dieser Erkenntnisse wird dann der Anwendungsbereich für die Lehre abgesteckt und das Vertrauen des Arbeitnehmers in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt (IV.). Ziel dieser Arbeit ist es, den Vertrauensschutz des Arbeitnehmers als das zentrale Element der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis herauszuarbeiten und dessen Bedeutung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs dieser Lehre deutlich zu machen.

II. Die Rückabwicklung eines Vertrages

Sobald die Nichtigkeit eines Vertrages feststeht oder der Vertrag durch eine Anfechtung erfolgreich vernichtet wird, ist eine Rückabwicklung zumeist das Verlangen von mindestens einem der Kontraktionspartner. Das Ziel ist es, einen möglichst ursprünglichen Zustand wieder herzustellen. Diese Rückgängigmachung der Vermögensverschiebungen erfolgt grundsätzlich nach Bereicherungsrecht, wobei hiervon Ausnahmen gemacht werden, insbesondere auch im Arbeitsrecht.[3]

1. Ein nichtiger Vertrag und seine Rückabwicklung

Der Standardfall ist die Rückabwicklung ungerechtfertigter Bereicherungen durch fehlgeschlagene Leistungen aufgrund eines nichtigen oder vernichtbaren Vertrages mittels der Leistungskondiktion des Bereicherungsrechts gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.[4] Die §§ 812 ff. regeln, dass jeder das ohne Rechtsgrund Erlangte und gegebenenfalls gezogene Nutzungen an den anderen herauszugeben hat, vergleiche unter anderem die §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1. Ist das ursprünglich Erlangte oder die Nutzung bei einer Partei nicht mehr vorhanden, so ist diese Partei gemäß § 818 Abs. 2 zum Wertersatz

* *Jens-Ulrich Wobst* hat an der Universität Greifswald Jura studiert. Der Beitrag entstand aus seiner Studienarbeit im Schwerpunktbereich „Recht der Wirtschaft“ am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht *(Prof. Dr. Hans-Werner Eckert)*. Die Arbeit wurde mit 16,5 Punkten bewertet.

1 Ähnliche Probleme treten aber auch beispielsweise im Gesellschafts- oder Eherecht auf.

2 *Gero Kettler,* Vertrauenstatbestände im Arbeitsrecht, NZA 2001, 928 (928).

3 *Manfred Lieb et al.,* Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 133.

4 Alle Paragraphen ohne Gesetzestextangabe sind solche des BGB.

verpflichtet. Die Wertersatzpflicht bestimmt sich nach h. M. nach dem objektiven Verkehrswert.[5] Die Wertersatzpflicht kann allerdings entfallen, wenn sich die ersatzpflichtige Partei auf Entreicherung[6] gemäß § 818 Abs. 3 berufen kann. Die Berufung hierauf ist jedoch bei einer verschärften Haftung gemäß § 819 Abs. 1 in Verbindung mit § 818 Abs. 4 ausgeschlossen. Diese klar strukturierte Rückabwicklung passt jedoch nicht bei allen Verträgen.

2. Ein nichtiger Arbeitsvertrag und seine Rückabwicklung

Bei einem nichtigen oder durch Anfechtung vernichteten Arbeitsvertrag besteht nur so lange Einigkeit darüber, dass die Rückabwicklung bereicherungsrechtlich erfolgt, wie noch kein Leistungsaustausch stattgefunden hat[7], das Arbeitsverhältnis also noch nicht vollzogen wurde.[8]

Ab der Invollzugsetzung, also dem Beginn der Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer[9], ist umstritten, ob das Bereicherungsrecht zur Rückabwicklung geeignet und anwendbar ist oder ob eine gerechte Lösung nur durch die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zu erreichen ist. Nach dieser Lehre werden Arbeitsverhältnisse, die auf einer fehlerhaften Vertragsgrundlage beruhen, für die Vergangenheit so behandelt, als wäre der Vertrag wirksam. Von der gesetzlichen *ex-tunc*-Wirkung der Vertragsnichtigkeit wird dabei Abstand genommen und nur eine *ex-nunc*-Wirkung angewandt. Für die Vergangenheit bestehen dann die Leistungspflichten fort und eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bleibt ausgeschlossen.[10] Diese Handhabung beruht darauf, dass die erlangte Arbeitsleistung als nicht sachlicher Zufluss nicht ohne weiteres durch den Arbeitgeber wieder herausgegeben werden kann.[11]

5 Palandt/*Sprau*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 818 Rn. 17; MüKo/*Lieb*, BGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2004, § 818 Rn. 44.

6 Ist das tatsächliche nicht mehr Vorhandensein der Bereicherung. Palandt/*Sprau* (Fn. 5), § 818 Rn. 34 ff.; MüKo/*Lieb* (Fn. 5), § 818 Rn 62 ff.

7 *Ulrich Preis,* Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 253; *Hans Brox* et al., Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2007, Rn. 186; Schaub/*Linck,* Arbeitsrechthandbuch, 12. Aufl. 2007, Rn. 48; *Wilhelm Dütz,* Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2007, Rn. 117 f.; *Wolf-Dietrich Walker,* Der Vollzug des Arbeitsverhältnisses ohne wirksamen Arbeitsvertrag, JA 1985, 138, (140); *Ivo Natzel,* Rückwirkende Anfechtung des Arbeitsvertrages – Täuschung über Schwerbehinderteneigenschaft beim Einstellungsgespräch, Anm. z. BAG Urt. v. 03.12.98 – 2 AZR 754/97, SAE 1999, 216 (221).

8 *Abbo Junker,* Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2008, Rn. 193.

9 MüHdbArbR/*Richardi*, 2. Aufl. 2000, § 46 Rn. 65; *Lutz Michalski,* Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2005, Rn. 203; *Theo Mayer-Maly,* Anm. z. BAG 18.04.1968, AP Nr. 32 zu § 63 HGB; BAG 30.04.1997 – 7 AZR 122/96.

10 *Walker* (Fn. 7), 148; *Rolf Sack,* Der rechtswidrige Arbeitsvertrag, RdA 1975, 171 (174); BAG 10.03.1960, AP Nr. 2 zu § 138; *Alfred Hueck,* Anm. z. BAG 10.03.1960, AP Nr. 2 zu § 138; *Jacob Joussen,* Der Vertrauensschutz im fehlerhaften Arbeitsverhältnis, NZA 2006, 963 (964).

11 Zum erlangten Zufluss des Arbeitgebers und dem möglichen Inhalt des Herausgabeanspruchs des Arbeitnehmers siehe unten.

Sowohl die Anwendung des Bereicherungsrechts als auch die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis lassen sich in der Rechtssprechung wie in der Lehre finden.

a) Rechtsprechungsüberblick

Die Rechtsprechung behandelte einen nichtigen oder vernichtbaren Arbeitsvertrag im Laufe der letzten 80 Jahre äußerst differenziert.

aa) Wirkung ex tunc

So ließ das RAG einen nichtigen oder durch Anfechtung vernichteten Arbeitsvertrag mit Wirkung *ex tunc* entfallen, obwohl dieser in Vollzug gesetzt war und folgte damit streng den gesetzlichen Vorgaben.[12]

bb) Wirkung ex nunc

In Abkehr hiervon ließen einige wenige Arbeitsgerichte nach der Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses eine *ex-tunc*-Wirkung nicht zu. Eine rückwirkende Anfechtung sei bei einem in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnis nicht möglich, da sich das entstandene personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis nicht rückabwickeln lasse.[13] Mit der gleichen Begründung entschied das BAG 1957. Bei einem nichtigen Arbeitsverhältnis sollte keine Rückwirkung einsetzen, sondern nur eine Wirkung *ex nunc*.[14] Auch die Rechtsfolge der Anfechtung aus § 142 Abs. 1 wurde auf die *ex-nunc*-Wirkung beschränkt.

cc) Einschränkungen der Wirkung ex nunc

Dieser Grundsatz wurde in der Fortentwicklung 1963 vom BAG dahingehend eingeschränkt, dass bei Verstößen gegen allgemeine Strafgesetze oder in Fällen besonders schwerer Mängel doch die gesetzlich vorgesehene *ex-tunc*-Wirkung der Nichtigkeit greifen sollte.[15] Dieses wurde unlängst vom BAG im Jahre 2004 bestätigt.[16]

Eine weitere Relativierung der generellen *ex-nunc*-Wirkung beim unwirksamen Arbeitsvertrag erfolgte 1982. Das BAG ließ die Anfechtung zumindest auf den Zeitpunkt der Außerfunktionssetzung des Arbeitsverhältnisses zurückwirken, da eine *contra legem* vollzogene *ex-nunc*-Wirkung sich dogmatisch nur durch sachlich gebotene Gründe rechtfertigen lasse. Für diesen Zeitraum lägen aber keine sachlichen Gründe vor.[17] Eine Quasi-Außervollzugsetzung wurde später auch im Falle der Arbeitnehmerkrankschreibung angenommen, so dass in noch mehr Fällen eine zumindest teilweise Rückkehr

12 RAG 16.03.1929, Bensheimer Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Bd. 5, Nr. 119, S. 470 ff.; RAG 29.03.1931, Bensheimer Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Bd. 13 Nr. 92, S. 391 ff.

13 LAG Frankfurt 25.01.1949, RdA 1949, 469.

14 BAG 15.11.1957, AP Nr. 2 zu § 125.

15 BAG 25.04.1963, AP Nr. 2 zu § 611; BAG 01.04.1976, AP Nr. 34 zu § 138.

16 BAG 03.11.2004, AP Nr. 25 zu § 134.

17 BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123.

zur *ex-tunc*-Wirkung erfolgte.[18] Dem entsprechend wollte das BAG im Falle der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung generell zur gesetzlichen *ex-tunc*-Wirkung des § 142 Abs. 1 zurückkehren.[19]

So wandelte sich die Rechtssprechung von der Anwendung der gesetzlichen *ex-tunc*-Wirkung über die pauschale Annahme der *ex-nunc*-Wirkung hin zur grundsätzlichen Annahme der *ex-nunc*-Wirkung mit Ausnahmen. Dies verdeutlicht, dass die Behandlung eines nichtigen Arbeitsvertrages unklar ist.

b) Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung

Naheliegend wäre zunächst eine normale Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht. Diese Möglichkeit wird verstärkt in der Literatur angenommen, da das Bereicherungsrecht auch im Arbeitsrecht zu sachgerechten Ergebnissen führe.[20] Zu praktischen Schwierigkeiten der Rückabwicklung und Benachteiligungen des Arbeitnehmers führe diese nicht. [21]

Dabei besteht heute Einigkeit zumindest darüber, was das Erlangte des Arbeitgebers im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 ist. Dies ist nicht der Nutzen der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber, also die tatsächliche Arbeitsleistung auf Arbeitnehmerseite,[22] sondern der Vertragsgegenstand selbst, also die potentielle Arbeitsleistung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer hingegen erlangt den Lohn.[23]

Da die Arbeitsleistung regelmäßig dem Vermögen des Arbeitgebers zufließt und von diesem nicht mehr zu separieren sein wird,[24] ist zumeist Wertersatz nach § 818 Abs. 2 zu leisten. Bei der Berechnung des Wertersatzes werden hingegen unterschiedliche Meinungen vertreten. Während die einen den objektiv zu bestimmenden Lohn, der aus dem marktüblichen Lohn und gegebenenfalls aus Tariflohn zu ermitteln ist, als Wertersatz sehen,[25] vertreten andere den Standpunkt, der Arbeitnehmer könne den vereinbarten Lohn herausverlangen.[26] Teilweise soll der objektive Lohn sich auch aus dem üblichen Lohn und den Zulagen zusammensetzen, wobei die Zulagen einen Bezug zum wirtschaftlichen Wert der Arbeit haben.[27]

Auch das soziale Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers und der damit zu leistende Wertersatz für Zeiten der Nichtarbeit werden unterschiedlich beurteilt. So soll der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ nach einer Ansicht durchgängig angewendet werden und somit beispielsweise kein Urlaubsentgelt beim Wertersatz bedacht werden.[28] Andere wiederum wollen auch Wertersatz für Urlaubsentgeltansprüche oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gewähren.[29]

Im Rahmen des § 818 Abs. 3 besteht, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen,[30] wieder Einigkeit dahingehend, dass sich der Arbeitgeber nicht auf die Entreicherung berufen können soll.[31]

Ebenso sollen alle Schutz- und Nebenrechte gewährleistet bleiben,[32] beispielsweise der Sozialversicherungs- und Pfändungsschutz. Die Pflicht zum Sozialversicherungsschutz besteht jedenfalls im gültigen Arbeitsverhältnis.[33] Dieses entfällt allerdings im Rahmen der Rückabwicklung. Jedoch knüpfe die Sozialversicherungspflicht an den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses an, welches auch im Rahmen der Rückabwicklung nicht entfalle.[34] Einigkeit besteht auch darüber, dass der Bereicherungsanspruch denselben Pfändungsschutz wie der Lohnanspruch genieße. Das sei dadurch gewährleistet, dass der Begriff des Arbeitseinkommens im Sinne des § 850 ZPO alle Ansprüche aus der Arbeitsleistung aus dem Arbeitsverhältnis umfasse.[35] Differenzen tun sich allerdings bei der Betriebszugehörigkeit auf. An diese werden unter anderem Rechte und Pflichten aus dem BetrVG und möglicherweise betriebszugehörigkeitsgestaffelte Vergütungsgruppen gebunden. Einige sehen diese Rechte und Pflichten nicht verloren, da diese nur die reine Eingliederung in den Betrieb verlangen.[36] Andere erachten zumindest einige betriebliche Regelungen als vom wirksamen Arbeitsvertrag abhängig, wodurch diese Rechte bei der Rückabwicklung verloren gehen würden.[37]

18 BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123.

19 BAG 29.08.1984, AP Nr. 27 zu § 123.

20 *Natzel* (Fn. 7), 220; *Burckhard Boemke,* Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, 1996, S. 484 f.; *Volker Beuthien,* Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als bürgerlich-rechtliches Abwicklungsproblem, RdA 1969, 161 ff.; *Winfried Boecken,* Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1999, ZfA 2000, 379 (448).

21 *Natzel* (Fn. 7), 220 ff.; *Boemke* (Fn. 20), S. 484 f.; *Beuthien* (Fn. 20), 161 ff.

22 So noch *Hans Brox*, Die Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen, BB 1964, 523 (527).

23 *Boemke* (Fn. 20), S. 483; *Beuthien* (Fn. 20), 164; Schaub/*Schaub* (Fn. 7), § 35 Rn. 36; *Walker* (Fn. 7), 141; Lohnerlangung: Der Arbeitnehmer erlangt bei Barauszahlung Eigentum und Besitz am Geld oder bei Lohnüberweisung einen Gutschriftanspruch gegen seine Bank gemäß § 676 g.

24 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 65.

25 *Boemke* (Fn. 20), S. 484.

26 *Beuthien* (Fn. 20), 168 f.

27 *Natzel* (Fn. 7), 223.

28 *Boemke* (Fn. 20), S. 486.

29 *Beuthien* (Fn. 20), 170.

30 Nach *Beuthien* (Fn. 20), 161 ff., liege in der Arbeit der Lohnwert, welchen sich der Arbeitgeber unverlierbar zunutze gemacht hat, indem er die Arbeitsleistung annahm. Nach MüKo/*Lieb* (Fn. 5), § 818 Rn. 36 und 96, soll die Berufung auf die Entreicherung dem Arbeitgeber verwehrt bleiben, wenn der Arbeitnehmer durch den fehlerhaften Vertrag das Risiko der Verwendungsmöglichkeit übernommen hat.

31 *Beuthien* (Fn. 20), 167; *Boemke* (Fn. 20), S. 500; MüKo/*Lieb* (Fn. 5), § 818, Rn. 36 und 96.

32 *Beuthien* (Fn. 20), 170; *Boemke* (Fn. 20), S. 334 f.

33 Vgl. SGB IV.

34 *Beuthien* (Fn. 20), 170; *Boemke* (Fn. 20), S. 352 f.

35 *Beuthien* (Fn. 20), 168; *Boemke* (Fn. 20), S. 501.

36 *Beuthien* (Fn. 20), 170.

37 *Natzel* (Fn. 7), 224.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines Arbeitsverhältnisses als durchaus möglich erachtet wird, allerdings Differenzen von der Höhe des Wertersatzes bis hin zur Betriebszugehörigkeit bestehen. Aufgrund dieser Uneinigkeiten lehnen einige Stimmen die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ab.

c) Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis

Die Rechtsfolgen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung werden von den Vertretern der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis als unerwünscht angesehen. Dieses Ergebnis soll durch eben jene Lehre vermieden werden.[38] Deren Inhalt, Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind heute klar umrissen.[39]

aa) Inhaltliche Ausgestaltung der Lehre

Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis behandelt ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis[40] für die Zeit seines Vollzuges als fehlerfrei. Die Fehlerhaftigkeit des Vertrages soll also für die Vergangenheit keinen Einfluss auf die ursprünglich gewollten Leistungen und Leistungspflichten der Parteien haben.[41] Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ergreift nach der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis das Rechtsverhältnis nicht von Anfang an, sondern nur *ex nunc* ab der Lossagung. Auch die Wirkung des § 142 Abs. 1 wird teleologisch auf eine *ex-nunc*-Wirkung reduziert, sodass keine Rückabwicklung stattfindet.

Es finden ebenfalls die arbeitsrechtlichen Schutznormen und Nebenrechte, welche schon im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung erläutert wurden, für die Vergangenheit Anwendung.[42] Für die Zukunft hingegen lässt sich das Arbeitsverhältnis durch eine einfache Lossagung sofort beenden, also leichter als ein fehlerfreies, bei dem die gesetzlichen Kündigungsvorschriften eingehalten werden müssen.[43] Die Anwendbarkeit der Lehre hängt aber von einigen Voraussetzungen ab.

bb) Voraussetzungen

Hierfür muss ein abgeschlossener, aber nichtiger Arbeitsvertrag vorliegen, das Arbeitsverhältnis in Vollzug gesetzt sein und es dürfen keine grundlegenden Interessen der Rechtsordnung der Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis entgegenstehen.[44] Andernfalls bleibt es bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Arbeitsverhältnisses.[45]

(1) Nichtiger oder vernichtbarer Arbeitsvertrag

Zunächst muss also ein nichtiger oder vernichtbarer Arbeitsvertrag vorliegen.[46] Hierzu muss eine erklärte Willensübereinstimmung zwischen den Parteien gegeben sein.[47] Eine rein faktische Begründung eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ist nicht möglich,[48] wodurch eine aufgedrängte Arbeitsleistung vom Anwendungsbereich der Lehre ausscheidet.[49] Daher ist in diesem Fall die Bezeichnung als „faktisches Arbeitsverhältnis“ auch verfehlt.[50]

(2) Involzugsetzung

Weiterhin muss das Arbeitsverhältnis in Vollzug gesetzt worden sein. Das heißt, der Arbeitnehmer muss mit der Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung begonnen haben.[51] Dies muss nach dem Willen beider Parteien erfolgen.[52]

Ebenso darf keine Außervollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses vorliegen. Diese ist das Spiegelbild der Involzugsetzung. Die Erbringung der vertraglichen Leistungen darf also nicht beendet worden sein.[53] Liegt eine Außervollzugsetzung vor, so ist die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ab diesem Zeitpunkt nicht mehr anwendbar.[54]

38 *Wolfgang Zöllner* et al., Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 152; *Junker* (Fn. 8), Rn. 193.

39 *Junker* (Fn. 8), Rn. 193; *Rainer Wörlen* et al., Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2007, Rn. 91; *Joussen* (Fn. 10), 963.

40 Ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn der Arbeitnehmer Arbeit geleistet hat, ohne dass eine wirksame Vertragsgrundlage bestand. Vgl. BAG 03.11.2004, AP Nr. 25 zu § 134; Schaub/*Schaub* (Fn. 7), § 35 Rn. 32 ff.; *Zöllner* (Fn. 38), S. 151.

41 ErfurterK/*Preis,* BGB, 8. Aufl. 2008, § 611 Rn. 172; *Joussen* (Fn. 10), 964; *Wolfgang Hromadka* et al., Arbeitsrecht Bd. 1, 3. Aufl. 2005, § 5 Rn. 149; *Wörlen* (Fn. 39), Rn. 92.

42 BAG 15.01.1986, AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG; *Preis* (Fn. 7), S.263; MüKo/*Müller-Glöge,* BGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2009, § 611 Rn. 639; *Christian Rolfs,* StuKo Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2007, Abschnitt 11, § 611 Rn. 47.

43 BAG 11.11.1983, AP Nr. 38 zu § 123; *Eduard Picker,* Die Anfechtung von Arbeitsverträgen, ZfA 1981, 1 (43 ff.); *Joussen* (Fn. 10), 964; *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 150; *Brox* (Fn. 22), S. 527.

44 *Joussen* (Fn. 10), 964.

45 *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 147.

46 *Rolfs* (Fn. 42), Abschnitt 11, § 611 Rn. 46; *Walker* (Fn. 7), 148; *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 144.

47 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 62; Staudinger/*Richardi,* BGB, 13. Aufl. 2005, § 611, Rn. 184; *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 144; *Zöllner* (Fn. 38), S. 146; *Herbert Wiedemann,* Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 76.

48 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 62; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 184; *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 144; *Zöllner* (Fn. 38), S. 151; MüKo/*Müller-Glöge* (Fn. 42), § 611 Rn. 638.

49 BAG 16.03.1972, AP Nr. 11 zu § 611.

50 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 62; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 184.

51 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 65; *Michalski* (Fn. 9), Rn. 203; *Mayer-Maly* (Fn. 9), BAG 18.04.1968, AP Nr. 32 z. § 63 HGB; BAG 30.04.1997 – 7 AZR 122/96. Das BAG ließ in einer Entscheidung das Erscheinen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz und den anschließenden Erhalt von Informationsmaterial über die zukünftige Tätigkeit als Involzugsetzung genügen, BAG 18.04.1968, AP Nr. 32 z. § 63 HGB; zustimmend in der Literatur nur *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 146.

52 *Joussen* (Fn. 10), 964; *Rolfs* (Fn. 42), Abschnitt 11, § 611, Rn. 46.

53 BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123.

54 BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123. Streitig ist in der Literatur, ob Urlaubs- oder Krankheitsphasen zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis gehören oder ob diese über das Kriterium der Außervollzugsetzung ausscheiden, vgl. *Wolfgang Hromadka,* Anm. zu BAG 03.12.1998 in EWiR 1999, 439 (440); *Burckhard Boemke,* Anm. z. BAG 03.12.1998, JuS 1999, 1244 (1244); *Hans-Jürgen Dörner,* Anm. zu BAG 03.12.1998, ZFSH/SGB 1999, 289 (293).

(3) Kein Entgegenstehen grundlegender Interessen

Eine weitere Voraussetzung ist, dass der Anwendung keine grundlegenden Interessen der Rechtsordnung entgegenstehen. In Betracht kommen etwa ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen ein Strafgesetz oder ein Entgegenstehen der Schutzvorschriften des Minderjährigenrechts.[55] Dieses Kriterium greift also immer dann korrigierend ein, wenn die Grundvoraussetzungen der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zwar erfüllt sind, aber ihrer Anwendung gesetzliche Grundgedanken widersprechen würden. Liegen zunächst aber alle Voraussetzungen vor, so findet die Lehre mit ihrer Rechtsfolge Anwendung.

cc) Rechtsfolge

Nach überwiegender Ansicht hat die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zur Folge, dass die Nichtigkeit und die Anfechtung entgegen der gesetzlichen Bestimmungen nur noch *ex nunc* wirken und nicht *ex tunc*. Dies soll durch eine teleologische Reduktion der Nichtigkeits- und Anfechtungsfolge erreicht werden.[56]

Eine differenziertere Betrachtung nimmt *Richardi* vor, der die Nichtigkeit schon von Anfang an auf den Arbeitsvertrag wirken lässt, jedoch im Anwendungsfall der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis den Parteien ein Berufen auf die Nichtigkeit untersagt.[57] Diese Regelung sei die einzig mögliche, da Nichtigkeit zwangsläufig von Anfang an eintrete. Eine Unsicherheit in Bezug auf die Wirksamkeit des Vertrages bestehe nicht. Bei der Anfechtung hingegen stimmt auch *Richardi* der teleologischen Reduktion zu. Der zunächst wirksame Vertrag werde erst durch die Anfechtungserklärung vernichtet. Diese Vernichtung lasse sich zeitlich reduzieren.[58]

Eine solche Differenzierung wird zudem in § 20 des Diskussionsentwurfes des „Professorenforums Arbeitsvertragsgesetz" des Arbeitsvertragsgesetzes vom Oktober 2007 getroffen, welcher auch von der Unmöglichkeit der Berufung auf die Nichtigkeit ausgeht.[59]

Im Ergebnis haben beide Ansichten die gleiche Wirkung. Allerdings wird bei letzterer Ansicht der Unterschied zwischen dem Gestaltungsrecht der Anfechtung und der reinen Nichtigkeit deutlicher. Außerdem ist der Zeitpunkt, ab welchem im Falle der Nichtigkeit eben diese eintritt, kaum zu bestimmen. Daher ist der dogmatisch klaren Lösung von *Richardi* zu folgen.

So klar umrissen wie die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis sind, so unklar hingegen ist das Fundament dieser Rechtsfortbildung.

III. Die Begründungen der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis und ihre Einschränkungen im Anwendungsbereich

1. Methodische Grundlagen

Eine Rechtsfortbildung ist immer dann vorzunehmen, wenn das gesetzliche Regelwerk nicht alle Rechtsfragen erfasst.[60] Diese Rechtsfortbildung kann zum einen dadurch stattfinden, dass eine Lücke im Gesetz geschlossen wird. Ein solcher Lückenschluss stellt die schwächste Art der Rechtsfortbildung dar, da nur das lückenhafte Gesetz im Sinne des Regelungsgefüges vervollständigt wird.[61] Es wird also nicht entgegen der gesetzlichen Regelungen gehandelt.[62]

Weiterhin kann eine Rechtsfortbildung auch *contra legem*, also entgegen der gesetzlichen Regelungen, stattfinden.[63] Eine solche Rechtsfortbildung ist zwar zulässig, dies aber nur dann, wenn sie mit den herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen einhergeht und die vom Gesetzgeber getroffene Regelung zu einem Ergebnis führt, das im Widerspruch zu allgemeinen Regeln der Rechtsordnung steht[64], also die Rechtsfolge aus schwerwiegenden Gründen unvertretbar erscheint.[65] Eine solche Rechtsfortbildung erfordert eine genaue Begründung, die auch im Einzelfall tragen muss, da die Rechtsfortbildung *contra legem* andernfalls unzulässig ist.[66]

Da die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis nicht gesetzlich geregelt ist, muss diese also als Rechtsfortbildung tragbar sein. Weiterhin kann die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis dann nicht mehr anzuwenden sein und das Arbeitsverhältnis ist nach den gesetzlichen Regelungen rückabzuwickeln, wenn die Begründung im konkreten Fall nicht mehr zum Tragen kommt.[67]

---

55 *Joussen* (Fn. 10), 964; *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 147; BAG 03.11.2004, AP Nr. 25 zu § 134.

56 ErfurterK/*Preis* (Fn. 41), § 611 Rn. 170; *Joussen* (Fn. 10), 964; *Kettler* (Fn. 2), 933; MüKo/*Müller-Glöge* (Fn. 42), § 611 Rn. 638.

57 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 64; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 194.

58 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 64; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 194.

59 Internetseite: http://www.arbvg.de Downloadlink: http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-0A000F0A-B89CB07B/bst/Diskussionsentwurf%20ArbVG%20-%20DIN%20A4%20ARIAL%20Druck%20November%202007%20-%20Endfassung.pdf (zuletzt besucht am 28.08.2008).

60 *Bernd Rüthers,* Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, Rn. 822; *Curt Wolfgang Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 138.

61 *Karl Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 370 ff., 413 ff.

62 *Rüthers* (Fn. 60), Rn. 828.

63 *Hergenröder* (Fn. 60), S. 138; *Larenz* (Fn. 61), S. 413 ff.; *Rüthers* (Fn. 60), Rn. 827; *Reinhold Zippelius,* Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, S. 80.

64 *Larenz* (Fn. 61), S. 413 ff.; *Zippelius* (Fn. 63), S. 80; *Rüthers* (Fn. 60), Rn. 932.

65 *Rüthers* (Fn. 60), Rn. 826.

66 *Joussen* (Fn. 10), 965; BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123; *Hans Brox,* Anm. z. BAG 16.9.1982, AP Nr. 24 zu § 123.

67 *Joussen* (Fn. 10), 965.

2. Die Begründungen

Sowohl in der Lehre als auch in der Rechtssprechung finden sich unterschiedliche Begründungen, die die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zu tragen versuchen.

a) Gesetzeslücke

Die zunächst bestmögliche Begründung wäre das Vorliegen einer Gesetzeslücke, die durch diese Lehre geschlossen würde. In diesem Fall müsste die Lehre nicht *contra legem* angewendet und gerechtfertigt werden, sondern wäre nur als Lückenschluss zu rechtfertigen.

Von einer solchen Gesetzeslücke im Bereicherungsrecht geht namentlich einzig *Richardi* aus.[68] Zwar hält *Richardi* das Bereicherungsrecht prinzipiell im Arbeitsrecht für anwendbar, da jeder Arbeitnehmer, der ohne wirksamen Arbeitsvertrag arbeitet, eine Leistung ohne Rechtsgrund erbringt. Doch scheitere eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung an der fehlenden Kondizierbarkeit erbrachter Arbeitsleistungen, da die §§ 812 ff. nur von einer Sache i. S. d. § 90 als erlangtes Etwas ausgingen.[69] In Bezug auf Dienst- und Werkverträge bestehe also eine Lücke, welche durch die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zu schließen sei.

Allerdings lässt sich *Richardis* Ansicht schon der Wortlaut „Etwas" des § 812 Abs. 1 S. 1 entgegenhalten, der seine Ausformung durch ständige Rechtsprechung und Lehre erhalten hat. Das erlangte Etwas im bereicherungsrechtlichen Sinne ist danach jeder vermögenswerte Vorteil.[70] Zumindest im Rahmen der Leistungskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ist daher das erlangte Etwas alles, was nach dem Parteiwillen Gegenstand des Austausches bzw. der Verpflichtung ist.[71] Andernfalls hätte der Gesetzgeber sonst den Begriff der Sache im Sinne des § 90 verwenden können.

Weiterhin lässt sich *Richardis* Ansicht der § 818 Abs. 2 entgegenhalten. Dieser sieht eine Wertersatzpflicht für den Fall vor, dass die Herausgabe des Erlangten aufgrund der Beschaffenheit nicht möglich ist. Die Herausgabe einer Sache ist jedoch stets möglich, zumindest solange diese noch vorhanden ist. Schon dadurch wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Anwendung des Bereicherungsrechts auch bei nicht körperlichen Zuflüssen vorsieht.

So überzeugt die Argumentation *Richardis* nicht. Auf eine Einschränkung auf eine Sache als Kondiktionsgegenstand deutet keine der möglichen Auslegungsarten hin. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis kann sich daher nicht auf eine Regelungslücke stützen und bleibt somit eine Rechtsfortbildung *contra legem*.[72]

b) Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis

Früher nahmen das BAG und Teile der Lehre an, dass durch die Invollzugsetzung personenrechtliche Bindungen entstünden, die sich nicht rückgängig machen ließen.[73] Dieses personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis sollte das Charakteristikum des Arbeitsverhältnisses sein.[74] Die heutige Abkehr von dieser Begründung wurzelt darin, dass ein Gemeinschaftsverhältnis eine „Gemeinschaft" im Sinne der §§ 741 ff. oder eine „Gesellschaft" im Sinne der §§ 705 ff. verlangt. Außerdem treten durch den Ausdruck der Gemeinschaft die widerstrebenden Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht deutlich hervor.[75] Selbst das BAG hat die Abkehr von dieser Begründung deutlich gemacht, indem es formulierte, dass das Arbeitsverhältnis seinerzeit noch als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis angesehen worden sei.[76] Nach heutiger Ansicht wird dieser Begründung dadurch die Argumentationsgrundlage entzogen, dass das Arbeitsverhältnis nicht mehr als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis eingestuft wird.

c) Natur des Dauerschuldverhältnisses und Eigenart der Dienstleistung

Des Weiteren könnte eine dogmatische Begründung der Lehre in der Natur des Dauerschuldverhältnisses und der Eigenart des Dienstleistungsversprechens zu suchen sein. Nach dieser Begründung sei generell auf alle Dauerschuldverhältnisse das bereicherungsrechtliche Prinzip der Rückgewähr ausgetauschter Leistungen nicht anwendbar.[77] Das tatsächliche Verhältnis sei bei Dauerschuldverhältnissen nicht ohne Weiteres rückabzuwickeln. Gerade der Charakter der Arbeit als Dienstleistung, welche dem Vermögen des Arbeitnehmers zwangsläufig und unwiederbringlich zufließe, mache eine direkte Rückabwicklung unmöglich.[78] Dies liege eben daran, dass kein Erfolg wie bei einem Werkvertrag vorliege, welcher Gegenstand einer neuen Transaktion sein könne.[79] Auch das Faktum des Beginns des Leistungsaustausches und der Dienstverrichtung sei nicht wieder aus der Welt zu schaffen.[80] Dem Dauerschuldverhältnis solle damit eine gestei-

68 Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 178; MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 57.

69 Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 178; MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 57.

70 Palandt/*Sprau* (Fn. 5), § 812 Rn. 16; BGHZ 55, 123 (131).

71 Palandt/*Sprau* (Fn. 5), § 812 Rn. 16.

72 BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123; *Beuthien* (Fn. 20), 161 ff.; *Joussen* (Fn. 10), 965; BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123; *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123.

73 BAG 15.11.1957, AP Nr. 1 zu § 611; *Wiedemann* (Fn. 47), S. 77; *Alfred Hueck et al.*, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. 1, 6. Aufl. 1959, S. 167.

74 BAG, 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123.

75 MüKo/*Müller-Glöge* (Fn. 42), § 611 Rn. 127.

76 BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123.

77 *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123.

78 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 62.

79 Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 186.

80 BAG 15.11.1957, AP Nr. 2 zu § 125; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 186.

gerte Bestandskraft zukommen,[81] was durch die Bereiche bestätigt werde, in denen der Gesetzgeber Regelungen getroffen habe, wie beispielsweise im Ehe- oder Gesellschaftsrecht.[82]

Jedoch verkennt diese Ansicht, dass es nicht um die Rückgängigmachung des tatsächlichen Arbeitsverhältnisses geht. Dies ist für die Vergangenheit als feststehendes Faktum nicht mehr zu beseitigen.[83] Rückgängig gemacht werden sollen lediglich die Rechtsfolgen, die an gewisse Tatsachen der Vergangenheit anknüpfen.[84] Dass der Gesetzgeber diese Rückabwicklung vorsieht, ergibt sich schon aus § 818 Abs. 2.[85] Weiterhin kann auch nicht überzeugen, dass jedes Dauerschuldverhältnis eine erhöhte Bestandskraft genießt. Gerade dadurch, dass in einigen Bereichen eine gesetzliche Regelung besteht[86], wird deutlich, dass eben dies eine Ausnahme sein soll. Daher ist hieraus ein Rückschluss auf das Arbeitsverhältnis nicht möglich. Selbst wenn man aus diesen gesetzlich anders geregelten Bereichen einen solchen Rückschluss auf einen erhöhten Bestandsschutz zulassen wollte, so müsste eine vergleichbare Interessenlage und Schutzrichtung zwischen diesen Dauerschuldverhältnissen und dem ungeregelten Arbeitsverhältnis bestehen. Betrachtet man allerdings die Basis im Gesellschafts- und Eherecht, so wird deutlich, dass dort eine Rückabwicklung überwiegend aus Drittschutzgründen wie Gläubigerschutz nicht stattfindet[87]; ein solcher Drittschutz ist jedoch im Arbeitsverhältnis nicht gegeben. Hier stehen ausschließlich die Interessen der Vertragsparteien im Vordergrund.[88] Mangels einer solchen vergleichbaren Interessenlage und Schutzrichtung ist also auch ein derartiger Rückschluss auf einen erhöhten Bestandsschutz nicht möglich. Somit lässt sich aus der Natur der Dauerschuldverhältnisse und der Eigenart des Arbeitsvertrages als Dienstleistungsversprechen keine Begründung zur Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis herleiten.

d) Praktikabilitätserwägungen

Eine der am häufigsten angeführten Begründungen für die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ist die, dass das Bereicherungsrecht für eine Rückabwicklung eines vollzogenen Arbeitsverhältnisses nicht recht passe.[89] Auch wenn heute davon auszugehen ist, dass Einigkeit bezüglich des Kondiktionsgegenstandes bestehe,[90] so sei doch unabhängig davon das Herausgeben des Bereicherungsgegenstandes selbst nicht möglich, da dieser dem Vermögen des Arbeitgebers unseparierbar zugeflossen sei.[91] Die dann zwangsläufig vorzunehmende Wertbestimmung im Rahmen des § 818 Abs. 2 gestalte sich auch schwierig,[92] was sich schon darin zeige, dass ein gleich ausgebildeter Arbeitnehmer bei gleicher Tätigkeit nicht unbedingt den gleichen Lohn erhalte.[93] So könnte eine Lohnbestimmung ortsüblich stattfinden oder tarifvertraglich.[94] Ebenso träfen den Arbeitgeber bei einem gültigen Arbeitsvertrag Zahlungspflichten, welche nicht unmittelbar etwas mit der Arbeit selbst zu tun haben, wie Entgeltfortzahlungen oder Urlaubsgeld. Ob eben diese auch bei der Wertermittlung im Bereicherungsrecht zu berücksichtigen sind, ist fraglich.[95] Als ebenfalls nicht interessengerecht und damit unpraktikabel erweise sich das Bereicherungsrecht im Rahmen der Schutzpflichten, des Sozialversicherungs- und Pfändungsrechts und der Betriebszugehörigkeit.[96] Diese Bereiche müssen nicht zwangsläufig rückabwickelbar sein, weil dies an der Begriffsauslegung innerhalb dieser Bereiche hänge.[97] Dieser entstandenen Vielzahl von Rechten und Pflichten sei das Bereicherungsrecht nicht gewachsen.[98] Erschwerend komme für den Arbeitnehmer hinzu, dass sich der Arbeitgeber möglicherweise auf Entreicherung im Sinne des § 818 Abs. 3 berufen könne, was den Arbeitnehmer unangemessen benachteilige[99], da dieser dann bei wirtschaftlich nutzloser Arbeit das Verwertungsrisiko des Arbeitgebers trage, was nicht der spezifisch arbeitsrechtlichen Risikoverteilung entspräche.[100] Hieran ändere auch eine Anwendung der Saldotheorie nichts, da eine Bereicherung, welche wegfallen könnte, durch eine nutzlose Arbeitsleistung gar nicht gegeben sei.[101] Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bereite daher nicht nur große Schwierigkeiten, sondern sei auch unangemessenen,[102] da ein anzustrebender Interessenausgleich nicht zu erreichen sei.[103]

81 Soergel/*Kraft,* BGB, Bd. 4/1 12. Aufl. 1997, § 611 Rn. 41; *Wolfgang Siebert,* Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, S. 97.

82 BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123; *Walker* (Fn. 7), 145 ff.; *Dütz* (Fn. 7), Rn. 117.

83 *Boemke* (Fn. 20), S. 481.

84 *Boemke* (Fn. 20), S. 481.

85 Siehe II. 2. b).

86 Vergleiche beispielsweise § 77 GmbHG und § 277 AktG.

87 Zum Gesellschaftsrecht: *Ulrich Eisenhardt,* Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2007, Rn 342 ff.; *Brox* (Fn. 22), S. 524; *Günther Hönn,* Zur Problematik fehlerhafter Arbeitsverhältnisse, ZfA 1987, 61 (65); *Wiedemann* (Fn. 47), S. 77 f.; zum Eherecht: *Joachim Gernhuber* et al., Familienrecht, 5. Aufl. 2006, S. 126.

88 *Brox* (Fn. 22), S. 527; *Hönn* (Fn. 87), 65.

89 *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123; BAG 03.12.1998, AP Nr.49 zu § 123.

90 Siehe oben unter II 2 b.

91 MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 62; *Hans-Werner Eckert,* Ungerechtfertigte Bereicherung im Arbeitsrecht, AR-Blattei SD 1620, Rn. 38.

92 Siehe oben unter II 2 b).

93 Schaub/*Schaub* (Fn. 7), § 35 Rn. 36; *Walker* (Fn. 7), 141.

94 *Walker* (Fn. 7), 141; *Brox* (Fn. 22), S. 527.

95 *Walker* (Fn. 7), 141; BAG 10.03.1987, AP Nr. 1 zu § 611; *Brox* (Fn. 22), S. 527; siehe auch oben unter II 2 b).

96 *Kerstin Strick,* Die Anfechtung von Arbeitsverträgen durch den Arbeitgeber, NZA 2000, 695 (696); *Zöllner* (Fn. 38), S. 152.

97 *Strick* (Fn. 96), 696; *Zöllner* (Fn. 38), S. 152; Siehe zur möglichen Begriffsauslegung B. II. 2.

98 BAG 05.12.1957, AP Nr. 2 zu § 123; *Zöllner* (Fn. 38), S. 152.

99 *Eckert* (Fn. 91), Rn. 31; *Michalski* (Fn. 9), Rn. 200.

100 *Walker* (Fn. 7), 144.

101 *Walker* (Fn. 7), 143 f.

102 BAG 01.04.1976 AP Nr. 34 zu § 138; BAG 10.03.1987, AP Nr. 1 zu § 611; *Mayer-Maly* (Fn. 9), Anm. z. BAG 18.04.1968, AP Nr. 32 zu § 63 HGB; *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123.

103 *Hueck* (Fn. 73), S. 167 f.

Allerdings ist dem entgegenzuhalten, dass Schwierigkeiten im Rahmen der Wertermittlung bei § 818 Abs. 2 keine Argumente sein können, von einer Rechtsanwendung Abstand zu nehmen.[104] Sogar das BAG begründete ein Urteil unter anderem damit, dass keine Berechtigung der Gerichte vorliege, nur aufgrund von Schwierigkeiten die Anwendung einer Norm zu verweigern.[105] Weiterhin ist dieses Argument nicht tragfähig, da die schwierige Rückabwicklung über Bereicherungsrecht im Rahmen eines erzwungenen Weiterbeschäftigungsanspruchs zumindest nach dem BAG keine Probleme mehr aufwirft.[106] Auch im Rahmen der Problematik der Rückabwicklung von Schutz- und Nebenpflichten werden zum einen Lösungsmöglichkeiten vertreten, welche angemessen erscheinen.[107] Außerdem vermögen die Lösungsschwierigkeiten im Bereich der Schutz- und Nebenpflichten zumindest dann nicht zu überzeugen, wenn es wirklich nur um praktische Schwierigkeiten geht. Teilweise findet selbst durch das BAG eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht statt.[108] Dies lässt darauf schließen, dass die Beachtung der Schutz- und Nebenpflichten gewährleistet oder eben doch in manchen Fällen nicht gewichtig genug ist, um von den gesetzlichen Regelungen abzuweichen. Jedenfalls wird aus den Fällen, in denen die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis, zum Beispiel wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, keine Anwendung findet, deutlich, dass nicht allein die Praktikabilitätserwägungen als Begründung zu tragen vermögen, denn anderenfalls müsste die Lehre uneingeschränkt Anwendung finden. Der Einwand, dass der Arbeitgeber sich auf Entreicherung gemäß § 818 Abs. 3 berufen könne, vermag ebenfalls nicht zu überzeugen, da der Bereicherungszufluss im Arbeitsverhältnis nicht der wirtschaftliche Wert der Arbeit für den Arbeitgeber ist, sondern die potentielle Arbeitsleistung selbst, unabhängig von ihrem wirtschaftlichen Wert für den Arbeitgeber.[109] Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Praktikabilitätserwägungen die Abweichung von der gesetzlich angeordneten Rückabwicklung nicht zu tragen vermögen.[110]

e) Arbeitnehmerschutz

Schließlich wird als Rechtfertigung herangezogen, dass die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung dem besonderen Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers nicht gerecht werde.[111] Gerade dadurch, dass die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages nicht mit den Prinzipien des Arbeitnehmerschutzes zu vereinbaren sei, begründe dies die Abweichung von der gesetzlichen Rückabwicklung.[112] Dieses Schutzbedürfnis wird aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzbedürfnis hergeleitet.[113] Dies sei bei jedem arbeitsrechtlichen Hintergrund zu berücksichtigen.[114] Zum anderen entstehe durch die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers.[115] Schon die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers und die Fremdbestimmtheit seiner Tätigkeit führen zu einer Einschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit. Zumeist sei es kaum möglich, nebenher eine anderweitige Daseinsvorsorge zu treffen. Für den Arbeitnehmer bilde das Arbeitsverhältnis damit die einzige oder zumindest wesentliche wirtschaftliche Lebensgrundlage, auf welche er angewiesen sei.[116] Daher sei sein Vertrauen darauf, dass ihm diese Grundlage nicht für die Vergangenheit entzogen werde, schutzwürdig.[117] Gerade deshalb müsse der Arbeitnehmer das Risiko einer Rückzahlungspflicht nicht mit einkalkulieren.[118] Hieraus resultiert also die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers,[119] welche auch durch den DGB-Entwurf zum Arbeitsverhältnisrecht statuiert werden sollte.[120] Dieser Schutz dürfe dem Arbeitnehmer nicht entzogen werden.[121]

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass von der Nichtigkeitsfolge wesentlich mehr abhängt, als nur die bloße Rückabwicklung. Auch die im Rahmen der Praktikabilitätserwägungen angeführten Schwierigkeiten der Wertbestimmung der Arbeitsleistung und die Nachteile bezüglich der Schutz- und Nebenpflichten, welche dort als reine Schwierigkeiten der Rückabwicklung nicht zum Tragen kamen, können hier letztendlich überzeugen, weil der Aspekt des Arbeitnehmerschutzes hinzutritt. Diese Schwierigkeiten dürfen für den schutzwürdigen Arbeitnehmer keine möglichen Nachteile darstellen.[122] Das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers wird zum einen aus den oben dargelegten Gründen deutlich, zum anderen lässt sich die geschützte Position aber auch aus dem Sinn und Zweck des Entgeltfortzahlungsgesetzes, dem

104 *Strick* (Fn. 96), 696.

105 BAG 10.03.1987, AP Nr. 1 zu § 611.

106 BAG 12.02.1992, AP Nr. 9 zu § 611 Weiterbeschäftigung; Schaub/*Schaub* (Fn. 7), § 35 Rn. 38.

107 Siehe dazu oben unter B. II. 2.

108 BAG 03.11.2004, AP Nr. 25 zu § 134; BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123; BAG 07.06.1972 AP Nr. 18 zu § 611 Faktisches Arbeitsverhältnis; BAG 25.4.1963 AP Nr. 2 zu § 611 Faktisches Arbeitsverhältnis.

109 Vgl. Fn. 31 f.

110 So auch: *Hartmut Oetker,* Das Dauerschuldverhältnis und seine Begründung, 1994, S. 433 f.

111 BAG 03.10.1963, AP Nr. 27 zu § 611; *Brox* (Fn. 66), Anm. zu BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123; *Dütz* (Fn. 7), Rn. 117; *Eckert* (Fn. 91), Rn 37; *Pricker* (Fn. 44), S. 53; *Walker* (Fn. 7), 142; *Strick* (Fn. 96), 696; *Peter Hanau* et al., Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 644; *Wiedemann* (Fn. 47), S. 78.

112 *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 136.

113 *Picker* (Fn. 43), S. 53; *Wiedemann* (Fn. 47), S. 11 ff.; 11 ff.; *Hermann Dersch,* Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB, RdA 1958, 441 (444).

114 *Picker* (Fn. 43), S. 53; *Wiedemann* (Fn. 47), S. 11 ff.; *Dersch* (Fn. 113), 444.

115 *Brox* (Fn. 66), Anm. zu BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123; *Walker* (Fn. 7), 142; Schaub/*Schaub* (Fn. 7), § 2 Rn. 5.

116 *Wiedemann* (Fn. 47), S. 78 f.; *Petra Käßer,* Der fehlerhafte Arbeitsvertrag, 1979, S. 50.

117 *Wiedemann* (Fn. 47), S. 78 f.; *Käßer* (Fn. 116), S. 50.

118 *Wiedemann* (Fn. 47), S. 78; Schaub/*Schaub* (Fn. 7), § 35 Rn. 34.

119 *Walker* (Fn. 7), 142; *Wiedemann* (Fn. 47), S. 11 ff.

120 RdA 1977, 161 (173), § 77 ff. des Entwurfes, insbesondere § 77.

121 *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123.

122 *Walker* (Fn. 7), 145; *Eckert* (Fn. 91), Rn. 31.

Bundesurlaubsgesetz und dem Kündigungsschutzgesetz ableiten.[123] Ein Arbeitsverhältnis begründet wesentlich mehr als nur die Leistungspflichten, beispielsweise die Schutz- und Nebenpflichten.[124] Gerade diese Summe der Aspekte des Arbeitsverhältnisses sind dem schutzbedürftigen Arbeitnehmer auch zu erhalten, obwohl die Grundlage seiner Leistung unwirksam ist.

Das Ergebnis einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung steht im Widerspruch zu dem von der Rechtsordnung geforderten Arbeitnehmerschutz. Allein der Arbeitnehmerschutz stellt also einen schwerwiegenden Grund dar, welcher die Rechtsfolge einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unvertretbar macht. Nur eine Abweichung vom Bereicherungsrecht kann der herrschenden Gerechtigkeitsvorstellung genüge tun. Daher überzeugt der Arbeitnehmerschutz als Begründung für die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis, wodurch diese grundsätzlich als Rechtsfortbildung *contra legem* Bestand hat.

f) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass zwar etliche Begründungsversuche für die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis unternommen werden, letztlich aber nur das Argument des Arbeitnehmerschutzes überzeugen kann. Damit existiert zumindest eine Begründung, die die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zu tragen vermag und sie daher im Bestand als Rechtsfortbildung *contra legem* rechtfertigt. Dennoch ist eine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis nicht immer geboten.

3. Die Einschränkungen des Anwendungsbereiches der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis in der Rechtsprechung

Es existieren Entscheidungen des BAG, in denen es sich von der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis abwendet und doch eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung vornimmt. Warum das BAG diese Abkehr für geboten hält, soll in einer genaueren Betrachtung drei exemplarischer Fälle untersucht werden. Das Ziel ist es, eine eventuell bestehende Schnittmenge der Fälle herauszuarbeiten.

a) Beispielsfälle der Rechtssprechung mit den Begründungen der Unanwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis

aa) BAG 01.04.1976, AP Nr. 34 zu § 138

Zunächst soll die Entscheidung vom BAG aus dem Jahre 1976[125] herausgegriffen werden. In dem ihr zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein Ehepaar mit einem Nachtbarbetreiber einen Arbeitsvertrag geschlossen, welcher den Vollzug des Geschlechtsverkehrs auf offener Bühne beinhaltete. Aufgrund einer Verletzung am Geschlechtsteil konnte der Geschlechtsverkehr nicht vollzogen werden und es wurde mit dem Nachtbarbetreiber abgemacht, nur eine „Imitations-Show“ zu zeigen. Nach mehreren Auftritten wurde dem Ehepaar durch den Arbeitgeber fristlos gekündigt. Das Ehepaar begehrte nun unter anderem die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und die Zahlung von Arbeitsentgelt. Das BAG erklärte die Klage für unbegründet und den Arbeitsvertrag mit diesem Inhalt für nichtig, da ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 vorlag. Auch die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis wurde abgelehnt, weil die Begründung entsprechender Ansprüche aus einem sittenwidrigen Arbeitsverhältnis mit den Grundauffassungen der geltenden Rechtsordnung in Widerspruch stehe. Die Anwendung der Lehre scheide unter anderem dann aus, wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach ihrem Inhalt und Zweck selbst unsittlich ist oder in sonstiger schwerwiegender Weise gegen das Gesetz und zwar nicht nur gegen Strafgesetze verstößt.[126]

Mit dieser Argumentation macht das BAG deutlich, dass ein Berufen auf eine Rechtsfortbildung, also hier die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis, dann nicht möglich ist, wenn man gegen die Grundprinzipien eben dieser Rechtsordnung verstößt. Eine Handlung kann nicht auf der einen Seite durch die Rechtsordnung missbilligt werden und auf der anderen Seite dadurch bekräftigt werden, dass die Rechtsordnung ihr Schutz zukommen lässt. Wer sich außerhalb der Rechtsordnung stellt, soll Rechtsschutz auch nicht bezüglich der Rückabwicklung beanspruchen können.[127] Dieser Gedanke wird auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung in § 817 S. 2 vergleichbar aufgegriffen.[128] Diese Norm versagt dem Leistenden einen Herausgabeanspruch, wenn er und der Leistungsempfänger gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen haben. Daraus ergibt sich, dass der Arbeitnehmer nicht auf den Schutz der Rechtsordnung vertrauen darf, wenn er dadurch schutzunwürdig erscheint, dass er eben diese Rechtsordnung massiv missachtet hat.

bb) BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123

Die nächste exemplarische Entscheidung[129] ist vom BAG im Jahre 1998 entschieden worden. Hier hatte ein Arbeitnehmer beim Einstellungsgespräch über seine Schwerbehinderteneigenschaft, trotz Zulässigkeit der Frage, getäuscht. Er arbeitete kurzzeitig, wobei seine Behinderung nicht auffiel und er die erwartete Arbeitsleistung erbrachte. Er meldete sich dann krank und kündigte am Ende des Krankheitszeitraums. Für diesen Krankheitszeitraum verlangte der Arbeitnehmer nun Entgeltfortzahlung. Der Arbeitgeber hatte den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und verweigerte die

123 *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP Nr. 24 zu § 123.

124 Siehe unter II. 2. b).

125 BAG 01.04.1976, AP Nr. 34 zu § 138.

126 BAG 01.04.1976, AP Nr. 34 zu § 138.

127 BGHZ 44, 1 (6).

128 Palandt/*Sprau* (Fn. 5), § 817 Rn. 2.

129 BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123.

Entgeltfortzahlung. Die Klage des Arbeitnehmers hat das BAG als unbegründet abgewiesen, da die Anfechtung des Arbeitgebers bis zum Zeitpunkt der Krankmeldung zurückwirkt, da in der Krankheit bereits eine Außervollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses zu sehen ist.[130]

Daher gebe es auch keine Rückabwicklungsschwierigkeiten, da hier keine Arbeitsleistung erfolgte. Weiterhin trage auch der Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes nicht, da derjenige, der den Abschluss eines Arbeitsvertrages durch eine arglistige Täuschung erschlichen habe, nicht darauf vertrauen könne, dass das Arbeitsverhältnis auch für die Zeit, in der es nicht mehr praktiziert worden ist, bis zur Anfechtungserklärung des Arbeitgebers als rechtsbeständig behandelt werde. Bei einer arglistigen Täuschung könnten Gesichtspunkte wie der Arbeitnehmerschutz nicht greifen, da die Vernichtbarkeit vorsätzlich herbeigeführt wurde.[131] Bereits hieran lässt sich ein Zurückgreifen auf den Aspekt der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers erkennen, auch wenn das BAG diesen Begriff in dieser Entscheidung noch nicht explizit erwähnt.

cc) BAG 03.11.2004, AP Nr. 25 zu § 134

Im letzten Beispielfall hatte sich ein Arbeitnehmer seine Einstellung als Arzt mittels einer gefälschten Approbationsurkunde erschlichen, obwohl er die ärztliche Zulassung nicht besaß.[132] Die klagende Arbeitgeberin hatte den Arbeitsvertrag angefochten und verlangte unter anderem Rückzahlung von Urlaubsentgelt, fortgezahltem Entgelt im Krankheitsfall und Rückzahlung der Differenz zwischen zwei Vergütungsgruppen. Die Klage wurde als begründet angesehen, da ein Verstoß gegen § 134 in Verbindung mit den §§ 2, 10 Bundesärzteordnung und den §§ 1, 2, 5 Heilpraktikergesetz vorlag und der Arbeitsvertrag also nichtig war. Es fand eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung statt. [133]

Das BAG lehnt die Anwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ab, weil die Praktizierung des Arbeitsvertrages eine rechts- und gesetzeswidrige Handlung darstelle und eine Schutzwürdigkeit aus Vertrauensgesichtspunkten nicht bestehe. Der Beklagte sei sich der Strafbarkeit seines Handelns gemäß der Bundesärzteordnung und des Heilpraktikergesetzes bewusst gewesen. Und der Zweck des Verbotsgesetzes, das Patientenleben und die Patientengesundheit zu schützen, schließe die Reduktion der *ex-tunc*-Wirkung aus.

In dieser Urteilsbegründung greift das BAG insgesamt im Kernpunkt auf die Argumente der beiden voran angeführten Entscheidungen zurück. Hier führt das BAG erstmals den Begriff der Schutzwürdigkeit ein. Diese wird im Rahmen des Arbeitnehmerschutzes verlangt. Sie kann nicht bestehen, wenn ein Vertrauen des Arbeitnehmers in die eigene Handlung nicht vorlag, weil dieser positive Kenntnis von der Strafbarkeit seiner Handlung hatte. Im Weiteren wird auf den bereits dargestellten Gedanken des § 817 S. 2 Bezug genommen. Derjenige, der sich außerhalb der Rechtsordnung stellt, also mit seiner Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, soll sich auf den Schutz der Rechtsordnung nicht berufen können. Ihm soll also die Rückforderungsmöglichkeit durch die Rechtsordnung versagt werden. Wie oben schon gezeigt, spielen auch hier wieder Vertrauensschutzgesichtspunkte die entscheidende Rolle.

b) „Begründungsschnittmenge" aller dargestellten Fälle

Nach diesen Falldarstellungen wird deutlich, dass die Rechtssprechung in verschiedenen Fällen von der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis abweicht und die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung anwendet. Als Begründung für die Unanwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis wurde in allen Fällen mehr oder minder deutlich von der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers und dem Vertrauen des Arbeitnehmers in den Bestand des Arbeitsverhältnisses gesprochen. Negativ wirkte sich jedes Mal für den Arbeitnehmer aus, wenn er bewusst gegen die gültige Rechtsordnung verstoßen hatte.

Die Schutzwürdigkeit als Element des Arbeitnehmerschutzes lässt sich hier als Schnittmenge der Begründungen für die Nichtanwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ermitteln. Diese Schnittmenge könnte daher ein Korrektiv darstellen, durch welches die Unanwendbarkeitsfälle der Lehre möglichst genau zu bestimmen sind. Diese Möglichkeit soll im Folgenden näher betrachtet werden.

4. Der Vertrauensschutz als Korrektiv der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis

Da der Arbeitnehmerschutz, wie gesehen, nicht grenzenlos gewährt werden kann, ist auch die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis nicht immer anzuwenden. Als Korrektiv für die Anwendung der Lehre ist vielmehr die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers mit Vertrauensschutzaspekten heranzuziehen.[134]

a) Begriff der Schutzbedürftigkeit

Der Arbeitnehmerschutz wird in die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit unterteilt.[135] Die Schutzbedürftigkeit ergibt sich bereits allein aus der Eigenschaft als Arbeitnehmer.[136] Ein genaueres Augenmerk soll nun auf die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers als Korrektiv der Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis geworfen werden.

130 BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123.

131 BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123.

132 BAG 03.11.2004, AP Nr. 25 zu § 134.

133 BAG 03.11.2004, AP Nr. 25 zu § 134.

134 *Wiedemann* (Fn. 47), S. 78.

135 *Wiedemann* (Fn. 47), S. 78.

136 Vergleiche bereits III. 1. f).

Um den Arbeitnehmerschutz nicht grenzenlos zu gewähren, findet dieser Einhalt, wenn der schutzbedürftige Arbeitnehmer schutzunwürdig ist.[137] Als schutzwürdig wird dabei das berechtigte Vertrauen des Arbeitnehmers in den wirksamen Bestand des Arbeitsverhältnisses erachtet.[138] Dieses Vertrauen genießt damit so lange Schutz, wie der Arbeitnehmer in den Bestand vertrauen durfte und konnte. Negativ heißt das, dass derjenige, der beispielsweise von dem Nichtbestehen des Arbeitsvertrages wegen eines Verstoßes gegen § 134 weiß, sein Vertrauen verwirkt.[139] Der Vertrauensschutz kann nicht mehr zugebilligt werden, wenn der Arbeitnehmer sich selbst dieses Schutzes beraubt.[140] Er ist also das entscheidende Element in Bezug auf die Frage, ob die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des Vertrages mit gesetzlicher *ex-tunc*-Wirkung greifen oder ob zugunsten des Arbeitnehmers die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis mit *ex-nunc*-Wirkung anwendbar ist.

b) Schutzwürdigkeit am Beispiel der arglistigen Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1

Wann das Korrektiv eingreift, weil das Vertrauen des Arbeitnehmers in den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht schutzwürdig ist, soll im Folgenden an den Fällen der arglistigen Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 herausgearbeitet werden.

aa) Pauschale Anerkennung der Schutzwürdigkeit

Es wird teilweise vertreten, dass bei allen Fällen der arglistigen Täuschung ohne Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ausnahmslos anzuwenden sei.[141] Wie bereits gezeigt, ist der Vertrauensschutz das entscheidende Kriterium für die Anwendbarkeit der Lehre. Um dieser Ansicht daher folgen zu können, müsste der arglistig täuschende Arbeitnehmer stets schutzwürdig sein. Allerdings ist es nicht haltbar, Schutz durch die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis für jeden zu statuieren, der aktiv täuscht. Gerade in den Fällen eines Einstellungsbetruges wäre es durch nichts zu rechtfertigen, den Arbeitnehmer als schutzwürdig zu betrachten. Ebenso erscheint es bei nicht strafbewehrten Täuschungen unangemessen, die Schutzwürdigkeit generell zu bejahen. Hier den Vertrauensschutz stets zugunsten des Arbeitnehmers anzuwenden und ihm die Früchte seiner Täuschung zu belassen, ist nicht haltbar.[142] Eine pauschale Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis scheidet aufgrund nicht immer vorhandener Schutzwürdigkeit aus.

bb) Pauschale Ablehnung der Schutzwürdigkeit

Zum anderen könnte man von der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis in allen Fällen der arglistigen Täuschung Abstand nehmen.[143] Dann müsste der Arbeitnehmer bei jeder arglistigen Täuschung schutzunwürdig sein. Dies erscheint zunächst plausibel. Stellt man auf die Schutzwürdigkeit und damit auf das Vertrauen des Arbeitnehmers in den Bestand des Arbeitsverhältnisses ab, wird klar, dass der Arbeitnehmer sich durch seine arglistige Täuschung das Vertrauen in den Bestand entzogen hat. Er hat schuldhaft die Anfechtbarkeit herbeigeführt und ist damit nicht schutzwürdig.[144]

Zudem spräche für die Schutzunwürdigkeit des Arbeitnehmers das Interesse des Arbeitgebers an der Lauterkeit der Vertragsverhandlungen.[145] Ebenfalls wäre es möglich, hier das Verhältnis des § 122 zu § 123 heranzuziehen. Dieses verdeutlicht, dass im Rahmen des § 123 kein Vertrauensschaden zu ersetzen ist, weil ein Vertrauen wegen der arglistigen Täuschung nicht entstehen kann.[146] Dies spricht also für eine generelle Schutzunwürdigkeit des täuschenden Arbeitnehmers.

Jedoch sind auch dieser pauschalen Ansicht Fälle entgegenzuhalten, bei denen ein Störgefühl aufkommt. Es wäre zum einen denkbar, dass die Täuschung des Arbeitnehmers sich in keiner Weise auswirkt. Die Arbeitsleistung muss nicht zwangsläufig von der Täuschung beeinflusst werden.[147] Das Äquivalenzinteresse des Arbeitgebers könnte unbeeinträchtigt geblieben sein. Er hat also genau das erhalten, wofür er die Gegenleistung hat erbringen wollen. Ebenfalls ist es unangemessen, einem Arbeitnehmer, welcher zwar bei der Einstellung täuschte, dann aber, ohne dass die Täuschung die Arbeitsleistung beeinflusste, jahrelang mangelfrei arbeitete, das Vertrauen in den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu versagen und ihn als schutzunwürdig anzusehen.[148] Somit ist auch die pauschale Einstufung des Arbeitnehmers als schutzunwürdig im Falle der arglistigen Täuschung nicht tragbar.

cc) Differenzierte Betrachtung des Einzelfalls

Die Verschiedenheit der Fälle macht daher eine Beurteilung des Vertrauensschutzes je nach der Interessenlage im Einzelfall erforderlich.[149] Fraglich ist nun aber, in

137 *Wiedemann* (Fn. 47), S. 78; *Kettler* (Fn. 2), 933; Schaub/*Schaub* (Fn. 7), § 35 Rn. 34; *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP 24 zu § 123.

138 *Wiedemann* (Fn. 47), S. 78; *Kettler* (Fn. 2), 933; Schaub/*Schaub* (Fn. 7), § 35 Rn. 34.

139 *Joussen* (Fn. 10), 967; *Thilo Ramm,* Die Rechtswirkung der Anfechtung des Arbeitsvertrags, RdA 1963, 97 (107 f.).

140 *Joussen* (Fn. 10), 967.

141 *Alfred Hueck,* Anm. z. BAG 05.12.1957, AP Nr. 2 zu § 123.

142 *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP 24 zu § 123.

143 So: *Ramm* (Fn. 139), 107; *Joussen* (Fn. 10), 967; *Wiedemann* (Fn. 47), S. 79; *Picker* (Fn. 43), S. 57; *Hromadka* (Fn. 54), 440; *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP 24 zu § 123; *Walker* (Fn. 7), 149.

144 So auch: *Joussen* (Fn. 10), 967, wobei *Joussen* nicht die Schutzwürdigkeit anführt, sondern schon die Schutzbedürftigkeit ablehnt, was allerdings in der Betrachtung keinen Unterschied macht.

145 *Wiedemann* (Fn. 47), S. 79.

146 So auch: *Brox* (Fn. 66), Anm. z. BAG 16.09.1982, AP 24 zu § 123; *Hromadka* (Fn. 54), 440.

147 So auch: Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 193; *Eckert* (Fn. 91), Rn. 72.

148 So auch *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 164.

149 So auch *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 164; *Eckert* (Fn. 91), Rn. 72; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 193; *Strick* (Fn. 96), 698

welchen Fällen die Schutzwürdigkeit zu verneinen und in welchen sie zu bejahen ist.

Es erscheint zunächst interessengerecht, im Falle der arglistigen Täuschung die Schutzunwürdigkeit des Arbeitnehmers als Ausgangspunkt zu nehmen, da dieser die Anfechtbarkeit durch sein Verhalten herbeigeführt hat.[150] Die hiermit einhergehende Risikoverteilung bezüglich der Anfechtung erscheint grundsätzlich gerechtfertigt. Der Arbeitnehmer kennt die Täuschung. So ist es angemessen, ihm das Risiko aufzuerlegen, das er infolge der Täuschung geschaffen hat.[151]

Die Schutzwürdigkeit nur anhand der Kenntnis des Arbeitnehmers bezüglich des Mangels zu beurteilen, ist indes kein hinreichendes Kriterium, da der Täuschende den Mangel immer kennt und daher jede Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zur Anwendung des Bereicherungsrechts führen würde.[152]

Fraglich ist, ob § 123 selbst nicht einen Ansatzpunkt bietet, der eine differenzierte Einzelfallbetrachtung ermöglicht. Wenn dieser nicht nur die Willens- und Entschließungsfreiheit schützen würde, sondern auch das Ziel der abgegebenen Willenserklärung, dann würde eine Anfechtung in dem Fall nicht greifen, wenn der Täuschende zwar den Willen beeinflusst hat, der Getäuschte aber unabhängig davon trotzdem sein Ziel mit der Willenserklärung erreicht hat. Die Täuschung hätte also keinen Einfluss auf den gewollten und erreichten Erfolg des Getäuschten. Allerdings schützt § 123 lediglich die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit.[153] Er beruht auf dem Gedanken, dass die Willenserklärung nur dann Ausdruck wirklicher rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung ist, wenn sich die Willensbildung frei von Täuschung und Drohung vollzogen hat.[154] Gerade das gewollte Ziel und der Erfolg der Erklärung sind nicht vom Schutz umfasst.[155] Andernfalls würde der Motivirrtum durch § 123 Schutz erlangen. Dass ein solcher Schutz nicht bestehen soll, wird durch § 116 S. 1 deutlich. § 123 bietet also keinen Ansatzpunkt, um ein gerechteres Einzelfallergebnis zu erzielen.

Trotz alledem erscheint die Anwendung des Bereicherungsrechts unangebracht, wenn der Arbeitnehmer im Einstellungsgespräch zwar arglistig getäuscht hat, er aber anschließend die von ihm verlangte Arbeitsleistung ordnungsgemäß erbringt. Verdeutlichen lässt sich dies gut an folgendem Beispiel: Ein Fensterputzer, der sich um eine Stelle als Hochhausfensterputzer bewirbt, verneint beim Einstellungsgespräch seine vorhandene Höhenangst. Nach seiner Einstellung erbringt er über einen längeren Zeitraum die Arbeitsleistung ordnungsgemäß. Der Arbeitgeber erfährt zufällig, dass der Arbeitnehmer Höhenangst hat. Zwar ist eine Anfechtung möglich, da der Arbeitnehmer auf die zulässige Frage der Höhenangst getäuscht hat, allerdings hat der Arbeitgeber hier eine ordnungsgemäße Leistung erlangt.

In einem solchen Fall ist es unsachgemäß, den Arbeitnehmer als schutzunwürdig einzustufen und ihn damit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zu unterwerfen. Es ist unbillig, dass sich der Arbeitgeber auf die Anfechtung berufen können soll. Er verhält sich dadurch treuwidrig, dass er die Arbeitsleistung zwar unbeanstandet annimmt, sich aber anschließend auf die Täuschung mit Wirkung *ex tunc* berufen will.[156] Diesem Verhalten steht § 242 entgegen. Eine solche Treuwidrigkeit tritt immer dann auf, wenn zwar eine arglistige Täuschung durch den Arbeitnehmer vorliegt, das Äquivalenzinteresse des Arbeitgebers aber nicht negativ betroffen ist, weil die Arbeitsleistung ordnungsgemäß erbracht wurde.[157] Daher sollte die Anfechtung mit Wirkung *ex tunc* in den Fällen, in denen das Äquivalenzinteresse betroffen ist, möglich sein. Hingegen muss bei ordnungsgemäßer Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten dem Arbeitgeber die Anfechtung mit Wirkung *ex tunc* verwehrt bleiben, weil er sonst gegen § 242 verstoßen würde.[158]

Deutlicher wird dieses Ergebnis dann, wenn man in diesem Beispielsfall die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers verneinen würde. Dann würde also eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung stattfinden. Hierdurch wäre jetzt der Arbeitnehmer, je nachdem, wie die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung durchgeführt wird,[159] in seinem Äquivalenzinteresse betroffen. Er hat seine Arbeitsleistung trotz arglistiger Täuschung ordnungsgemäß erbracht. Wären die bereichungsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers aber reduziert[160], so würde dieser einen ungerechtfertigten Nachteil erleiden. Der Arbeitgeber hätte das erlangt, was ihm geschuldet wurde, ohne dafür seine ursprünglich geschuldete Gegenleistung erbracht zu haben. Somit spricht diesmal das Äquivalenzinteresse des Arbeitnehmers für seine Schutzwürdigkeit. Die Anfechtung mit *ex-tunc*-Wirkung durch den Arbeitgeber stellt dagegen ein widersprüchliches Verhalten dar und ist ihm daher wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben zu versagen.

c) Zwischenergebnis

Damit lässt sich also festhalten, dass sich im Rahmen der arglistigen Täuschung die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis immer dann anwenden lässt, wenn der

und 700.

150 So auch: *Eckert* (Fn. 91), Rn. 70; MüHdbArbR/*Richardi* (Fn. 9), § 46 Rn. 67; KasselerHdbArbR/*Leinemann,* Bd. 1, 1. Aufl. 1997, Abschnitt 1.1 Rn. 579.

151 *Strick* (Fn. 96), 700.

152 Vergleiche III. 3. a) bb).

153 Palandt/*Ellenberger* (Fn. 5), § 123 Rn. 1.

154 Palandt/*Ellenberger* (Fn. 5), § 123 Rn. 1.

155 Palandt/*Ellenberger* (Fn. 5), § 123 Rn. 1.

156 *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 164.

157 So auch *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 164; *Eckert* (Fn. 91), Rn. 72; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 193; *Strick* (Fn. 96), 700.

158 *Preis* (Fn. 7), S. 246.

159 Siehe II. 2.

160 Siehe unter III. 2. e).

Arbeitnehmer schutzwürdig ist. Die Schutzwürdigkeit stellt dabei das Vertrauen des Arbeitnehmers auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses dar. Sie lässt sich anhand der Beeinträchtigung der Äquivalenzinteressen ermitteln. Liegt also eine arglistige Täuschung vor und ist hiervon das Äquivalenzinteresse des Arbeitgebers betroffen, so ist der Arbeitnehmer nicht schutzwürdig und die Anfechtung wirkt *ex tunc*.[161] Ist hingegen die Arbeitsleistung so erbracht, wie der Arbeitgeber es von Anfang an verlangt hat, so ist das Äquivalenzinteresse nicht betroffen und die Anfechtung wirkt *ex nunc*.[162] Zu beachten ist jedoch, dass eine ordnungsgemäße Erbringung der Arbeitsleistung dann nicht möglich ist, wenn anderweitige Schutzinteressen dem entgegenstehen, wie beispielsweise bei der ärztlichen Heilbehandlung ohne Approbation. Hier stehen die gesetzlichen Wertungen der Bundesärzteordnung und des Heilpraktikergesetzes einer ordnungsgemäßen Erbringung entgegen. Der hinter der Schutzwürdigkeit stehende Vertrauensschutz greift somit als Korrektiv im Rahmen der Anwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ein.

IV. Eine kritische Betrachtung der Anwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis in einem Grenzfall unter Vertrauensgesichtspunkten

Im Folgenden soll nun unter Berücksichtigung der oben gewonnenen Erkenntnisse erneut auf das unter III. 2. a) bb) bereits dargestellte Urteil des BAG vom 03.12.1998[163] eingegangen werden. Das BAG hat hier den Entgeltfortzahlungsanspruch aufgrund der durch die Krankheit des Arbeitnehmers eingetretenen Außervollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses abgelehnt. Nach dem BAG komme in diesem Fall die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis nicht zum Tragen, da keine Rückabwicklungsschwierigkeiten vorliegen und damit die Lehre als Rechtsfortbildung *contra legem* nicht tragbar sei. Außerdem komme im konkreten Fall der Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes nicht zum Tragen, da der Arbeitnehmer aufgrund der arglistigen Täuschung nicht in den Bestand des Arbeitsverhältnisses vertrauen dürfe, weil er nicht schutzwürdig sei.

Diese Ansicht ist jedoch unter Berücksichtigung der hier gewonnen Erkenntnissen so nicht haltbar. Wie oben gezeigt, genügt allein die Unpraktikabilität der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ohnehin nicht als Begründung für die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis.[164] Somit kann das Fehlen von Praktikabilitätsproblemen auch umgekehrt nicht als Argument für die Anwendung des Bereicherungsrechts herangezogen werden, da dann der Arbeitnehmerschutz nicht berücksichtigt werden würde.

Damit hängt die Beurteilung des Falles einzig vom Gedanken des Arbeitnehmerschutzes ab. Die Anwendbarkeit der Lehre würde sich dann nach dem im Rahmen des Arbeitnehmerschutzes gewährten Vertrauensschutz bemessen. Diesen Gedanken zieht auch das BAG heran. Dem ist auch vom Grundgedanken her nicht zu widersprechen. Allerdings ist dem Arbeitnehmer das Vertrauen in den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu pauschal abgesprochen worden.

So ist danach zu fragen, ob sich die Täuschung auf das Äquivalenzinteresse des Arbeitgebers ausgewirkt hat. Als heranzuziehender Zeitraum für diese Betrachtung ist das gesamte Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen. Hierzu gehören sowohl Arbeits-, als auch Urlaubs- und Krankheitstage. Vorliegend hatte der Arbeitnehmer vor der Krankmeldung seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt. Das Äquivalenzinteresse des Arbeitgebers war also grundsätzlich nicht betroffen. Etwas anderes könnte sich jedoch aus der anschließenden Erkrankung ergeben. Trat diese aus nicht in der Täuschung liegenden Gründen ein, so ist der Arbeitnehmer auch in diesem Zeitraum schutzbedürftig, weil eine normale Erkrankung zum Risikobereich des Arbeitgebers gehört, wie aus dem Sinn und Zweck des § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz deutlich wird. Da von vornherein die Gefahr der Erkrankung besteht, wird das Äquivalenzinteresse des Arbeitgebers hiervon nicht betroffen. Steht die Krankheit jedoch im Zusammenhang mit der verschwiegenen Schwerbehinderteneigenschaft und somit auch der Täuschung, hat den Arbeitgeber eine Gefahr getroffen, die er von vornherein ausschließen wollte. Dieses Risiko ist nicht von seinem Äquivalenzinteresse gedeckt. In diesem Fall wäre der Arbeitnehmer damit nicht schutzwürdig, so dass die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis keine Anwendung finden kann. Lag jedoch eine „normale“ Erkrankung vor, so wäre im Fall einer *ex-tunc*-Wirkung der Anfechtung nun das Äquivalenzinteresse des Arbeitnehmers gestört. Daher bleibt dem Arbeitnehmer seine Schutzwürdigkeit erhalten. Demzufolge würde sich eine vom BAG abweichende Beurteilung des Falles ergeben.

V. Fazit

Die Untersuchungen haben gezeigt, dass die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis sich nur auf eine dogmatische Begründung stützen lässt, nämlich den Arbeitnehmerschutz. Dieser unterteilt sich in die Schutzbedürftigkeit, welche bei jedem Arbeitnehmer grundsätzlich gegeben ist, und die Schutzwürdigkeit. Letztere beinhaltet als Kern den Vertrauensschutz. In seinem Rahmen ist zu bestimmen, ob der Arbeitnehmer in den Bestand des Arbeitsverhältnisses vertrauen durfte oder ob die-

161 So auch auch *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 164; *Eckert* (Fn. 91), Rn. 72; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 193; *Strick* (Fn. 96), 698 und 700.

162 So auch auch *Hromadka* (Fn. 41), § 5 Rn. 164; *Eckert* (Fn. 91), Rn. 72; Staudinger/*Richardi* (Fn. 47), § 611 Rn. 193; *Strick* (Fn. 96), 698 und 700.

163 BAG 03.12.1998, AP Nr. 49 zu § 123.

164 Vergleiche III. 2. d).

ser Schutz für ihn, bedingt durch sein Verhalten, nicht mehr besteht. Wenn die Vertrauensschutzerwägungen zugunsten des Arbeitnehmers ausfallen, greift damit der Gedanke des Arbeitnehmerschutzes. Er vermag es dann, die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zu tragen und der Arbeitnehmer entgeht somit der für ihn möglicherweise nachteiligen Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht. Durch diese Vorgehensweise hält es der Arbeitnehmer mit seinem Verhalten selbst in der Hand, einer für ihn günstigeren Regelung unterworfen zu werden.

Der Vertrauensschutz ist also das grundlegende Element der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis. Vertrauensschutzaspekte vermögen es, dem Arbeitnehmer Schutz durch die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zu gewähren. Sie greifen aber auch als Korrektiv ein, wenn der Arbeitnehmer nicht schutzwürdig ist und steuert damit den Anwendungsbereich der Lehre. Am Beispiel der arglistigen Täuschung wurde anschaulich verdeutlicht, welche genaue Austarierung mittels der Vertrauensschutzerwägungen möglich ist. Über die Abwägung aller im Arbeitsverhältnis bestehender Interessen und Schutzaspekte ist immer eine interessengerechte Lösung zu finden. Dadurch kommt die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis als Rechtsfortbildung *contra legem* nur dann zur Anwendung, wenn dies die herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen zulassen, um ein Ergebnis zu vermeiden, welches im Widerspruch zu allgemeinen Regeln der Rechtsordnung stünde und aus schwerwiegenden Gründen unvertretbar erschiene.