

Monika Hausmann

**Die Reaktion auf Willensmängel
beim Arbeitsvertragsschluss**



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaften

Herausgegeben von

Dr. Thomas Küffner

Dr. Küffner & Partner, Landshut, München

Band 62

Zugl.: Diss., München, Univ., 2008

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

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2008

Coverabbildung: www.photocase.com

© subwaytree

ISBN 978-3-8316-0809-6

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · www.utzverlag.de

§ 1 Willensmängel beim Abschluss von Arbeitsverträgen.....	1
A. Willensmängel während verschiedener Phasen des Arbeitsverhältnisses....	1
B. Verschiedene Reaktionsmöglichkeiten auf Willensmängel	1
§ 2 Anfechtung von Willenserklärungen im Rahmen von Individual-	
arbeitsverträgen	5
A. Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln	5
I. Eingliederungstheorie	5
II. Vertragstheorie	6
III. Konzeption im Diskussionsentwurf - ArbVG.....	7
B. Verdrängung der Anfechtung durch die Kündigung	7
I. Vor Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses.....	7
II. Nach Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses	7
C. Verschiedene Anfechtungsgründe	17
I. Irrtümer gemäß §§ 119 Abs.1, 120 BGB.....	17
II. Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs.2 BGB	24
III. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß	
§ 123 Abs. 1 Alt.1 BGB	46
IV. Widerrechtliche Drohung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB.....	117
D. Erklärung der Anfechtung	130
I. Gestaltungserklärung	130
II. Wirksamkeitshindernisse.....	132
E. Anfechtungsfrist	135
I. Anfechtungsfrist gemäß § 121 Abs.1 BGB	135
II. Anfechtungsfrist gemäß § 124 BGB	136
III. § 19 ArbVG	137
F. Kein Ausschluss des Anfechtungsrechts.....	138
I. Ausschlussstatbestand des § 144 BGB.....	138
II. Beschränkung des Anfechtungsrechts gemäß § 242 BGB.....	139
III. Ausschluss der Anfechtung durch Vorschriften des besonderen Kün-	
digungsschutzes.....	142
IV. Rechtslage bei Verstoß gegen § 94 BetrVG	143
V. Lösung in § 19 Abs. 3 ArbVG	144
G. Anwendung der Präklusionsvorschriften auf die Anfechtung.....	145
I. Analoge Anwendung von §§ 4 S.1, 7 KSchG	145
II. Keine Bindung an eine Frist	145

II

III. Lösung in § 19 Abs. 5 ArbVG	146
H. Rechtsfolgen	147
I. Vor Invollzugsetzung	147
II. Nach Invollzugsetzung	148
III. Fehlerhafter Änderungsvertrag	155
IV. Fehlerhafter Aufhebungsvertrag	156
V. Lösung in § 20 ArbVG	156
§ 3 Schadensersatz wegen vorsätzlicher und fahrlässiger Täuschung	158
A. Entwicklung des Rechtsinstituts der c.i.c.	158
I. Bedürfnis nach Erweiterung des Haftungssystems.....	158
II. Kodifizierung im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung	159
B. Rechtsgrund der Haftung	160
I. Lehre von der Vertrauenshaftung	161
II. Begründungsansätze in der arbeitsrechtlichen Judikatur/Literatur	161
III. Ablehnung der Fürsorgepflicht als Begründungsmuster	162
C. Voraussetzungen der Haftung aus c.i.c./p.F.V.....	163
I. Anwendbarkeit	163
II. Vorvertragliche Sonderverbindung	163
III. Pflichtverletzung	164
IV. Pflichtwidrigkeit.....	188
V. Vertretenmüssen	189
D. Rechtsfolgen	196
I. Ersatzfähiger Schaden.....	196
II. Haftungsausfüllende Kausalität	207
III. Mitverschulden	214
E. Verjährung.....	216
F. Beweislast.....	216
§ 4 Konkurrenzverhältnisse.....	217
A. Konkurrenzverhältnis zu den Kündigungsregeln	217
B. Konkurrenzverhältnis zu den Anfechtungsregeln.....	218
I. Täuschungsanfechtung und schadensrechtliche Vertragsaufhebung im Systemvergleich	220
II. Zeitliche Begrenzung der Regelungsmuster.....	235
III. Beschränkung der vorvertraglichen Informationshaftung durch Freizeichnung	240

III

IV. Zeitliche Begrenzung durch Ausschlussfristen.....	242
C. Konkurrenzverhältnis zu deliktischen Schadensersatzansprüchen.....	244
D. Keine Regelung im Diskussionsentwurf-ArbVG	244
§ 5 Schadensersatz gemäß § 311a Abs. 2 BGB	246
A. Haftungsgrund.....	246
B. Tatbestand	249
I. Anwendungsbereich.....	249
II. Ausschluss der Leistungspflicht	249
III. Verhältnis von rechtlicher Unmöglichkeit zur Nichtigkeit.....	257
IV. Zeitpunkt des Vertragsschlusses	258
V. Vertretenmüssen	259
C. Rechtsfolge.....	261
I. Schadensersatz statt der Leistung	261
II. Aufwendungsersatz.....	262
III. Mitverschulden	262
D. Konkurrenzverhältnisse	263
I. Konkurrenzverhältnis zur Irrtumsanfechtung	263
II. Konkurrenzverhältnis zur c.i.c.....	263
§ 6 Deliktische Haftung für vorvertragliche Irreführung	266
A. Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB.....	266
I. Voraussetzungen	266
II. Rechtsfolgen	271
B. Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB	272
I. Voraussetzungen	272
II. Rechtsfolgen	288
C. Konkurrenzverhältnisse.....	288
I. Konkurrenzverhältnis der deliktischen Haftungstatbestände	288
II. Konkurrenzverhältnis zu den Anfechtungsregeln	289
§ 7 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	293

§ 1 Willensmängel beim Abschluss von Arbeitsverträgen.....	1
A. Willensmängel während verschiedener Phasen des Arbeitsverhältnisses....	1
B. Verschiedene Reaktionsmöglichkeiten auf Willensmängel	1
§ 2 Anfechtung von Willenserklärungen im Rahmen von Individualarbeitsverträgen.....	5
A. Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln	5
I. Eingliederungstheorie	5
II. Vertragstheorie	6
III. Konzeption im Diskussionsentwurf - ArbVG.....	7
B. Verdrängung der Anfechtung durch die Kündigung	7
I. Vor Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses.....	7
II. Nach Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses	7
1. Kündigungstheorie.....	7
2. Derogation von § 119 Abs. 2 BGB durch spezifisch arbeitsrechtliches Sanktionensystem	8
3. Keine Ersetzung der Anfechtung durch die Kündigung.....	11
a) Auffassung des BAG.....	11
b) Auffassung der herrschenden Lehre	12
4. Konzeption nach dem ArbVG	13
5. Kündigung als Reaktion.....	15
a) Unabhängigkeit der Kündigung von der Anfechtbarkeit des Arbeitsverhältnisses.....	15
b) Beurteilung nach den allgemeinen Voraussetzungen	15
C. Verschiedene Anfechtungsgründe	17
I. Irrtümer gemäß §§ 119 Abs.1, 120 BGB.....	17
1. Anfechtung einer bestehenden betrieblichen Übung.....	17
2. Anfechtung einer vereinbarten erneuten Befristung des Arbeitsverhältnisses.....	18
3. Anfechtung einer Ausgleichsquittung	19
4. Sprachrisiko	20
5. Anfechtung eines Aufhebungsvertrages.....	22
6. Anfechtung einer Bezugnahme Klausel	23
II. Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs.2 BGB	24
1. Definition der Eigenschaft.....	24
2. Bestimmung der Verkehrswesentlichkeit.....	25
a) Auffassung der Rechtsprechung	25
b) Lehre vom geschäftswesentlichen Eigenschaftsirrtum.....	26
c) Eigenschaftsirrtum als ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum	26

II

d) Objektiv-Konkrete Relevanz.....	26
3. Kasuistik	28
a) Eigenschaften des Arbeitnehmers	28
aa) Vertrauenswürdigkeit.....	28
bb) Leistungsfähigkeit	30
cc) Gesundheitszustand.....	30
dd) Schwangerschaft.....	31
ee) Behinderung und Schwerbehinderung.....	34
ff) Geschlechtszugehörigkeit	34
gg) Qualifikationen	37
hh) Alter	38
b) Eigenschaften des Arbeitgebers.....	42
aa) Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit.....	42
bb) Vertrauenswürdigkeit von Organen des Arbeitgebers	42
cc) Tarifgebundenheit	43
dd) Konzernzugehörigkeit	43
ee) Rentabilität des Unternehmens	43
ff) Personalbedarf.....	44
gg) Berufs- oder gewerberechtliche Zulassungen	44
4. Kausalität des Irrtums	45
III. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß	
§ 123 Abs. 1 Alt.1 BGB	46
1. Definition der Täuschung	46
2. Aktive Täuschung.....	47
a) Vor Abschluss des Arbeitsvertrages	47
b) Vor Abschluss eines Aufhebungsvertrages	48
3. Täuschung durch unterlassene Aufklärung	50
a) Auffassung der Rechtsprechung	51
b) Ansätze in der Literatur.....	52
c) Offenbarungspflichten vor Abschluss von Individualarbeits- verträgen	52
aa) Leitlinien für Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers	52
bb) Kasuistik der Offenbarungspflichten.....	54
[1] Gesundheitszustand	54
[2] Strafverfahren	55
[3] Schwangerschaft	55
[4] Vorstrafen	56
[5] Zuverlässigkeit.....	56
[6] Gewerkschaftsmitgliedschaft.....	57
[7] Wettbewerbsverbot.....	57
[8] Transsexualität	57
[9] Schwerbehinderteneigenschaft	58
[10] Erlaubnisse	58
cc) Leitlinien für Aufklärungspflichten des Arbeitgebers.....	58

III

dd) Fallgruppen	60
[1] Liquiditätsschwierigkeiten	60
[2] Leistungsansprüche	61
[3] Gesundheitsgefährdung	61
[4] Befristeter Beschäftigungsbedarf	62
d) Konkurrenz zum Anfechtungstatbestand des § 119 Abs. 2 BGB	62
e) Lösungsvorschlag in § 13 ArbVG	63
4. Kausalität zwischen Täuschung und Willenserklärung	64
5. Subjektiver Tatbestand der arglistigen Täuschung	66
a) Definition der Arglist	66
b) Verbotsirrtum	67
6. Rechtswidrigkeit der Täuschung	68
a) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit	68
b) Recht zur wahrheitswidrigen Beantwortung unzulässiger Fragen	69
aa) Beschränkung der Informationserhebung als Konzept	69
[1] Fehlende Möglichkeit der Einstellungskontrolle	69
[2] Zugriff auf die Informationserhebung	71
bb) Zu schützende Interessen	72
[1] Informationsinteresse des Arbeitgebers als Ausfluss seiner Handlungsfreiheit	72
[2] Schutzwürdige Belange des Arbeitnehmers	72
[a] Relevante Grundrechtspositionen	72
[b] Diskriminierungsverbote nach dem AGG	75
cc) Grenzen des arbeitgeberseitigen Fragerechts	76
[1] Leitlinien	77
[2] Kasuistik	78
[a] Ermittlung der fachlichen Eignung	78
[b] Bisherige Beschäftigungsverhältnisse	79
[c] Bisheriges Gehalt	80
[d] Ermittlung von Krankheiten/Suchtverhalten	81
[e] Schwerbehinderteneigenschaft	85
[f] Schwangerschaft	88
[g] Transsexualität	91
[h] Frage nach dem Alter	92
[i] Rasse und ethnische Herkunft	93
[j] Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis	93
[k] Persönliche Lebensverhältnisse	94
[l] Religions- und Parteizugehörigkeit	94
[m] Gewerkschaftsmitgliedschaft	96
[n] Vorstrafen/Strafverfahren	97
[o] Stasitätigkeit	98
[p] Vermögensverhältnisse	100
[q] Wehr- oder Zivildienst	101
dd) Grenzen des arbeitnehmerseitigen Fragerechts	102

IV

[1] Frage nach Tarifbindung des Arbeitgebers	102
[2] Informationspflichten des Arbeitgebers gemäß	
§ 613a Abs. 5 BGB	102
[a] Rechtsnatur der Unterrichtungspflicht	102
[b] Informationsberechtigte und –verpflichtete	103
[c] Allgemeines zum Inhalt der Unterrichtungspflicht	104
[d] Angaben zum Betriebsübernehmer	106
[e] Angaben zum Gegenstand des Betriebsübergangs	106
[f] Zeitpunkt des Übergangs	106
[g] Grund für den Übergang	106
[h] Angaben zu den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs	107
[i] Angaben zu voraussichtlichen Maßnahmen gemäß	
§ 613a Abs. 5 Nr. 4 BGB	111
c) Rechtsfolge unzulässiger Ausübung des Fragerechts	111
aa) Ansicht der Rechtsprechung des BAG	111
bb) Herrschende Lehre	112
cc) Lösung in § 12 Abs. 2 ArbVG	112
7. Täuschung durch Dritte, § 123 Abs. 2 S. 1 BGB	115
IV. Widerrechtliche Drohung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB	117
1. Begriff der Drohung	118
2. Kausalität	119
3. Widerrechtlichkeit	120
a) Drohung mit einer Kündigung	121
aa) Androhung einer fristlosen Kündigung	124
bb) Drohung mit einer ordentlichen Kündigung	124
b) Drohung mit einer Strafanzeige/Schadensersatzforderung	125
c) Drohung mit Vorenthaltung nicht geschuldeter Leistungen	127
d) Entbehrlichkeit der Anfechtung infolge eines Widerrufsrechts des Arbeitnehmers	127
aa) Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB i.V.m. § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB	127
bb) Widerrufsrecht gemäß § 134 ArbVG	128
4. Vorsatz	129
D. Erklärung der Anfechtung	130
I. Gestaltungserklärung	130
1. Auslegung	131
2. Umdeutung	131
II. Wirksamkeitshindernisse	132
1. Analoge Anwendung von § 102 BetrVG	132
2. Analoge Anwendung von § 125 S.1 BGB i.V.m. § 623 BGB	133
3. Wirksamkeitshindernis gemäß § 174 BGB	134
4. Schriftformerfordernis gemäß § 19 ArbVG	134

E. Anfechtungsfrist	135
I. Anfechtungsfrist gemäß § 121 Abs.1 BGB	135
1. Kündigungsrechtliche Modifizierung durch § 626 Abs.2 BGB	135
2. Keine Derogation des § 121 BGB	136
II. Anfechtungsfrist gemäß § 124 BGB	136
III. § 19 ArbVG	137
F. Kein Ausschluss des Anfechtungsrechts	138
I. Ausschlussstatbestand des § 144 BGB	138
II. Beschränkung des Anfechtungsrechts gemäß § 242 BGB	139
III. Ausschluss der Anfechtung durch Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes	142
IV. Rechtslage bei Verstoß gegen § 94 BetrVG	143
V. Lösung in § 19 Abs. 3 ArbVG	144
G. Anwendung der Präklusionsvorschriften auf die Anfechtung	145
I. Analoge Anwendung von §§ 4 S.1, 7 KSchG	145
II. Keine Bindung an eine Frist	145
III. Lösung in § 19 Abs. 5 ArbVG	146
H. Rechtsfolgen	147
I. Vor Invollzugsetzung	147
II. Nach Invollzugsetzung	148
1. Bürgerlich-rechtliches Abwicklungsproblem	148
2. Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis	148
3. Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis	149
a) Voraussetzungen	149
b) Rechtsfolgen	150
c) Begründung	151
aa) Rückabwicklungsschwierigkeiten	151
bb) Sozialschutz	152
d) Partielle Ausnahmen	153
III. Fehlerhafter Änderungsvertrag	155
IV. Fehlerhafter Aufhebungsvertrag	156
V. Lösung in § 20 ArbVG	156
§ 3 Schadensersatz wegen vorsätzlicher und fahrlässiger Täuschung	158
A. Entwicklung des Rechtsinstituts der c.i.c.	158
I. Bedürfnis nach Erweiterung des Haftungssystems	158
II. Kodifizierung im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung	159
B. Rechtsgrund der Haftung	160
I. Lehre von der Vertrauenshaftung	161
II. Begründungsansätze in der arbeitsrechtlichen Judikatur/Literatur	161

III. Ablehnung der Fürsorgepflicht als Begründungsmuster	162
C. Voraussetzungen der Haftung aus c.i.c./p.F.V.	163
I. Anwendbarkeit	163
II. Vorvertragliche Sonderverbindung	163
III. Pflichtverletzung	164
1. Aufklärungspflichten vor Abschluss des Arbeitsvertrages	165
a) Des Arbeitnehmers	165
b) Des Arbeitgebers	166
c) Herbeiführung eines nichtigen Vertrages	168
2. Aufklärungspflichten vor Abschluss eines Aufhebungsvertrages	169
a) Legitimation der Hinweispflichten	170
b) Leitlinien für die Begründung von Aufklärungspflichten	171
aa) Auffassung der Rechtsprechung	173
bb) Auffassungen in der Literatur	174
cc) Stellungnahme	174
c) Kasuistik	176
bb) Verlust von Versorgungsanwartschaften	178
cc) Steuerrechtliche Nachteile	179
dd) Kündigungsrechtliche Nachteile/Sonderkündigungsschutz	179
ee) Tarifliche Nachteile	180
d) Abdingbarkeit der Hinweis- und Aufklärungspflichten	180
3. Aufklärungspflichten vor Abschluss von Entgeltumwandlungs-	
verträgen	181
a) Informationsansprüche des Arbeitnehmers	181
b) Informationsansprüche des Arbeitgebers	184
4. Aufklärungspflichten vor Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung ..	185
5. Aufklärungspflichten bei dem Erwerb von Aktien	185
6. Aufklärungspflichten mit Blick auf einseitige rechtsgeschäftliche	
Aktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers	187
a) Informationspflichten gemäß § 613 Abs. 5 BGB	187
b) Informationspflicht im Hinblick auf eine Eigenkündigung des	
Arbeitnehmers	188
IV. Pflichtwidrigkeit	188
V. Vertretenmüssen	189
1. Kein informationelles Vorsatzdogma	189
a) Ansicht der Rechtsprechung	190
b) Ansicht im Schrifttum	191
2. Kein begrenzter Haftungsmaßstab	192
3. Haftung gemäß § 278 BGB	194
D. Rechtsfolgen	196
I. Ersatzfähiger Schaden	196
1. Schadensersatz in Geld	197

2. Vertragsaufhebung.....	197
a) Vertragsauflösung als Schadensersatz	197
b) Schadensersatzrechtliche Vertragsaufhebung von Individualarbeitsverträgen	197
3. Vertragsanpassung.....	199
4. Unterlassen des Ausübens von Gestaltungsrechten.....	202
a) Unterbliebene Arbeitgeberkündigung	202
b) Schadensersatzfolgen nach Unterrichtungspflichtverstoß (§ 613a Abs.5 BGB).....	204
c) Unterbliebene Eigenkündigung des Arbeitnehmers	206
II. Haftungsausfüllende Kausalität.....	207
1. Problem des Kausalitätsbeweises	207
2. Fehlende Kausalität.....	208
3. Absehen vom Vertragsschluss.....	210
4. Vertragsschluss zu geänderten Bedingungen	210
5. Beseitigung einer Altersteilzeitvereinbarung	212
6. Beseitigung eines Aufhebungsvertrages.....	212
III. Mitverschulden.....	214
E. Verjährung.....	216
F. Beweislast.....	216
§ 4 Konkurrenzverhältnisse.....	217
A. Konkurrenzverhältnis zu den Kündigungsregeln	217
B. Konkurrenzverhältnis zu den Anfechtungsregeln.....	218
I. Täuschungsanfechtung und schadensrechtliche Vertragsaufhebung im Systemvergleich	220
1. Konstruktive Unterschiede	220
2. Erfordernis eines Vermögensschadens bei der c.i.c.-Haftung.....	221
a) Auffassung der Rechtsprechung	221
b) Auffassung der herrschenden Lehre	223
c) Vermögensschaden bei fehlerhaften Arbeitsverträgen	225
3. Unterschiede im Verhältnis zu Dritten	228
4. Täuschung durch Dritte	229
5. Rückabwicklung des vertraglichen Leistungsaustauschs	230
a) Rückgriff auf gesetzlichen Rückabwicklungsmodus.....	230
b) Rückabwicklung eines vollzogenen Arbeitsverhältnisses	231
6. Rechtsfortbildende Ausweitung des Tatbestands von § 123 Abs. 1 BGB.....	233
7. Andere Anfechtungskonzepte.....	234
II. Zeitliche Begrenzung der Regelungsmuster.....	235

VIII

1. Subsidiäre Anwendung der c.i.c. vor Ablauf der Frist des § 124 BGB	235
2. Anwendung der c.i.c. nach Ablauf der Frist des § 124 BGB	236
a) Auffassung der Rechtsprechung	237
b) Analoge Anwendung der Ausschlussfrist des § 124 BGB	238
c) Analoge Anwendung von § 121 BGB	239
d) Analoge Anwendung von § 626 Abs. 2 BGB.....	239
e) Keine Rechtsfortbildung	239
III. Beschränkung der vorvertraglichen Informationshaftung durch Freizeichnung.....	240
IV. Zeitliche Begrenzung durch Ausschlussfristen.....	242
C. Konkurrenzverhältnis zu deliktischen Schadensersatzansprüchen.....	244
D. Keine Regelung im Diskussionsentwurf-ArbVG	244
§ 5 Schadensersatz gemäß § 311a Abs. 2 BGB	246
A. Haftungsgrund.....	246
B. Tatbestand	249
I. Anwendungsbereich.....	249
II. Ausschluss der Leistungspflicht	249
1. Befreiung von der Arbeitspflicht kraft Gesetzes	249
2. Befreiung von der Vergütungspflicht	252
3. Befreiung von der Beschäftigungspflicht	252
4. Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers	252
a) Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit	253
b) Gesetzliche Verbote	254
c) Familiäre, persönliche Gründe	254
d) Ausländischer Wehrdienst	255
e) Gewissensgründe.....	255
III. Verhältnis von rechtlicher Unmöglichkeit zur Nichtigkeit.....	257
IV. Zeitpunkt des Vertragsschlusses	258
V. Vertretenmüssen	259
1. Haftungsmaßstab	259
2. Analogie gemäß § 122 BGB bei fehlendem Vertretenmüssen.....	259
C. Rechtsfolge.....	261
I. Schadensersatz statt der Leistung	261
II. Aufwendungsersatz	262
III. Mitverschulden.....	262
D. Konkurrenzverhältnisse	263
I. Konkurrenzverhältnis zur Irrtumsanfechtung.....	263

II. Konkurrenzverhältnis zur c.i.c.....	263
1. Vorrang des § 311a Abs. 2 BGB	264
2. Kein Spezialitätsverhältnis	265
§ 6 Deliktische Haftung für vorvertragliche Irreführung	266
A. Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB.....	266
I. Voraussetzungen	266
1. Verstoß gegen die guten Sitten	267
2. Schadensbegriff	268
3. Subjektiver Tatbestand	269
II. Rechtsfolgen	271
1. Schaden	271
2. Mitverschulden	271
B. Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB	272
I. Voraussetzungen	272
1. Objektiver Tatbestand	272
a) Täuschung über Tatsachen	272
b) Irrtum.....	275
c) Vermögensverfügung	277
d) Vermögensbeschädigung	279
aa) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff mit normativer Schranke	279
bb) Eingehungsbetrug	280
aa) Bestimmung des Vermögensschadens beim Anstellungsbetrug ...	282
[1] Minderleistung	282
[2] Fehlen vergütungsbestimmender Merkmale	283
[3] Fehlen elementarer Qualifikationen	284
bb) Vermögensschaden beim Einstellungsbetrug.....	285
2. Subjektiver Tatbestand	286
3. Rechtswidrigkeit/Schuld	288
II. Rechtsfolgen	288
C. Konkurrenzverhältnisse	288
I. Konkurrenzverhältnis der deliktischen Haftungstatbestände	288
II. Konkurrenzverhältnis zu den Anfechtungsregeln	289
1. Vorrang der Anfechtung	289
2. Unbeeinflusste Konkurrenz	290
3. Bedeutung der Arglisteinrede	291
§ 7 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	293

§ 1 Willensmängel beim Abschluss von Arbeitsverträgen

A. Willensmängel während verschiedener Phasen des Arbeitsverhältnisses

Beim Abschluss von Individualarbeitsverträgen jeglicher Art spielen vielfach Willensmängel eine Rolle. Etwa: Aufgrund von Fehlinformationen zeichnet der Arbeitnehmer ein Investment, in dessen Rahmen er auf sein Gehalt verzichtet, damit der Arbeitgeber das Geld in einen Pensionsfonds investiert¹. Ferner: Der Arbeitgeber versichert wahrheitswidrig, dass die vertragliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder den allgemeinen noch den besonderen Kündigungsschutz beeinträchtigt und bewegt infolgedessen den Arbeitnehmer zur Annahme des Aufhebungsangebots². Als klassische Beispiele gelten in diesem Bereich die Fallgruppen, wonach Bewerber sich den Erstabschluss des Arbeitsvertrags durch wahrheitswidrige Beantwortung zulässiger Fragen des Arbeitgebers erschleichen³.

Die exemplarisch angeführten Einführungsfälle deuten bereits an, dass Willensmängel während verschiedener Phasen des Arbeitsverhältnisses einen Störfaktor bilden können⁴. Willensmängel können zunächst auf der Ebene des Erstabschlusses des Arbeitsvertrages virulent werden, sodann auf der Ebene eines Änderungs- oder Aufhebungsvertrages desselben. Zum anderen treten Willensmängel möglicherweise auch bei Nebenabreden auf. Behandelt werden deshalb nicht ausschließlich fehlerhafte Willenserklärungen bei Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern ebenso im Rahmen von Änderungs- und Aufhebungsverträgen sowie Nebenabreden zwischen den Arbeitsrechtsakteuren.

B. Verschiedene Reaktionsmöglichkeiten auf Willensmängel

Die verschiedenen in Betracht zu ziehenden Reaktionsmöglichkeiten für den Fall, in dem keine Kongruenz von Erklärungstatbestand der Willenserklärung und wahren Willen des Erklärenden beim Arbeitsvertragsschluss besteht, ergeben sich in Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus dem allge-

¹ Loritz, in FS Richardi (2007) S. 287, 299 ff.; Hanau/Arteaga/Rieble/Veit/Rieble, Entgeltumwandlung (2006) Rn. 223.

² Ehrich, DB 1992, 2239, 2240; Weber/Ehrich/Hoß/Ehrich, Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge (2004) S. 333.

³ Thüsing/Lambrich, BB 2002, 1146, 1146 m.w.N.; Wisskirchen/Bissels, NZA 2007, 169 ff.

⁴ AR-Blattei/Hergenröder, SD 60 Rn. 1 ff.

meinen bürgerlichen Vertragsrecht; sie umfassen Anfechtbarkeit, Kündigung und eventuell Schadensersatzansprüche⁵.

Das BAG hat die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln gemäß §§ 119, 123 BGB auf Arbeitsverträge als eigenständigen Lösungstatbestand von Anfang an bestätigt, ist mithin der Bestrebung einer vollständigen Verdrängung eines elementaren Gestaltungsrechts des Zivilrechts entgegengetreten⁶. Dass die Anfechtung neben der Kündigung als Gestaltungsrecht auch bei Arbeitsverträgen ausgeübt werden kann, ist als gesicherter Ausgangspunkt das theoretische Fundament der einschlägigen höchstrichterlichen Judikatur⁷. Die Entwicklung hinsichtlich der Ausgestaltung des Anfechtungsrechts und die Reglementierung seiner Vollziehung ist jedoch nach wie vor nicht abgeschlossen⁸. Während das BAG eine eingeschränkte Rechtsfortbildungskompetenz im Hinblick auf die Ausübungsmodalitäten der Anfechtung mit dem Ziel der Angleichung an das Institut der außerordentlichen Kündigung betont⁹, verweisen Literaturauffassungen oftmals auf die Wesensverschiedenheit der beiden Gestaltungsrechte¹⁰.

Dabei ist die Möglichkeit der Anfechtung der auf den Arbeitsvertrag gerichteten Willenserklärung für den Arbeitgeber von ungleich größerer Bedeutung als für den Arbeitnehmer; ermöglicht sie doch eine Beendigung ohne die Restriktionen des Kündigungsschutzes¹¹, während hingegen der Arbeitnehmer ohnehin weitgehend Kündigungsfreiheit besitzt. Die §§ 119 ff. BGB schützen die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers, welcher jedoch das (schutzwürdige) Vertrauen des Arbeitnehmers auf die Gültigkeit des Arbeitsvertrags und auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses gegenüberstehen¹². Der wichtigste praktische Anwendungsfall der Anfechtungsregeln im Arbeitsverhältnis ist die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Ar-

⁵ MünchArbeitsR/*Buchner* (2000), § 41 Rn. 177; *Ehrich*, DB 2000, 421, 427.

⁶ BAG vom 15. 12. 1957 – 1 AZR 594/56, AP Nr. 2 zu § 123 BGB, SAE 1958, 147; BAG vom 28.3.1974 – 2 AZR 92/73, AP Nr.3 zu § 119 BGB, DB 1974, 1531.

⁷ *Picker*, ZfA 1981, 1, 5.

⁸ *Picker*, ZfA 1981, 1, 5; § 611 BGB Rn. 442; *Strick*, NZA 2000, 695, 695.

⁹ BAG vom 14. 12. 1979 - 7 AZR 38/78; AP Nr.4 zu § 119 BGB, SAE 1981, 82 ff.

¹⁰ *Picker*, ZfA 1981, 1, 24, 26; MünchArbeitsR/*Richardi*, § 46 Rn. 27, 51; MünchArbeitsR/*Buchner*, § 41 Rn. 180.

¹¹ *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht (2007) § 3 Rn. 190; *Picker*, ZfA 1981, 1 ff.

¹² *Strick*, NZA 2000, 695, 701.

beitgeber wegen arglistiger Täuschung durch den Arbeitnehmer (§ 123 Abs. 1, Alt. 1 BGB)¹³.

Als Konsequenz einer vorvertraglichen Informationspflichtverletzung stehen der irregeführten Vertragspartei regelmäßig auch Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo sowie Deliktsrecht zur Verfügung, welche im Grundsatz auch den Anspruch auf Vertragsaufhebung einschließen¹⁴. Die Folge der Kumulation von Anfechtungsrecht und schadensersatzrechtlicher Vertragsauflösung sind Friktionen, die aus der unterschiedlichen zeitlichen Begrenzung der Rechtsinstitute resultieren¹⁵. Die Frage nach einem Wertungswiderspruch wird insbesondere bei der auf Vertragsaufhebung gerichteten c.i.c. virulent, die tatbestandlich nur eine fahrlässige Irreführung des Anspruchsgegners voraussetzt¹⁶. Während das Konkurrenzverhältnis von Anfechtung und schadensersatzrechtlicher Vertragsaufhebung im Bereich des Zivilrechts den Gegenstand einer langjährigen Kontroverse in Rechtsprechung und Literatur bildet, fehlt es in der Disziplin des Arbeitsrechts bezüglich des Problembereichs sowohl an Gerichtsentscheidungen als auch an einer fundierten wissenschaftlichen Auseinandersetzung im Schrifttum¹⁷. Zu prüfen gilt es deshalb insbesondere, ob ein Anspruch des Arbeitgebers aus culpa in contrahendo auch auf die Befreiung von der Arbeitsvertragsbindung gerichtet sein kann. Insoweit lässt sich mit *Wiedemann* formulieren, dass die Rechtsfigur der culpa in contrahendo Anlass gibt, den Stand des Arbeitsvertragsrechts mit der Entwicklung des Bürgerlichen Rechts zu vergleichen, da das Arbeitsrecht möglicherweise hinsichtlich der vorvertraglichen Informationshaftung abermals als Vorreiter zur Einschränkung der Vertragsfreiheit auftritt¹⁸.

Nach In-Krafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist als denkbare Reaktion auch ein Schadensersatzanspruch gemäß § 311a Abs. 2 BGB in Betracht zu ziehen, soweit die Durchführbarkeit des Arbeitsverhältnisses

¹³ *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, § 3 Rn. 190; *Reichold*, Arbeitsrecht (2006) § 7 Rn. 46.

¹⁴ MünchArbeitsR/*Buchner*, § 41 Rn. 191; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Bd 1 (2005) § 5 Rn. 154.

¹⁵ *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB (2000), S. 214; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht (2002) Rn. 383.

¹⁶ *Grigoleit*, in: Schulze/Schulte-Nölke(Hg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts(2001) S. 276 ff; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 214.

¹⁷ *Strick*, NZA 2000, 695, 698.

¹⁸ *Wiedemann*, in: FS Herschel (1982) S. 463.

infolge eines vorvertraglichen Informationsverschuldens einer Partei bereits bei Vertragsschluss ausgeschlossen ist¹⁹.

Die Möglichkeit der Kündigung besteht unabhängig von der Anfechtbarkeit²⁰, wobei jedoch keine Besonderheiten gegenüber der allgemeinen Dogmatik gelten, weshalb die Aufmerksamkeit in erster Linie den zuvor erwähnten Rechtsinstrumenten gewidmet wird.

Derzeit unternehmen *Preis* und *Henssler* im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung den erneuten Anlauf zu einem Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetz. Die Regelungsvorschläge des ArbVG hinsichtlich des Anfechtungsrechts werden daher ausgehend von der geltenden Rechtslage bzw. dem gegenwärtigen Diskussionsstand in Rechtsprechung und Literatur ebenfalls erörtert.

Die Untersuchung konzentriert sich mithin auf die verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitsvertragsparteien auf Willensmängel beim Abschluss von Verträgen. Im Fokus steht dabei das problematische Konkurrenzverhältnis der Lösungstatbestände.

¹⁹ *Gotthardt*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform (2003) S. 77 ff.

²⁰ *MünchArbeitsR/Buchner*, § 41 Rn. 185; *Budde*, Der Anstellungsbetrug (2005) S. 113; *Otto*, Arbeitsrecht (2003) § 7 Rn. 243.

§ 2 Anfechtung von Willenserklärungen im Rahmen von Individualarbeitsverträgen

A. Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln

Die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln gemäß §§ 119 ff. BGB wäre ausgeschlossen, sofern der Arbeitsvertrag nicht durch Rechtsgeschäft, sondern infolge der tatsächlichen Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb (Realakt) begründet wird²¹. Die vormals ungeklärte Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses fand ihren Ausdruck in der Kontroverse zwischen Eingliederungs- und Vertragstheorie²².

I. Eingliederungstheorie

Nach der vornehmlich von *Siebert* und *Nikisch* vertretenen Eingliederungstheorie entsteht das Arbeitsverhältnis nicht durch Vertrag, sondern durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb²⁴. Grundlage dieser Auffassung sind die gemeinschaftsbildende Kraft des gemeinsamen Persönlichkeitseinsatzes zu einem bestimmten Ziel in der Gesamtordnung sowie die rechtsschöpferische Kraft der auf solchem unmittelbaren Persönlichkeitseinsatz beruhenden (personenrechtlichen) Gemeinschaft²⁶. Von diesem Standpunkt aus ließ sich begründen, dass die Rechtsgeschäftslehre des BGB, insbesondere die Vorschriften über die Anfechtung, auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung finden, da es schlechterdings unmöglich sei, ein faktisches personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis rückwirkend zu beseitigen²⁷.

²¹ *Reichold*, Arbeitsrecht, § 7 Rn. 42.

²² dazu *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts (1963) S. 115 ff.; *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 135.

⁴⁵ *Siebert*, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit (1935) S. 85 ff.; *Nikisch*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis (1941); *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse (1943) S. 19 f.

²⁶ *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 16 ff.; *Siebert*, Das Recht der Arbeit (1943) S. 5; *ders*, Arbeitsverhältnis, S. 85 ff.

²⁷ *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 19, 20; *Siebert*, Arbeitsverhältnis, S. 99, 100.

Schwer zu bewältigende Relikte der Eingliederungstheorie im Sinne des Abstellens auf rein faktische Elemente begegnen noch bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung sowie beim Begriff der Einstellung des § 99 BetrVG²⁸.

II. Vertragstheorie

Nach der Vertragstheorie wird das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis ausschließlich durch den Abschluss des Arbeitsvertrages begründet²⁹. Der Vertrag ist Verpflichtungsgegenstand und Rechtsgrund für die Erbringung der Arbeit und des Arbeitsentgelts³⁰. Die Vertragstheorie steht im Einklang mit den Grundprinzipien der Privatrechtsordnung, wonach die freie Selbstbestimmung maßgeblich ist³¹. Die Eingliederungstheorie hingegen ist nicht mit dem geltenden Recht zu vereinbaren, da es keinen sachlichen Grund gibt, für das Arbeitsverhältnis systemwidrig einen anderen Begründungsbestand anzunehmen, als er sonst für die Begründung eines Schuldverhältnisses gilt; denn nach geltendem Recht unterliegt die Ordnung der Arbeitsverhältnisse als privatrechtliche Verträge dem Grundsatz der Privatautonomie³². Daraus folgt, dass der Arbeitsvertrag als bürgerlich-rechtlicher Vertrag grundsätzlich den Regeln des BGB beziehungsweise den Anfechtungsregeln unterliegt³³. Die Abkopplung des Arbeitsverhältnisses von den Grundgedanken und Grundwertungen des Bürgerlichen Rechts ist ein problematischer und verlustreicher Vorgang³⁵.

²⁸ *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 136.

²⁹ Statt aller *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, S. 116 m.w.N; *ErfKomm/Preis*, § 611 BGB Rn. 7; *MünchArbeitsR/Richardi*, § 42 Rn. 1 ff; *Reichold*, Arbeitsrecht, § 7 Rn. 42.

³⁰ *Richardi*, NZA 1992, 769, 774.

³¹ *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, S. 120; *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966) S. 75.

³² *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, S. 120; *MünchArbeitsR/Richardi* § 42 Rn 7.

³³ *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, § 3 Rn. 188 ff.; *Reichold*, Arbeitsrecht, § 7 Rn. 41; *Rolfs*, Arbeitsrecht Studienkommentar [2007] § 119 BGB Rn. 3.

³⁵ *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 112; *Richardi*, NZA 1992, 769, 773.

III. Konzeption im Diskussionsentwurf - ArbVG

Gemäß § 1 Abs.1 S.1 des Diskussionsentwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes wird das Arbeitsverhältnis durch Vertrag begründet. Darüber hinaus sollen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten, soweit das ArbVG nichts anderes bestimmt, § 1 Abs. 1 S.2 ArbVG. Gegen diesen Vorschlag wird eingewandt, der Vorschrift könne allenfalls eine Entscheidung gegen die Eingliederungstheorie zugunsten der Vertragstheorie entnommen werden, sofern ihr überhaupt ein Regelungsgehalt beigemessen werden soll³⁶. Die Entscheidung ausschließlich einer dogmatischen Streitfrage rechtfertige jedoch keine Norm, weshalb ein Offenbleiben gegenüber neuen wissenschaftlichen Entwicklungen sinnvoller sei³⁷. Das Vertragsprinzip steht jedoch im Einklang mit den Grundwertungen der geltenden Privatrechtsordnung, wie sie vor allem in Art.1 und 2 GG ihren Ausdruck gefunden haben³⁸, so dass dessen Deklaration an der Spitze des Gesetzes Zustimmung verdient³⁹.

B. Verdrängung der Anfechtung durch die Kündigung

I. Vor Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses

Eine richterliche Gesetzesberichtigung der §§ 119, 123, 142 BGB vor Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses ist weder angebracht noch zulässig, da der Arbeitnehmer-Schutzgedanke beziehungsweise Rückabwicklungsschwierigkeiten keine Einschränkung der Anfechtungsregeln erfordern, solange noch keine Arbeit geleistet wurde⁴⁰.

II. Nach Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses

1. Kündigungstheorie

Schon früh wurde die Ansicht vertreten, dass das Institut der Anfechtung von Willenserklärungen im Arbeitsrecht vollständig durch das Institut der außerordentlichen Kündigung als der spezielleren Gestaltungsfigur verdrängt sei beziehungsweise dass die Anfechtung neben der Kündigung fak-

³⁶ *Steinmeyer/Jürging*, NZA 1992, 777, 785 zum ähnlichen § 1 ArbVG 1992.

³⁷ *Steinmeyer/Jürging*, NZA 1992, 777, 785.

³⁸ *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 120.

³⁹ *Richardi*, NZA 1992, 769, 774 zu § 1 ArbVG 1992.

⁴⁰ *Haberhorn*, AuR 1953, 368, 369; *Hönn ZfA* 1987, 61 ff.; *Staudinger/Richardi*, § 611 Rn. 204.

tisch keine Bedeutung mehr habe und folglich mangels Funktion obsolet sei, so genannte Kündigungstheorie⁴¹. Der Gesetzgeber des BGB habe bei der Anordnung der Rückwirkung der wirksamen Anfechtungserklärung beabsichtigt, sachbezogene Umsatzgeschäfte zu regeln⁴². Hinsichtlich des Schutzes der Willensfreiheit sei das Arbeitsrecht gegenüber dem BGB selbstständig⁴³.

2. Derogation von § 119 Abs. 2 BGB durch spezifisch arbeitsrechtliches Sanktionensystem

Insbesondere *Singer* proklamiert den Vorrang des spezifisch arbeitsrechtlichen Sanktionensystems gegenüber der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums⁴⁶. Denn Anlass für die Anfechtung des Arbeitsvertrages bildeten regelmäßig Störungen des Leistungsvollzuges⁴⁷. Die Anfechtung solle also in funktionaler Hinsicht die zumeist rechtlich schwierige, wenn nicht unmögliche Kündigung ersetzen⁴⁸. Wenn diese aber rechtlich nicht möglich sei, solle diese gesetzliche Wertung nicht durch die Gewährung eines Anfechtungsrechts konterkariert werden⁴⁹.

Der Einwand, dass sich Anfechtung und Kündigung wesensmäßig unterscheiden⁵⁰, sei nicht sehr überzeugend, da dieses Argument auch auf die konkurrierenden Tatbestände des Gewährleistungs- und Anfechtungsrechts

⁴¹*Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung (1960) S. 271 ff.; *Frey*, AuR 1953, 167 ff.; *Haberkorn*, AuR 1953, 368, 369 ff.; *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 216 ff.; *Schwerdtner*, Arbeitsrecht I, S. 23 ff.

⁴²*Brox*, Irrtumsanfechtung, S. 271; *Schwerdtner*, Arbeitsrecht I, S. 24.

⁴³*Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 216, der jedoch die Anfechtung durch den AN anerkennt.

⁴⁶*Staudinger/Singer*, [2004], § 119 Rn. 83; ebenso schon *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 217; *ders.*, Arbeitsrecht I, S. 240 ff.

⁴⁷*Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 217; *Staudinger/Singer*, § 119 Rn. 83.

⁴⁸*Staudinger/Singer*, § 119 Rn. 83.

⁴⁹*Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler*, Kündigungsschutzrecht, [2004], § 122 BGB Rn. 15 f.; *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 216; *ders.* Arbeitsrecht I (2000) S. 241 ff.

⁵⁰BAG vom 5.12.1957 – 1 AZR 594/56, BAGE 5, 159, 161 f.; *Picker*, ZfA 1981, 1, 24 ff.

gemäß §§ 434 ff. und § 119 Abs. 2 BGB zutreffe, bei der die herrschende Meinung jedoch zurecht von einem Vorrang des Leistungsstörungenrechtes ausgehe⁵¹.

Für einen Vorrang des Kündigungsrechtes spreche insbesondere, dass die herrschende Meinung ihrerseits genötigt sei, die als unsachgerecht angesehene Anfechtungsfolge der Ex-Tunc-Nichtigkeit gemäß § 142 BGB zu korrigieren; bei einem Vorrang der Kündigung verstehe sich von selbst, dass das Arbeitsverhältnis nur ex nunc aufgelöst werden könne⁵².

Ferner sei sichergestellt, dass die zum Schutze der Arbeitnehmer bestehenden Vorschriften des KSchG, MuSchG und §§ 85 ff. SGB IX nicht umgangen werden können⁵³. Zweifelhafte Abgrenzungen wie die, ob und unter welchen Voraussetzungen zum Beispiel Krankheit, Schwerbehinderung oder Schwangerschaft verkehrswesentliche Eigenschaften seien, würden vermieden werden⁵⁴. Davon unberührt bleibe lediglich die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, da der Arbeitnehmer in diesem Falle nicht schutzwürdig sei⁵⁵. Die Prüfung der Anfechtung konzentriere sich dann im Arbeitsvertragsrecht auf die in der Praxis ohnehin im Vordergrund stehende Frage, ob der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an bestimmten Eigenschaften des Arbeitnehmers habe⁵⁶. Ein darüber hinausgehendes Anfechtungsrecht zusätzlich zu den Kündigungsvorschriften anzuerkennen, sei weder rechtlich geboten noch praktisch notwendig⁵⁷.

Auch die Arbeitsgesetzbuchkommission hat in § 17 c I ihres 1977 vorgelegten Entwurfs vorgeschlagen, die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB durch die Kündigung zu ersetzen⁵⁸.

Singer zufolge stellt die Kündigung insoweit eine Sonderregelung dar, als das Verhältnis zwischen der Anfechtung wegen ungünstiger Eigenschaften des Arbeitnehmers und der Kündigung wegen Leistungsstörungen betref-

⁵¹ Hönn, ZfA 1987, 61, 92; Staudinger/Singer, § 119 Rn. 83.

⁵² Brox, Irrtumsanfechtung, S. 271 ff.; Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 241; Haberkorn, AuR 1953, 368, 371; Hönn, ZfA 1987, 61, 78; Staudinger/Singer, § 119 Rn. 83.

⁵³ Frey, AuR 1953, 167, 168; Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 241; Haberkorn, AuR 1953, 368, 371; Staudinger/Singer, § 119 Rn. 83.

⁵⁴ Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 242 f.; Staudinger/Singer, § 119 Rn. 83.

⁵⁵ Hönn, ZfA 1987, 61, 93; Staudinger/Singer, § 119 Rn. 83.

⁵⁶ Brox, Irrtumsanfechtung, S. 271 ff.; Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 241; Staudinger/Singer, § 119 Rn. 83.

⁵⁷ Brox, Irrtumsanfechtung, S. 271 ff.; Frey, AuR 1953, 167, 167; Gamillscheg, AcP 176 (1976), 197, 217; ders., Arbeitsrecht I, S. 241; Staudinger/Singer, § 119 Rn. 83.

⁵⁸ Entwurf eines Arbeitsgesetzbuchs, Bonn 1977.

§ 3 Schadensersatz wegen vorsätzlicher und fahrlässiger Täuschung

A. Entwicklung des Rechtsinstituts der c.i.c.

I. Bedürfnis nach Erweiterung des Haftungssystems

Die Entwicklung und Gestaltung der c.i.c. als allgemeines, generalklauselartiges Rechtsinstitut erfolgte durch die Rechtsprechung und das Schrifttum¹⁰²³. Grundlage für das Bedürfnis einer Erweiterung des Haftungssystems im BGB waren zunächst die als Defizite bezeichneten Haftungsgrenzen des deutschen Deliktsrechts¹⁰²⁴. Die in jüngeren Jahren ergangenen Entscheidungen greifen häufig auf die culpa in contrahendo als Rechtsgrundlage zurück, um eine Vertragsaufhebung bei Sachverhalten zu ermöglichen, in denen kein vorsätzliches Verhalten der Gegenpartei nachweisbar ist¹⁰²⁵. Im Laufe der Entwicklung haben sich also die Fallgruppen vermehrt, in denen richterrechtlich Schadensersatzansprüche auf Vertragsaufhebung gewährt werden¹⁰²⁶. Anders als bei der klassischen Funktion der culpa in contrahendo, die Schwächen des Deliktsrechts zu korrigieren, werden die Haftungsregeln der c.i.c. zunehmend eingesetzt, um rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zu erweitern¹⁰²⁷. In der Sache dient die culpa in contrahendo in der hier relevanten Fallgruppe dazu, für notwendig erachtete Ergänzungen des Vertragslösungsinstrumentariums (also der Anfechtungs-, Widerrufs- und Rücktrittsrechte) vorzunehmen¹⁰²⁸.

¹⁰²³ MünchKomm/Emmerich, [2007], § 311 Rn. 56.

¹⁰²⁴ - Das strenge, insbesondere in § 823 Abs. 1 BGB angelegte Enumerationsprinzip, wonach keine allgemeine Haftung für primäre Vermögensschäden vorgesehen ist: Ein generalklauselartiger Rechtsgüterschutz besteht erst unter den strengen Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit gemäß § 826 BGB.

- Die durch § 831 Abs. 1 S. 2 BGB eröffnete Möglichkeit der Exkulpation für deliktisches Handeln von Hilfspersonen.

- Die fehlende Beweiserleichterung im Deliktsrecht im Unterschied zum vertraglichen Bereich gemäß § 280 Abs.1 S. 2 BGB. Den Geschädigten trifft für alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen, insbesondere auch für ein Verschulden des Schädigers, die volle Beweislast.

¹⁰²⁵ OLG Bamberg vom 24.9.1996 – 5 U 104/95, NJW-RR 1997, 694, 695; LG Hamburg vom 4.12.1996 – 319 O 257/96, VuR 1997, 215, 216.

¹⁰²⁶ Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 184.

¹⁰²⁷ Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 184.

¹⁰²⁸ V. Bar, JuS 1982, 637, 638.

II. Kodifizierung im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung

Die im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung kodifizierte Regelung der c.i.c. (§§ 311 Abs.2, 241 Abs.2 BGB) beschränkt sich auf einzelne Anknüpfungen für die Entstehung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses, verzichtet jedoch bewusst auf eine differenzierte Ausgestaltung des Tatbestands sowie der Rechtsfolgen und überlässt damit die Lösung der Streitfragen weiterhin Rechtsprechung und Wissenschaft¹⁰²⁹. Im Schrifttum zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz besteht Einigkeit darüber, dass mit § 311 Abs. 2 und 3 BGB im Kern keine Änderung der bisherigen Rechtslage verbunden ist, so dass zur Präzisierung des Rechtsinstituts der c.i.c. auf die bisher in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze einschließlich der verschiedenen Fallgruppen der c.i.c. zurückgegriffen werden kann¹⁰³⁰. Der weiteren Entwicklung sollten jedoch weder enge Grenzen gesetzt, noch sollten die bisherigen Ergebnisse festgeschrieben werden¹⁰³¹. Eine Zentralfrage der kodifizierten c.i.c. lautet, ob die bisherige Vertrauenshaftung, namentlich die umstrittene Fallgruppe des grundlosen Abbruchs von Vertragsverhandlungen aufrecht erhalten werden kann. Solange die Parteien noch verhandeln, fehlt es an einer rechtsgeschäftlichen Bindung (§ 154 Abs. 1 BGB), so dass grds. jeder Teil auf eigene Gefahr handelt, wenn er gleichwohl schon jetzt im Vertrauen auf den erhofften Vertragsschluss Aufwendungen tätigt¹⁰³². Die Abkehr vom intendierten Vertragsschluss ist grds. nicht pflichtwidrig, da ein Vertrauenstatbestand keine positive Pflicht zum Vertragsschluss erzeugen kann. Dazu bedarf es einer rechtsgeschäftlichen Bindung – durch Vorvertrag oder letter of intent – sofern man nicht mit *Köndgen*¹⁰³³ die „vertragsähnliche“ Selbstbindung ohne Vertrag postuliert¹⁰³⁴. Da grundsätzlich keine Pflicht zum Vertragsschluss existiert, kann nicht die Verweigerung desselben als Pflichtverletzung deklariert werden. Eine Haftung ist nur in Betracht zu ziehen, soweit eine zumindest fahrlässige Täuschung über die Abschlussfreiheit vorliegt, welche als Informationspflichtverletzung sanktioniert werden kann¹⁰³⁵. Der Fallgruppe des Abbruchs von Vertragsverhandlungen kann deshalb nur

¹⁰²⁹ Dazu kritisch *Fleischer*, in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S. 243, 262.

¹⁰³⁰ *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung (2002), S. 14; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 366.

¹⁰³¹ Regierungsbegründung, BT-Drucksache 14/6040, S. 162.

¹⁰³² MünchKomm/*Emmerich*, § 311 Rn. 213.

¹⁰³³ *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag (1981).

¹⁰³⁴ *Rieble*, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 137, 150.

¹⁰³⁵ MünchKomm/*Emmerich*, § 311 Rn. 213 f.

unter der zusätzlichen Voraussetzung der Verletzung einer besonderen Aufklärungs- oder Warnpflicht aus dem Verhandlungsverhältnis zugestimmt werden, da andernfalls die Voraussetzungen der c.i.c. als Haftung für Pflichtverletzung nicht erfüllt sind¹⁰³⁶. Diese tradierte c.i.c.-Variante kann daher nicht mehr aufrechterhalten werden, sofern man nicht – was abzulehnen ist – eine reine Vertrauenshaftung außerhalb dem BGB anerkennt.

B. Rechtsgrund der Haftung

Umstritten ist, welcher materiale Rechtsgrund der Haftung aus c.i.c. zugrunde liegt, das heißt welche Grundgedanken die Haftung aus c.i.c. in den durch Rechtsprechung und Literatur herausgebildeten Fallgruppen jeweils zu erklären vermögen und ob sich diese auf ein einheitliches Prinzip zurückführen lassen¹⁰³⁷. Die Frage nach dem konkreten Inhalt des Schutzprinzips und den Gründen für die Überschreitung des deliktischen Schutzes im rechtsgeschäftlichen Kontaktbereich ist für die Bestimmung von Umfang und Grenzen der c.i.c. von erheblicher praktischer Bedeutung¹⁰³⁸. Die Bestimmung des Legitimationsgrundes vorvertraglicher Pflichten ist infolge der Kodifikation der c.i.c. im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nicht entbehrlich, da § 311 Abs. 2 BGB nur eine abstrakte gesetzliche Verankerung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses enthält¹⁰³⁹, weshalb zu dessen Konkretisierung auf das materiale Rechtsprinzip zurückzugreifen ist¹⁰⁴⁰. Eine möglichst klare Herausarbeitung der Grundgedanken der einzelnen Fallgruppen ist geeignet, Maßstäbe für die Fortentwicklung der c.i.c. im Rahmen des § 311 Abs. 2 und 3 BGB zu statuieren¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 214; Schwab, JuS 2002, 773, 776.

¹⁰³⁷ MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 59 ff.; Fleischer, in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S. 243, 253 ff.; MünchArbeitsR/Richardi, § 45 Rn. 13; Wiedemann, in FS: Herschel, S. 463, 464 f.

¹⁰³⁸ MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 59; Fleischer, in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 243, 257.

¹⁰³⁹ dazu sehr kritisch Rieble, in: Das neue Schuldrecht, S. 137, 157.

¹⁰⁴⁰ MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 59; Fleischer, in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 243, 253 ff.

¹⁰⁴¹ MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 59; Fleischer, in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 243, 253 ff.

I. Lehre von der Vertrauenshaftung

Zurückgehend auf *Ballerstedt*¹⁰⁴² und *Canaris*¹⁰⁴³ findet in Rechtsprechung und Literatur unter zahlreichen anderen Erklärungsansätzen der Gedanke die meiste Zustimmung, wonach das vorvertragliche Pflichtenprogramm der c.i.c. in der Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen im rechtsgeschäftlichen Kontakt gründe¹⁰⁴⁴.

Gegen die vertrauenstheoretische Pflichtenbegründung wird insbesondere angeführt, dass es dem Gesichtspunkt enttäuschten Vertrauens an Selektionskraft fehle¹⁰⁴⁵. Frustriertes Vertrauen liege als Leitmotiv der gesamten Vertragshaftung zugrunde und spiele häufig auch fernab jeder Sonderverbindung eine Rolle¹⁰⁴⁶.

II. Begründungsansätze in der arbeitsrechtlichen Judikatur/Literatur

Zur Begründung vorvertraglicher Pflichten im Arbeitsverhältnis wird teilweise angeführt, es handele sich um eine Ausstrahlungswirkung der bestehenden Treue- und Fürsorgepflichten¹⁰⁴⁷. *Wiedemann* betont, sachlich verberge sich hinter der Anerkennung von Treue- und Fürsorgepflichten im arbeitsrechtlichen Anbahnungsverhältnis die zutreffende Feststellung, dass es für die Rechte und Pflichten der Parteien im Vorstadium des Vertrages nicht gleichgültig ist, auf welchen Vertragstypus die Verhandlungen hin-

¹⁰⁴² *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 501, 506.

¹⁰⁴³ *Canaris*, Vertrauenshaftung; *ders.*, AcP 200 (2000), 273, 304 ff.

¹⁰⁴⁴ BGH vom 22.2.1973 – VII ZR 119/71, BGHZ 60, 221, 226, NJW 1973, 752; BGH vom 7.6.1963 – 1 AZR 276/71, 386, 393; BGH NJW 1975, 1774; 1976, 892, 893; 1981, 2050, 2051; *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss (1989) S. 47 ff.; *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand (1994) S. 143 ff.; Palandt/*Heinrichs*, § 311 Rn. 11.

¹⁰⁴⁵ MünchKomm/*Emmerich*, § 611 Rn. 61; *Fleischer*, in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S. 243, 254 ff.; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 639 ff.; *Köndgen*, in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S. 231, 233; *Lorenz*, Schutz, S. 405 ff.; *Picker* AcP 1983 (1983), 369, 418 ff.; MünchArbeitsR/*Richardi*, § 45 Rn. 13 ff.; kritisch auch *Rieble*, in: Das neue Schuldrecht, S. 137, 139 ff.

¹⁰⁴⁶ MünchKomm/*Emmerich*, § 311 Rn. 61; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 420 ff jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁴⁷ BAG vom 7.2.1964 – 1 AZR 251/63, AP Nr. 6 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss, SAE 1964, 217; *Herschel*, RdA 1965, 191; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht Bd. I, S. 415; *Hümmerich*, NZA 2002, 1305, 1306.

zielen¹⁰⁴⁸. *Richardi* ist im Anschluss an *Picker* der Auffassung, aus dem Prinzip des „neminem laede“ lasse sich ein klarer und eindeutiger Maßstab bezüglich der Pflichten ableiten, die jemand nicht erst bei Vertragsdurchführung, sondern bereits bei Vertragsanbahnung einzuhalten habe¹⁰⁴⁹. Teilweise wird schlicht der Vertrauensgedanke rezipiert¹⁰⁵⁰.

III. Ablehnung der Fürsorgepflicht als Begründungsmuster

Auf die spezifisch arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht zu rekurrieren, vermag jedenfalls keineswegs zu überzeugen¹⁰⁵¹. Wie insbesondere *Brors*¹⁰⁵² eingehend darlegt, begründete man in der Vergangenheit zu Unrecht als Ausprägung des verabschiedeten personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses über die privatrechtliche Dogmatik hinaus reichende Treue- und Fürsorgepflichten¹⁰⁵³. Dass sich Nebenpflichten – die bei Dauerschuldverhältnissen strukturell ausgeprägter sind als bei punktuellen Rechtsgeschäften – je nach Qualität und Intensität der Vertragsbeziehung möglicherweise verstärken, ist keine Besonderheit des Arbeitsrechts¹⁰⁵⁴.

Hinsichtlich der Vielzahl der allgemeinen zivilrechtlichen Begründungsansätze überzeugt ausschließlich das rechtsethische Postulat des *alterum non laedere*, auf welches sich sämtliche Fallgruppen der culpa in contrahendo zurückführen lassen¹⁰⁵⁵. Diese Leitidee verlangt nach einer Ordnung, die auf der Grundmaxime des Ausgleichs rechtswidrig-zurechenbar verursachter Schäden sowie ihrer präventiven Abwehr dient¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁴⁸ *Wiedemann*, in: FS Herschel, S. 463, 464; ebenso *Herschel*, RdA 1965, 191 f.

¹⁰⁴⁹ MünchArbeitsR/*Richardi*, § 45 Rn. 13 ff in Anlehnung an *Picker*, AcP 1983 (1983), 369 ff.; *ders.* JZ 1987, 1041 ff; ebenso MünchArbeitsR/*Blomeyer*, § 51 Rn. 19 und *Lehner*, Mitteilungspflichten des Arbeitgebers bei Vertragsverhandlungen (2000) S. 18 ff.

¹⁰⁵⁰ *Schaub/Schaub*, § 25 Rn. 3 ff.

¹⁰⁵¹ *Brors*, Die Abschaffung der Fürsorgepflicht, S. 7 f.; *Lehner*, Mitteilungspflichten, S. 6 f.

¹⁰⁵² *Brors*, Die Abschaffung der Fürsorgepflicht, S. 7ff.

¹⁰⁵³ *Lehner*, Mitteilungspflichten, S. 6 ff.; ErfKomm/*Preis*, § 611 BGB Rn. 707.

¹⁰⁵⁴ MünchArbeitsR/*Blomeyer*, § 51 Rn. 16 ff.; ErfKomm/*Preis*, § 611 BGB Rn. 707.

¹⁰⁵⁵ *Lehner*, Mitteilungspflichten, S. 18 ff.; *Picker*, JZ 1987, 1041 ff.; *ders.* AcP 1983, 369 ff.; MünchArbeitsR/*Richardi*, § 45 Rn. 12 ff.

¹⁰⁵⁶ *Lehner*, Mitteilungspflichten, S. 19; *Picker*, JZ 1987, 1041, 1048.

§ 4 Konkurrenzverhältnisse

A. Konkurrenzverhältnis zu den Kündigungsregeln

Da vielfach diskutiert wird, ob und inwieweit die Vorschriften der Anfechtung auf den Arbeitsvertrag anwendbar sind, drängt sich die Frage auf, ob nicht erst recht der Anspruch aus c.i.c., der auf Befreiung von der Vertragsbindung gerichtet ist, von den Kündigungsregeln verdrängt wird.

Dauerschuldverhältnisse sind nicht generell von der Anwendung der Beseitigungsregeln ausgenommen¹⁴⁰³. Bei ihnen besteht andererseits auch keine Lücke der gesetzlichen Regelung¹⁴⁰⁴. Der Gesetzgeber hat vielmehr die Entscheidung getroffen, Besonderheiten von Dauerschuldverhältnissen nur ausnahmsweise und dann in ausdrücklicher Form Rechnung zu tragen¹⁴⁰⁵. Besonderheiten für Dauerschuldverhältnisse lassen sich, soweit sie darüber hinaus Berücksichtigung finden sollen, methodisch daher ausschließlich durch teleologische Reduktion der grundsätzlich einschlägigen allgemeinen Regeln begründen¹⁴⁰⁶. Hinsichtlich der Vertragsanbahnung gelten auch für den Arbeitsvertrag die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts¹⁴⁰⁷.

Soweit mit dem Schadensersatzanspruch aus c.i.c. eine Rückabwicklung des Vertrages erreicht werden soll, handelt es sich wie bei der Anfechtung wegen Willensmängeln nicht um die Reaktion auf Leistungsstörungen: Der Getäuschte hat nicht deswegen einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens, weil der Schuldner den Vertrag nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt, sondern da der Getäuschte einen Vertrag abgeschlossen hat, den er ohne die Täuschung nicht oder jedenfalls nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hätte¹⁴⁰⁸. Damit reagiert der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo ebenso wie die Anfechtung auf eine Störung bei Vertragschluss¹⁴⁰⁹. Dogmatisch ist daher der Anspruch aus c.i.c., der auf Aufhebung des Vertrags gerichtet ist, in das Recht der Willensmängel als einen Regelungskomplex einzuordnen, der gegenüber dem Recht der Leistungsstörungen eine nach Grund und Zweck verschiedene Normmaterie darstellt.

¹⁴⁰³ *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 929.

¹⁴⁰⁴ *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 929; *Mayer-Maly*, Anm. zu BAG vom 18.4.1968 – 2 AZR 145/67, AP Nr. 32 zu § 63 HGB.

¹⁴⁰⁵ *Mayer-Maly*, Anm. zu BAG vom 18.4.1968 – 2 AZR 145/67, AP Nr. 32 zu § 63 HGB.

¹⁴⁰⁶ *Pawłowski*, AcP 199 (1999), 477, 481.

¹⁴⁰⁷ *ErfKomm/Preis*, § 611 BGB Rn. 240.

¹⁴⁰⁸ *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 24.

¹⁴⁰⁹ *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 24.

Demgegenüber ist die außerordentliche Kündigung auf eine Störung bezogen, die die weitere Durchführung des als solchen rechtlich perfekten Vertrages betrifft¹⁴¹⁰. Sie wird durch einen Defekt begründet, wonach die Fortsetzung des vereinbarten Leistungsaustauschs unmöglich oder aber unzumutbar wird¹⁴¹¹. Dogmatisch ist sie daher als eine Figur zu erfassen, die in das Recht der Leistungsstörungen im weiteren Sinne einzuordnen ist¹⁴¹².

Der grundsätzlichen Verschiedenheit der jeweiligen Störungstatbestände entspricht die der Ordnungsfunktion beider Rechte. Die außerordentliche Kündigung eröffnet eine Billigkeitslösung, die als ultima ratio den Berechtigten von einer unzumutbar gewordenen rechtlichen Bindung befreit¹⁴¹³.

Im Gegensatz dazu zielt der Anspruch auf Vertragsauflösung gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2, 249 BGB nicht auf eine Billigkeitslösung, sondern befreit den Berechtigten von seiner vertraglichen Bindung, sofern diese mangels eines entsprechenden Willens nicht durch den entscheidenden Geltungsgrund jedes Vertrags legitimiert ist¹⁴¹⁴.

Den Kündigungsregeln kann damit keine die culpa in contrahendo verdrängende Wirkung beigemessen werden, da es sich um wesensverschiedene Rechtsinstitute privatautonomer Gestaltung handelt, die hinsichtlich ihres Störungstatbestandes und ihrer Ordnungsfunktion verschieden sind. Eine kündigungsrechtliche Modifizierung der Tatbestandsvoraussetzungen und Ausübungsmodalitäten durch die Vorschriften des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes ist aus denselben Gründen abzulehnen. Zu erwarten ist indes, dass das BAG seine Rechtsprechung betreffend der Angleichung der Ausübungsmodalitäten¹⁴¹⁵ bezüglich der Gestaltungsrechte Anfechtung und außerordentliche Kündigung auf den Vertragsaufhebungsanspruch aus c.i.c. überträgt, was insbesondere eine analoge Anwendung der Ausschlussfrist des § 626 BGB sowie eine Limitierung des Schadenersatzanspruchs unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben beinhalten würde.

B. Konkurrenzverhältnis zu den Anfechtungsregeln

Im Gegensatz zur exzessiv geführten Diskussion um einen Ausschluss oder eine Reduktion des Anfechtungsrechts sind im Hinblick auf das Rechtsin-

¹⁴¹⁰ *Picker*, ZfA 1981, 1, 152; MünchArbeitsR/*Richardi*, § 46 Rn. 28; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 11 II 1 b.

¹⁴¹¹ *Picker*, ZfA 1981, 1, 152.

¹⁴¹² *Picker*, ZfA 1981, 1, 152; MünchArbeitsR/*Richardi*, § 46 Rn. 28.

¹⁴¹³ *Picker*, ZfA 1981, 1, 153.

¹⁴¹⁴ *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 24.

¹⁴¹⁵ BAG vom 14.12.1979 – 7 AZR 38/78, AP Nr. 4 zu § 119 BGB, SAE 1980, 82 mit Anm. *Picker*.

stitut der c.i.c. kaum derartige Bestrebungen seitens der Arbeitsgerichte beziehungsweise der arbeitsrechtlichen Literatur erkennbar¹⁴¹⁶. Dies resultiert jedoch wohl maßgeblich aus dem Umstand, dass die c.i.c. in seiner Funktion als Instrument zur Vertragsauflösung im Arbeitsvertragsrecht bislang weitgehend ignoriert wird. In einer arbeitsrechtlichen Entscheidung, die sich mit diesem Problem beschäftigt, schließt das LAG Hamm jedoch eine Vertragsanpassung aus c.i.c. aus denselben Gründen aus, die auch eine Rückwirkung der Anfechtung verbieten würden¹⁴¹⁷. Im entschiedenen Fall berief sich die Arbeitgeberin darauf, dass die Bewerberin im Vorstellungsgespräch wahrheitswidrig erklärt habe, über einschlägige Berufserfahrung im Bereich des Sekretariats zu verfügen. Die Arbeitgeberin verweigerte deshalb eine Lohnzahlung für einen Zeitraum, in dem das Arbeitsverhältnis vollzogen wurde. Das LAG Hamm führte zunächst aus, dass die erklärte Anfechtung der Arbeitgeberin aus Gründen der arglistigen Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB den Entgeltanspruch der Arbeitnehmerin nicht mit rückwirkender Kraft beseitigt. Im Hinblick auf den besonderen Charakter eines Arbeitsverhältnisses und wegen der Schwierigkeiten einer Rückabwicklung habe sich – ebenso wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen (Gesellschafts- und Vereinsrecht) – in Rechtsprechung und Literatur die Meinung durchgesetzt, dass ein bereits in Vollzug gesetzter Arbeitsvertrag nicht mehr mit Rückwirkung angefochten werden kann. Darüber hinaus konstatierte das LAG Hamm, die Beklagte sei auch nicht berechtigt, das Gehalt der Arbeitnehmerin nachträglich an eine für die erbrachte Arbeitsleistung als angemessen erachtete Vergütung anzupassen. Zu erwägen wäre zwar, ob eine Vertragsanpassung mit der Folge eines sich hieraus zu errechnenden Schadens für die Zeiten des Vollzugs des Arbeitsverhältnisses, in denen die Anfechtung nicht wirkt, vorgenommen werden kann. Die Gründe, die bei Dauerschuldverhältnissen zu einer eingeschränkten Rückwirkung der Anfechtung führen, schließen eine Vertragsanpassung jedoch aus. Diese würde eine – teilweise Rückabwicklung des vollzogenen Arbeitsverhältnisses bedeuten und stieße damit auf diesselben Schwierigkeiten wie die vollständige Rückabwicklung.

¹⁴¹⁶ Das LAG Hamm schließt jedoch eine Vertragsanpassung aus c.i.c. aus den Gründen aus, die eine Rückwirkung der Anfechtung verbieten würden: LAG Hamm vom 2.9.1999 – 16 Sa 2472/98, MDR 2000, 282 f.

¹⁴¹⁷ LAG Hamm vom 2.9.1999 – 16 Sa 2474/98, MDR 2000, 282 f.

I. Täuschungsanfechtung und schadensrechtliche Vertragsaufhebung im Systemvergleich

1. Konstruktive Unterschiede

Das Recht zur Anfechtung beinhaltet die Befugnis des Anfechtungsberechtigten, durch Erklärung gegenüber dem Vertragspartner (§ 143 Abs. 1, 2 BGB) mit Wirkung ex tunc die Nichtigkeit der Willenserklärung des Täuschten und damit des Vertrags herbeizuführen (§ 142 Abs. 1 BGB)¹⁴¹⁸. Eine den §§ 142 Abs. 1, 143 Abs. 1 BGB gleichende Regelung, welche eine Beseitigung des Vertrages durch einseitige Erklärung des Irregeleiteten ermöglichen würde, fehlt im Recht des Schadensersatzes¹⁴¹⁹. Erforderlich ist vielmehr grundsätzlich der Abschluss eines Aufhebungsvertrages zwischen den Parteien; denn eine Alternative zu diesem rechtsgeschäftlichen actus contrarius stellt das BGB nicht zur Verfügung¹⁴²⁰. Der Anspruch auf Naturalrestitution aus § 249 S. 1 BGB richtet sich demzufolge auf die Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung durch den Täuschenden¹⁴²¹, welche im Klagewege durch richterliche Gestaltung gemäß § 894 BGB erzwungen werden kann¹⁴²². Der Schadensersatzanspruch begründet in der Konsequenz einen Kontrahierungszwang¹⁴²³.

Der konstruktive Unterschied zwischen der Anfechtbarkeit von Verträgen einerseits und der schadensrechtlichen Aufhebbarkeit andererseits wirkt sich, was das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien betrifft, nur gering-

¹⁴¹⁸ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 87; *Medicus*, JuS 1965, 209, 212.

¹⁴¹⁹ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 88; *Lorenz*, Schutz, S. 68; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 206; *Medicus*, JuS 1965, 209, 212; *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 172 f.; *Reinicke*, JA 1982, 1, 2.

¹⁴²⁰ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 88; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 219; *Lorenz*, Schutz, S. 68; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 206; *Reinicke*, JA 1982, 1, 2.

¹⁴²¹ *Bittner*, RdA 2001, 336, 337; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 219; *Lorenz*, Schutz, S. 68; *Medicus*, JuS 1965, 209, 211; *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 172; *Roth*, Die Einrede des bürgerlichen Rechts (1988) S. 85.

¹⁴²² *Bittner*, RdA 2001, 336, 337; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 88; *Roth*, Einrede, S. 85.

¹⁴²³ *Germelmann*, NZA 1997, 236, 240; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 207.

fällig aus¹⁴²⁴. Divergenzen können sich lediglich dadurch ergeben, dass die Erhebung der Aufhebungseinrede den Getäuschten nicht in gleicher Weise wie die Erklärung der Anfechtung bindet, sowie daraus, dass der Anfechtungsberechtigte durch einseitige Erklärung die Anfechtungsfrist wahren und damit die jedenfalls dreijährige Frist (§ 195 BGB) für die bereicherungsrechtliche Rückforderung in Gang setzen kann, während der schadensrechtlich Aufhebungsberechtigte erforderlichenfalls Klage erheben muss¹⁴²⁵.

2. Erfordernis eines Vermögensschadens bei der c.i.c.-Haftung

a) Auffassung der Rechtsprechung

Der BGH hat zunächst den Schadensersatz aus c.i.c. wegen fahrlässiger Informationspflichtverletzung und insbesondere eine daraus resultierende Vertragsaufhebung in freier Konkurrenz zu den gesetzlichen Vorsatzregeln zugelassen; er hat dabei auf die unterschiedlichen Voraussetzungen und Wirkungen der Rechtsbehelfe verwiesen¹⁴²⁶. Als Reaktion auf die Kritik des Schrifttums, die vor geraumer Zeit grundlegend von *Medicus* formuliert wurde¹⁴²⁷, hat das Gericht diese Annahme unter teilweiser Zustimmung des Schrifttums korrigiert; das Konkurrenzverhältnis zu § 123 BGB soll nunmehr dadurch entschärft werden, dass die schadensrechtliche Vertragsaufhebung einen Vermögensschaden des Gläubigers voraussetzt, während § 123 BGB die Willensfreiheit unabhängig vom Eintritt eines Vermögensschadens schützt¹⁴²⁸. Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens hat also ersichtlich die Funktion, den krassen Wertungswiderspruch aufzulösen, der aus der jeweils unterschiedlichen Befristung der Arglistanfechtung (§ 124 BGB) und des Schadensersatzanspruchs aus c.i.c. (§ 195 BGB) resultiert, wobei die c.i.c.-Haftung darüber hinaus bereits auf eine fahrlässige Informationspflichtverletzung reagiert. Ein Vermögensschaden soll allerdings nicht nur dann vorliegen, wenn das objektive Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu Lasten des Gläubigers unausgeglichen ist; vielmehr soll es bereits genügen, wenn der

¹⁴²⁴ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 125 f.; *Medicus*, JuS 1965, 209, 212; *Reinicke*, JA 1982, 1, 2 f.

¹⁴²⁵ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 125 f.

¹⁴²⁶ BGH v. 31.1.1962 – VIII ZR 120/60, NJW 1962, 1196 ff.

¹⁴²⁷ *Medicus*, JuS 1965, 209, 212 ff.

¹⁴²⁸ BGH vom 26. 9. 1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 303 f.; *Krüger*, in: FS Kolhossler Bd. II, S. 329 ff.; *Lieb*, in: FS *Medicus*, S. 337 ff.; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 202 ff.

§ 5 Schadensersatz gemäß § 311a Abs. 2 BGB

A. Haftungsgrund

§ 311a Abs. 2 BGB enthält eine grundsätzliche Neuordnung des Rechts der anfänglichen Leistungshindernisse, welche regelmäßig mit einer Haftung aus c.i.c. wegen Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht konkurriert¹⁵⁶⁴: Ist dem Schuldner vorzuwerfen, dass er eine vertragliche Verpflichtung übernommen hat, obwohl er wusste oder wissen musste, dass der Leistung schon bei Vertragsschluss ein Hindernis im Sinne des § 275 BGB entgegenstand, haftet er dem Gläubiger nicht wie das § 311 Abs. 2 BGB entspräche auf das negative, sondern auf das positive Interesse; allerdings kann der Gläubiger an dessen Stelle auch Ersatz seiner Aufwendung nach § 284 BGB verlangen¹⁵⁶⁵. Im Arbeitsverhältnis kann der Anspruch auf die Leistung bereits bei Vertragsschluss gemäß § 275 BGB ausgeschlossen sein, weil dem Arbeitnehmer objektiv das Leistungsvermögen fehlt, der vertraglich geschuldeten Arbeitspflicht zu genügen; beispielsweise auf Grund unheilbarer Erkrankung¹⁵⁶⁶.

Gemäß § 311a Abs. 2 S. 2 BGB haftet der Schuldner nicht, wenn er nachweisen kann, dass er das anfängliche Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat¹⁵⁶⁷. Die – jedenfalls nach Ansicht der Reformbegründung – damit verbundene bewusste Aufgabe der Garantiehaftung des Schuldners bei anfänglichem Unvermögen wird darauf gestützt, dass sich das Verschuldensprinzip auch insoweit durch höhere, rechtsethische Überzeugungskraft und Flexibilität auszeichne¹⁵⁶⁸; die These, dass dem Vertrag ein Garantieverprechen innewohne, sei eine *petitio principii*¹⁵⁶⁹. Im Übrigen sei auch insoweit eine Ungleichbehandlung von anfänglichem und nachträglichem Unvermögen nicht zu rechtfertigen¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁴ Erman/Kindl, § 311a Rn. 11.

¹⁵⁶⁵ Gotthardt, Schuldrechtsreform, S. 79; Staudinger/Löwisch, § 311a Rn. 3.

¹⁵⁶⁶ Gotthardt, Schuldrechtsreform, S. 77 f; Staudinger/Löwisch, § 311a Rn. 45.

¹⁵⁶⁷ MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 30; Bamberger/Roth/Gehrlein, [2007] § 311a Rn. 8; Staudinger/Löwisch, § 311a Rn. 43 ff.

¹⁵⁶⁸ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 165; Canaris, JZ 2001, 499, 506; ders. ZRP 2001, 332; Grunewald, JZ 2001, 433, 435.

¹⁵⁶⁹ Canaris, JZ 2001, 499, 506; Teichmann, BB 2001, 1487.

¹⁵⁷⁰ Erman/Kindl, § 311a Rn. 1; Grunewald, JZ 2001, 433, 435.

Die Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB knüpft nach Satz 2 daran an, dass der Schuldner bei Vertragsschluss die Unmöglichkeit kannte oder schuldhaft übersehen hat. Wegen dieses vorvertraglichen Anknüpfungspunktes könnte § 311a Abs. 2 BGB einen gesetzlichen Anwendungsfall der c.i.c. darstellen. Die Pflichtverletzung, für die der Gläubiger nach § 311a Abs. 2 BGB Ersatz erhält, ist jedoch nach überwiegender Auffassung der Umstand, dass das auf Erfüllung gerichtete Leistungsversprechen wegen § 275 BGB nicht erfüllt wird¹⁵⁷¹, hingegen nicht die vorvertragliche Informationspflichtverletzung des Vertragspartners, der sich zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet¹⁵⁷². Da der Vertrag bei korrekter Aufklärung überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre, kann aus der Verletzung einer entsprechenden Pflicht keine Haftung des Schuldners auf das positive Interesse abgeleitet werden¹⁵⁷³. Andererseits ist Gegenstand der Exkulpation des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB die unverschuldete Unkenntnis der Leistungsunmöglichkeit¹⁵⁷⁴. Diese „dogmatische Unregelmäßigkeit“, die die Frage aufwirft, wie sich bei anfänglichem Leistungshindernissen eine Haftung auf das positive Interesse rechtfertigen lässt, war bereits während des Gesetzgebungsverfahrens Gegenstand kontroverser Auseinandersetzung¹⁵⁷⁵. Insoweit besteht nach wie vor kein Konsens, vielmehr wird das gesetzgeberische Regelungskonzept erheblich kritisiert¹⁵⁷⁶. Selbst Mitglie-

¹⁵⁷¹ AnwaltKomm/Dauner-Lieb, § 311a Rn. 6; Ehmannel/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 124 f.; Erman/Kindl, § 311a Rn. 6; MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 15; Huber/Faust/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 210; Harke, AcP 205 (2005), 67, 83 ff.; Rieble, in: Das neue Schuldrecht, S. 137, 152; Hk-BGB/Schulze, [2007] § 311a Rn. 2.

¹⁵⁷² MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 15; Huber/Faust/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 210; Harke, AcP 205 (2005), 67, 83 ff.; Rieble, in: Das neue Schuldrecht, S. 137, 152; Hk-BGB/Schulze, § 311a Rn. 2.

¹⁵⁷³ Altmeyen, DB 2001, 1399, 1400; Ehmannel/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 125; Harke, AcP 205 (2005), 67, 84; Kohler, Jura 2006, 241, 243 f.

¹⁵⁷⁴ AnwaltKomm/Dauner-Lieb, § 311a Rn. 5; MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 15; Bamberger/Roth/Gehrlein, § 311a Rn. 8.

¹⁵⁷⁵ Altmeyen, DB 2001, 1399, 1400; ders. DB 2001, 1821, 1823; Canaris, JZ 2001, 499, 507; MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 15; Knütel, NJW 2001, 2520; v. Olshausen, ZIP 2002, 237, 239.

¹⁵⁷⁶ Ehmannel/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 122 ff.; Kohler, Jura 2006, 241, 243 f.; Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 279 ff.; Schapp, FS Kolhossler Bd. II, 2004, S. 621 ff.

der der Reformkommission halten de lege ferenda eine Beschränkung der Ersatzpflicht auf das negative Interesse für erwägenswert¹⁵⁷⁷. Jüngst wird sogar eine teleologische Reduktion in dem Sinne gefordert, dass eine Haftung auf das positive Interesse lediglich bei überwindbaren und dem Schuldner bekannten Leistungshindernissen greife¹⁵⁷⁸. Diese Auffassung ist jedoch nicht vertretbar¹⁵⁷⁹, da die Entscheidung des Gesetzgebers für den Rechtsanwender bindend ist¹⁵⁸⁰. Dogmatisch lässt sich in der Tat darüber streiten, ob § 311a Abs. 2 BGB eine Haftung wegen Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht ist oder eine Garantiehaftung aus dem trotz anfänglichem Leistungshindernis wirksamen Leistungsversprechen als solchem – mit Exkulpationsmöglichkeit. Gegen die Qualifizierung als c.i.c.-Haftung spricht, dass die Verletzung der Informationspflicht für den Vertragsschluss kausal sein müsste; was bereits dann nicht der Fall ist, wenn der Schuldner auf ein mögliches Leistungshindernis hingewiesen hat¹⁵⁸¹. Zudem müsste sich im Rahmen der c.i.c.-Haftung der Vorwurf weniger auf die eigene Kenntnis vom Leistungshindernis, als vielmehr auf die Nichtweitergabe der Information richten. Diese aber kann dem Schuldner konkret unmöglich gewesen sein¹⁵⁸². Die Einordnung in die bestehende Dogmatik gelingt deshalb sachgerechter mit dem Modell einer bedingten Garantiehaftung¹⁵⁸³.

Die Vorschrift des § 311a Abs. 2 BGB wird überwiegend im Einklang mit der Gesetzesbegründung als eigenständige Anspruchsgrundlage begriffen¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁷⁷ Palandt/Heinrichs, § 311a Rn. 7.

¹⁵⁷⁸ Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 273 ff.

¹⁵⁷⁹ Staudinger/Löwisch, § 311a Rn. 34.

¹⁵⁸⁰ MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 15; Kohler, Jura 2006, 241, 244; Staudinger/Löwisch, § 311a Rn. 34.

¹⁵⁸¹ Rieble, in: Das neue Schuldrecht, S. 137, 148.

¹⁵⁸² Rieble, in: Das neue Schuldrecht, S. 137, 148.

¹⁵⁸³ Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 125;

MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 15; Harke, AcP 205, 67, 83 ff; für Qualifizierung als Garantiehaftung auch Rieble, in: Das neue Schuldrecht, S. 137, 151 f.

¹⁵⁸⁴ Canaris, JZ 2001, 499, 507; Erman/Kindl, § 311a Rn. 6; BT-Drucks 14/6040, S. 165; Gotthardt, Schuldrechtsreform, S. 29.

B. Tatbestand

I. Anwendungsbereich

§ 311a BGB gilt für alle Verträge, die die Verpflichtung zu einer Leistung zum Gegenstand haben, wobei eine synallagmatische Verknüpfung nicht erforderlich ist¹⁵⁸⁵.

Aus § 311a Abs. 1 BGB folgt, dass das Vorliegen eines Leistungshindernisses bereits bei Vertragsschluss nichts an der Wirksamkeit des Vertrages selbst ändert; ausgeschlossen ist lediglich der Anspruch auf die Leistung¹⁵⁸⁶.

II. Ausschluss der Leistungspflicht

Auch für das Arbeitsverhältnis stellt sich die Frage, in welchen Fällen die Leistungspflicht des Arbeitnehmers beziehungsweise des Arbeitgebers gemäß § 275 BGB ausgeschlossen ist¹⁵⁸⁷.

1. Befreiung von der Arbeitspflicht kraft Gesetzes

§ 275 Abs. 1 BGB sieht einen Ausschluss des Anspruchs auf die Leistung kraft Gesetzes vor; der Schuldner wird ipso iure von der Verpflichtung zur Leistung in Natur frei¹⁵⁸⁸. Umfasst ist an sich sowohl die objektive als auch die subjektive Unmöglichkeit¹⁵⁸⁹. Wenn jedoch wie im Regelfall die Dienste in Person zu leisten sind (§ 613 S. 1 BGB), ist die persönliche Erbringung der Dienstleistung in den Inhalt der Leistungspflicht integriert¹⁵⁹⁰. Die Differenzierung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit wird daher obsolet, da jedenfalls in der Regel nicht darauf abge-

¹⁵⁸⁵ MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 17; Bamberger/Roth/Gehrlein, § 311a Rn. 2.

¹⁵⁸⁶ Däubler, NZA 2001, 1329, 1331; MünchKomm/Ernst, § 311a Rn. 2; Bamberger/Roth/Gehrlein, § 311a Rn. 1; Staudinger/Löwisch, § 311a Rn. 18.

¹⁵⁸⁷ Ausführlich dazu Gotthardt, Schuldrechtsreform, S. 41 ff; ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 673. ff.

¹⁵⁸⁸ AnwaltKomm/Dauner-Lieb, § 275 Rn. 28; Bamberger/Roth/Unberath, § 275 Rn. 60.

¹⁵⁸⁹ MünchKomm/Ernst, § 275 Rn. 32 ff.; Henssler/Muthers, ZGS 2002, 219, 221; ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 674;

Bamberger/Roth/Unberath, § 275 Rn. 19.

¹⁵⁹⁰ ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 674; Henssler/Willemsen/Kalb/Thüsing, § 611 BGB Rn. 390.

stellt werden kann, ob ein anderer Arbeitnehmer die Leistung erbringen könnte¹⁵⁹¹.

Wie aus einem Umkehrschluss zu § 275 Abs. 2, 3 BGB und den Gesetzesmaterialien zu entnehmen¹⁵⁹², bezieht sich § 275 Abs. 1 BGB lediglich auf die Kategorie der „echten“ Unmöglichkeit, da alle Konstellationen, in denen die Leistung zwar theoretisch möglich ist, aber nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erbracht werden kann, ausschließlich nach dem Einredetatbestand des § 275 Abs. 2 BGB zu beurteilen sind¹⁵⁹³. Folglich liegt objektive Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB vor, wenn der Ausführung der Leistung Hindernisse entgegenstehen, die ihren Vollzug denkgesetzlich ausschließen, weshalb in erster Linie die klassischen Fallgruppen der naturgesetzlichen und juristischen Unmöglichkeit erfasst sind¹⁵⁹⁴.

Ein hauptsächlicher Fall der juristischen Unmöglichkeit liegt darin, dass die Rechtsordnung den angestrebten Erfolg nicht anerkennt¹⁵⁹⁵. Der Erbringung der Arbeitsleistung kann ein Beschäftigungsverbot entgegenstehen¹⁵⁹⁶. Erlischt die bestehende Arbeiterlaubnis (§ 284 SGB III) eines ausländischen Arbeitnehmers, so wird ein unbefristetes Arbeitsverhältnis dadurch nicht unwirksam, die Erbringung der Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer jedoch jedenfalls mit endgültiger Versagung der Genehmigung unmöglich¹⁵⁹⁷. Die Erbringung der Arbeitsleistung ist auch dann unmöglich, wenn eine Lehrerin wegen fehlender Unterrichtsgenehmigung nicht mehr beschäftigt werden darf¹⁵⁹⁸, bei Entzug der *missio canonica* bei kirchlicher Lehrkraft¹⁵⁹⁹ oder bei Entzug des Führerscheins eines Ausliefe-

¹⁵⁹¹ *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, S. 42; *ErfKomm/Preis*, § 611 BGB Rn. 674; *Staudinger/Richardi*, § 611 Rn. 438;

Henssler/Willemsen/Kalb/Thüsing, § 611 BGB Rn. 390.

¹⁵⁹² BT-Drucks. 14/6040, S. 127 ff.

¹⁵⁹³ *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, S. 41.

¹⁵⁹⁴ *AnwaltKomm/Dauner-Lieb*, § 275 Rn. 30 f; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, S. 41; *Bamberger/Roth/Unberath*, § 275 Rn. 22 ff.

¹⁵⁹⁵ *MünchKomm/Ernst*, § 275 Rn. 41; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, S. 45; *Staudinger/Löwisch*, § 275 Rn. 32.

¹⁵⁹⁶ BT-Drucks. 14/6040 S. 129; *Henssler/Muthers*, ZGS 2002, 219, 221; *Henssler/Willemsen/Kalb/Thüsing*, § 611 BGB Rn. 394; *Bamberger/Roth/Unberath*, § 275 Rn. 28.

¹⁵⁹⁷ *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, S. 45; *Henssler/Muthers*, ZGS 2002, 219, 221.

¹⁵⁹⁸ BAG vom 26. 3. 1986 - 7 AZR 592/84, n.v.

¹⁵⁹⁹ BAG 25. 5. 1988 - 7 AZR 506/87, AP NR. 36 zu Art. 140 GG.

§ 6 Deliktische Haftung für vorvertragliche Irreführung

Die Herbeiführung eines irrtumsbedingten Vertragsschlusses durch den Vertragspartner kann auch den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen¹⁷⁰⁹. Dies führt in der Konsequenz zu einem Anspruch des Irreführten auf Naturalrestitution gemäß § 249 S. 1 BGB und damit zu einem Ersatz aller adäquat-kausal durch die Irreführung verursachten Schäden¹⁷¹⁰. Schadensrechtlich ergeben sich dabei im Grundsatz die gleichen Probleme wie bei einer Qualifizierung der vorvertraglichen Informationspflichtverletzung als culpa in contrahendo; insbesondere stellt sich in gleicher Weise die Frage der Rückabwicklung beziehungsweise der Vertragsanpassung¹⁷¹¹.

A. Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB

Ein deliktischer Anspruch wegen Informationspflichtverletzung aus § 826 BGB liegt in den Fällen vor, in denen die vorvertragliche Irreführung eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellt¹⁷¹². Wird etwa ein Arbeitnehmer im Rahmen eines Abwerbungsverfahrens (sog. Headhunting) mittels arglistiger Täuschung dazu verführt, sich unter Preisgabe seines bisherigen Arbeitsplatzes auf ein neues Arbeitsverhältnis einzulassen, ist ein Anspruch aus § 826 BGB denkbar¹⁷¹³.

I. Voraussetzungen

Objektiv setzt eine vertragsbezogene Informationshaftung aus § 826 BGB zunächst wiederum voraus, dass die Irreführung durch eine Partei eine Fehlvorstellung der anderen Partei auslöste und dass der Vertrag ohne den Irrtum nicht abgeschlossen worden wäre¹⁷¹⁴. Sowohl das Erfordernis eines Irrtums als auch die Voraussetzung durchgängiger Kausalität zwischen in-

¹⁷⁰⁹ *Benecke/Pils*, NZA-RR 2005, 561, 563 f.; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 19; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 27; *Lorenz*, Schutz, S. 383 ff; *Staudinger/Oechsler*, § 826 Rn. 149 ff.

¹⁷¹⁰ *Benecke/Pils*, NZA-RR 2005, 561, 563 f.; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 27; *Staudinger/Oechsler*, § 826 Rn. 153.

¹⁷¹¹ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 19; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 27.

¹⁷¹² *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 19; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 27; *Lorenz*, Schutz, S. 384 ff.

¹⁷¹³ *Benecke/Pils*, NZA-RR 2005, 561, 564.

¹⁷¹⁴ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 19.

formationellem Fehlverhalten, Irrtum und Vertragsschluss folgen aus dem allgemeinen Kausalitätserfordernis des Schadensrechts¹⁷¹⁵. Dementsprechend steht dem Arbeitgeber ein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB zu, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen gerichtlicher Vergleichsverhandlungen die Frage des Gerichts oder des Arbeitgebers nach der Bewilligung einer Erwerbsunfähigkeitsrente wahrheitswidrig beantwortet und infolgedessen dieser Aspekt nicht bei der Höhe der Abfindung berücksichtigt wird¹⁷¹⁶.

1. Verstoß gegen die guten Sitten

Bereits in den Motiven wird bezüglich des Tatbestandsmerkmals der Sittenwidrigkeit auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden rekurriert¹⁷¹⁷. Diese Formulierung wurde frühzeitig durch das Reichsgericht aufgegriffen und wird seitdem in ständiger Rechtsprechung zugrunde gelegt¹⁷¹⁸. Dieser Formel ist zum einen das Erfordernis einer Rückbindung des Sittenwidrigkeitsverdikts an einen breiten gesellschaftlichen Konsens zu entnehmen¹⁷¹⁹. Zur weitergehenden Konkretisierung und Ergänzung dieses empirischen Maßstabs kann zum anderen auf die der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Werte und Prinzipien, insbesondere auf die Wertordnung des Grundgesetzes zurückgegriffen werden¹⁷²⁰. Kumulativ dazu sind anerkannte Fallgruppen zu berücksichtigen, die im Rahmen des richterlichen Rechtsfortbildungsauftrags ausgeprägt worden sind¹⁷²¹.

Es dürfte ein weitgehend konsensfähiges ethisches Postulat sein, dass sich die Bestimmung zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung beziehungsweise das Erschleichen des Vertragsabschlusses wenn nicht notwendigerweise, so doch regelmäßig als sittenwidrige Schädigung darstellt¹⁷²². Schließlich bewirkt auch der hohe Wert, den vor allem das BGB, aber auch das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 GG der Privatautonomie beimisst, dass jedenfalls die vorsätzliche Störung der rechtsgeschäftlichen

¹⁷¹⁵ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 19.

¹⁷¹⁶ *Bengelsdorf*, Aufhebungsvertrag, S. 19.

¹⁷¹⁷ Mot II 727.

¹⁷¹⁸ RG vom 11.4.1901 – VI 443/00, RGZ 48, 114, 124.

¹⁷¹⁹ *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 138 Rn 12.

¹⁷²⁰ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 21; *Lorenz*, *Schutz*, S. 386; *MünchKomm/Mertens*, [2004], § 826 Rn. 15ff.

¹⁷²¹ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 21; *Lorenz*, *Schutz*, S. 386.

¹⁷²² *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 21; *Lorenz*, *Schutz*, S. 384; *Staudinger/Oechsler*, [2003], § 826 Rn. 149.

Entscheidungsfreiheit den Makel der Sittenwidrigkeit tragen muss¹⁷²³. Dementsprechend wird die arglistige Täuschung im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB in Rechtsprechung und Literatur allgemein als Fallgruppe typischerweise sittenwidrigen Verhaltens bezeichnet¹⁷²⁴. Darüber hinaus gingen auch die Verfasser des BGB in den Gesetzesmaterialien von einer tatbestandlichen Parallelität des Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung und des Schadensersatzanspruchs wegen sittenwidriger Schädigung aus¹⁷²⁵. Handelt etwa der zur Geschäftsführung befugte Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrages mit dem Arbeitnehmer in kollusivem Zusammenwirken zu Lasten der Gesellschaft, und war dies für den Arbeitnehmer erkennbar, so kann er sich auf die Wirksamkeit des Vertrages nicht berufen, da § 826 BGB in Grenzfällen einer sittenwidrig vorsätzlichen Schädigung ein notwendiges Korrektiv gestattet¹⁷²⁶. Darüber hinaus ist eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB in Erwägung zu ziehen, sofern Arbeitsverhältnisse ohne hinreichende Aufklärung auf eine unterkapitalisierte Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft überführt werden, die wegen ihrer geringen Finanzausstattung nicht in der Lage ist, eine materielle Absicherung der Arbeitnehmer sicherzustellen¹⁷²⁷.

2. Schadensbegriff

Der Schadensbegriff richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff.¹⁷²⁸. § 826 BGB stellt nicht auf die Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter ab¹⁷²⁹. Schaden im Sinne des § 826 BGB ist in der Konsequenz nicht nur jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, sondern darüber hinaus jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung¹⁷³⁰. Die täu-

¹⁷²³ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 21.

¹⁷²⁴ *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 27; *Lorenz*, Schutz, S. 384;

Palandt/Sprau, § 826 Rn. 20.

¹⁷²⁵ Mot II, S. 755.

¹⁷²⁶ BAG vom 29.1.1997 – 2 AZR 472/96, AP Nr. 43 zu § 123 BGB, NZA 1997, 831 ff. im Anschluss an BAG vom 9.3.1978 – 3 ARZ 577/76, AP Nr. 1 zu § 126 HGB, BB 1978, 964.

¹⁷²⁷ *Schaefer/Fackler*, NZG 2007, 377, 379.

¹⁷²⁸ *Soergel/Hönn*, [2005], § 826 Rn. 80; *MünchKomm/Wagner*, § 826 Rn 32; *Staudinger/Oechsler*, § 826 Rn. 118.

¹⁷²⁹ *Soergel/Hönn*, § 826 Rn. 80.

¹⁷³⁰ *Soergel/Hönn*, § 826 Rn. 80; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 27; *Lorenz*, Schutz, S. 384; *MünchKomm/Wagner*, § 826 Rn. 43.

schungsfreie rechtsgeschäftliche Willensbildung stellt ein von § 826 BGB geschütztes Rechtsgut dar¹⁷³¹.

Demgegenüber wurde in der Vergangenheit vereinzelt vertreten, die rechtswidrige Beeinträchtigung der Willensfreiheit allein könne die Qualifikation des irrtumsbedingt abgeschlossenen Rechtsgeschäfts als Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB nicht tragen¹⁷³².

Soweit die Willensfreiheit Schutzgut einer schadensrechtlichen Anspruchsnorm ist, folgt daraus auf der Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung der §§ 249 S.1, 253 BGB die Schadensqualität eines unter Verletzung der Willensfreiheit abgeschlossenen Vertrages¹⁷³³. Dementsprechend wird es in der Kommentarliteratur als unstreitig bezeichnet, dass unter Schädigung im Sinne des § 826 BGB nicht nur eine Schädigung von Vermögensinteressen zu verstehen ist, vielmehr kann jede Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen, ideeller inbegriffen, Ersatz- oder Abwehransprüche aus § 826 BGB begründen¹⁷³⁴.

3. Subjektiver Tatbestand

Der in § 826 BGB vorausgesetzte Schädigungsvorsatz muss gesondert neben der Sittenwidrigkeit des Täterverhaltens geprüft und festgestellt werden¹⁷³⁵. Der im subjektiven Tatbestand des § 826 BGB vorausgesetzte Vorsatz, einem anderen Schaden zuzufügen, setzt in jedem Fall voraus, dass der Täter im Bewusstsein der Schädigung handelt und dass er die Schädigung will oder zumindest billigend in Kauf nimmt; es genügt also bedingter Vorsatz¹⁷³⁶.

Der Täter muss sich der Sittenwidrigkeit seines Handelns nicht bewusst sein¹⁷³⁷. Obwohl dieser Grundsatz im Ergebnis weitgehend gebilligt wird, hat er doch dogmatisch Verwirrung gestiftet, da er der im Zivilrecht traditionell herrschenden Vorsatztheorie widerspricht¹⁷³⁸. Ein sachliches Argument für diesen Systembruch ergibt sich aus der Problematik des Verbotsirrtums; unter dem Regime der Vorsatztheorie werden nämlich Tatbe-

¹⁷³¹ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 20; *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 27; *MünchKomm/Wagner*, § 826 Rn. 43.

¹⁷³² *Lieb*, JZ 1972, 442f.; *Köndgen*, Selbstbindung, S. 305.

¹⁷³³ *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn 150; *Rieble*, in: *Das neue Schuldrecht*, S. 137, 155.

¹⁷³⁴ *Soergel/Hönn*, § 826 Rn 58.

¹⁷³⁵ *MünchKomm/Mertens*, § 826 Rn. 59.

¹⁷³⁶ *Soergel/Hönn*, § 826 Rn. 61.

¹⁷³⁷ *MünchKomm/Mertens*, § 826 Rn. 42.

¹⁷³⁸ *Staudinger/Oechsler*, § 826 Rn. 62 ff.

stands- und Verbotsirrtum gleichbehandelt¹⁷³⁹. Der Täter wäre demnach bereits dann entlastet, wenn er sich der Sittenwidrigkeit seines Verhaltens nicht bewusst ist¹⁷⁴⁰. Würde das individuelle Sittlichkeitsbewusstsein als Maßstab der Verantwortlichkeit zugrunde gelegt, müsste gröberes Moralempfinden prämiert werden; es würde gerade derjenige vor Sanktionen bewahrt, der sich souverän über jedweden Zweifel an der Rechtmäßigkeit des eigenen Verhaltens hinwegsetzt¹⁷⁴¹. Die Durchbrechung der zivilrechtlichen Vorsatztheorie ist somit erforderlich, um dem Anspruchsgegner die Berufung auf Defekte seines eigenen Gewissens zu versagen und eine Privilegierung des gewissenlosen gegenüber dem skrupulösen Täter zu vermeiden¹⁷⁴². Zu dieser normativen Begründung tritt die pragmatische Erwägung hinzu, dass eine strikt durchgeführte Vorsatztheorie auf erhebliche Beweisprobleme im Hinblick auf den Bewusstseinszustand des Schädigers stößt¹⁷⁴³.

Aufgrund der vorangegangenen Überlegungen ist jedoch kein Schluss auf die Geltung der Schuldtheorie im Rahmen des § 826 BGB möglich; vielmehr lässt sich nur von einer teleologisch begründeten Ausnahme vom Prinzip der Vorsatzschuld sprechen¹⁷⁴⁴.

Erforderlich ist jedoch, dass der Schädiger die tatsächlichen, das Sittenwidrigkeitsurteil prägenden Umstände kennt, da es andernfalls am spezifischen Unrechtsgehalt einer Vorsatztat mangelt¹⁷⁴⁵. In Täuschungsfällen kommt diesem Merkmal aber keine eigenständige Bedeutung zu, da die Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen bereits im Erfordernis des Täuschungs- beziehungsweise Schädigungsvorsatzes enthalten ist¹⁷⁴⁶.

Der Schädigungsvorsatz muss sich in den vorliegend relevanten Täuschungsfällen auf den irrtumsbedingten Vertragsschluss beziehen, da dessen Herbeiführung die Schädigung begründet¹⁷⁴⁷. Das Merkmal des Schädigungsvorsatzes hat zur Folge, dass das Vorliegen einer vorsätzlichen Täuschung notwendige Bedingung des Anspruchs aus § 826 BGB ist¹⁷⁴⁸.

Angesichts der Voraussetzung des Vorsatzes sowie der relativ hohen Eingriffsschwelle der Sittenwidrigkeit ist daher die Rolle von § 826 BGB für den Bereich der Vertragsanbahnung eher gering zu veranschlagen, da sie

¹⁷³⁹ RG vom 29.9.1909 – I 310/08, RGZ 72, 4, 6.

¹⁷⁴⁰ Staudinger/Oechsler, § 826 Rn. 64.

¹⁷⁴¹ RG vom 8.2.1912 – VI 234/11, RGZ 79, 17, 23.

¹⁷⁴² Staudinger/Oechsler, § 826 Rn. 64.

¹⁷⁴³ MünchKomm/Wagner, § 826 Rn. 24.

¹⁷⁴⁴ Staudinger/Oechsler, § 826 Rn. 74.

¹⁷⁴⁵ Soergel/Hönn, § 826 Rn. 61.

¹⁷⁴⁶ Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 23.

¹⁷⁴⁷ Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 22.

¹⁷⁴⁸ Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 22.

hinter der Effizienz einer auf c.i.c. gestützten Haftung fraglos zurückbleibt¹⁷⁴⁹. Letztere ermöglicht neben der Erfassung auch fahrlässigen Handelns durch das Abstellen auf bloße Pflichtwidrigkeit und die Anwendbarkeit von § 278 BGB einen erweiterten Haftungsmaßstab und erleichtert überdies den Verschuldensbeweis¹⁷⁵⁰.

II. Rechtsfolgen

1. Schaden

Grundsätzlich ist der Schadensersatzanspruch bei einer arglistigen Täuschung auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet¹⁷⁵¹, gleichsam also auf die Befreiung von der irrtumsbedingt eingegangenen Verbindlichkeit (§ 249 Abs. 1 BGB)¹⁷⁵². Bei Festhalten am Vertrag kann der Getäuschte grundsätzlich ebenfalls nur Ersatz des negativen Interesses verlangen¹⁷⁵³. Zur Berechnung des Schadens wird hier die Vermögenslage, die durch die Täuschung bei Vertragsschluss herbeigeführt worden ist, mit derjenigen gedachten Vermögenslage verglichen, die ohne diesen Vorgang bestehen würde¹⁷⁵⁴. Dem Interesse des Getäuschten kann durch Ersatz des durch die Täuschung verursachten wirtschaftlichen Mehraufwandes Rechnung getragen werden.

§ 826 BGB schützt den Anspruchsberechtigten schließlich auch vor sittenwidriger Durchsetzung beziehungsweise Befriedigung von Ansprüchen durch Einräumung einer Einrede¹⁷⁵⁵.

2. Mitverschulden

Im Rahmen der in § 254 BGB zu treffenden Abwägung der Verschuldensseite fällt die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Täters schwer ins Gewicht, weshalb auch grobe Fahrlässigkeit von der Rechtsprechung oft nicht anspruchsmindernd berücksichtigt wird¹⁷⁵⁶. § 254 BGB bietet keine Grundlage, den Vorsatztäter (parziell) von den Folgen seines Angriffs auf das besonders naive Opfer freizustellen¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁴⁹ Lorenz, Schutz, S. 387.

¹⁷⁵⁰ Lorenz, Schutz, S. 387.

¹⁷⁵¹ Staudinger/Oechsler, § 826 Rn. 153.

¹⁷⁵² MünchKomm/Wagner, § 826 Rn. 43.

¹⁷⁵³ BGH vom 15.1.1969 – VIII ZR 239/66, WM 1969, 496, 498.

¹⁷⁵⁴ Soergel/Hönn, § 826 Rn. 81.

¹⁷⁵⁵ BGH vom 28.1.1977 – I ZR 171/75, WM 1977, 410, 411.

¹⁷⁵⁶ BGH vom 9.10.1991 – VIII ZR 19/91, NJW 1992, 310, 311.

¹⁷⁵⁷ Staudinger/Oechsler, § 826 Rn. 115.

B. Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB

I. Voraussetzungen

Wer durch täuschendes Verhalten seine Aufnahme in ein Beschäftigungsverhältnis erschleicht, obwohl er zur Erbringung der ihm hiernach obliegenden Arbeitsleistung nicht in der Lage ist (beziehungsweise zumindest nicht in der geforderten Qualität), ist möglicherweise gemäß § 263 StGB wegen Betrugs in der Sonderform des Anstellungsbetrugs strafbar.

§ 263 StGB ist als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB anerkannt¹⁷⁵⁸. Die Verletzungshandlung des § 823 Abs. 2 BGB liegt grundsätzlich in der Erfüllung des in einem Schutzgesetz normierten Tatbestands.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 263 StGB ist mehrgliedrig aufgebaut¹⁷⁵⁹. Zwischen allen Gliedern dieser Kette ist Kausalität im Sinne eines Bedingungszusammenhangs erforderlich¹⁷⁶⁰.

a) Täuschung über Tatsachen

Tathandlung im Rahmen des § 263 StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen¹⁷⁶¹. Dies sind gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind¹⁷⁶². Die von der Rechtsprechung entschiedenen Sachverhaltsgestaltungen hinsichtlich des arbeitgeberseitigen Anfechtungsrechts betreffen nahezu ausschließlich Fälle, in denen der Bewerber sachlich unrichtige Informationen bezüglich früherer oder gegenwärtiger Gegebenheiten erteilt¹⁷⁶³; so etwa, wenn ein

¹⁷⁵⁸ BGH vom 4.5.1993 – VI ZR 81/92, NJW 1993, 2992 f.; Soergel/*Spickhoff*, § 823 Rn. 237.

¹⁷⁵⁹ *Tröndle/Fischer* [2007], § 263 Rn. 5.

¹⁷⁶⁰ *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 5.

¹⁷⁶¹ Schönke/Schröder/*Cramer/Perron*, [2006], § 263 Rn. 6 ff., 11; *Lackner/Kühl*, [2007] § 263 Rn. 3 ff.; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 5 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2 (2005) Rn. 493.

¹⁷⁶² Schönke/Schröder/*Cramer/Perron*, § 263 Rn. 8; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 4 f.; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 6.

¹⁷⁶³ ausführlich mit zahlreichen Nachweisen *Reitemeier*, Täuschungen, S. 188 ff.

unter chronischem Stress leidender Bewerber seinen Gesundheitszustand im Vorstellungsgespräch als „kerngesund“ bezeichnet¹⁷⁶⁴.

Auch innersubjektive Zustände, Vorgänge, Kenntnisse und Absichten erfüllen eventuell den Tatsachenbegriff¹⁷⁶⁵. Um zu ermitteln, ob es sich bei den Aussagen eines Bewerbers über seine eigenen Charaktereigenschaften um Tatsachenaussagen oder Werturteile handelt, sind jedoch die Besonderheiten der Bewerbungssituation zu berücksichtigen¹⁷⁶⁶. Auch wenn Äußerungen wie beispielsweise, man sei „ehrgeizig“, „teamfähig“, „engagiert“ neben einem wertenden auch einen Tatsachenkern enthalten, überwiegt aufgrund der Besonderheiten der Gesprächssituation, in der der Arbeitssuchende sich möglichst positiv darstellt, oftmals die subjektive Wertung des Erklärenden¹⁷⁶⁷. Irreführungen des Stellenbewerbers bezüglich seiner Motive und Intentionen lassen sich häufig nicht sicher nachprüfen¹⁷⁶⁸. Eine andere Beurteilung ist angezeigt, wenn der Betreffende beginnt, seine jeweilige Absicht zu realisieren und sich dies objektiv nach außen manifestiert¹⁷⁶⁹. Wer zusichert, innerhalb der folgenden Monate in der Stadt zu residieren, in der das einstellende Unternehmen ansässig ist, obwohl der Umzug in die bereits angemietete Wohnung an einen anderen Ort bereits organisiert ist, täuscht danach zweifelsohne über eine subjektive Absicht (innere Tatsache)¹⁷⁷⁰.

Als Täuschungsarten sind sowohl ausdrückliche als auch konkludente Erklärungen in Betracht zu ziehen¹⁷⁷¹. Nach teilweise vertretener Auffassung scheidet die Strafbarkeit eines Bewerbers bereits am Tatbestandsmerkmal der „rechtserheblichen“ Täuschung, sofern dieser eine unzulässige Frage des Arbeitgebers unzutreffend beziehungsweise unvollständig beantwortet¹⁷⁷². Es spricht jedoch mehr dafür, den Täuschungsbegriff sowohl des Anfechtungsrechts als auch des Betrugs im grammatikalischen Sinne zu verstehen, mithin bei jeder unrichtigen Information zu bejahen¹⁷⁷³. Das Regelungsprinzip der Einheit der Rechtsordnung lässt sich stringenter

¹⁷⁶⁴ LAG Berlin vom 6.7.1973 – 3 Sa 48/73, BB 1974, 510.

¹⁷⁶⁵ Schönke/Schröder/Cramer/Perron, § 263 Rn. 10; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 7.

¹⁷⁶⁶ Reitemeier, Täuschungen, S. 212.

¹⁷⁶⁷ Reitemeier, Täuschungen, S. 212.

¹⁷⁶⁸ Reitemeier, Täuschungen, S. 206.

¹⁷⁶⁹ Reitemeier, Täuschungen, S. 206.

¹⁷⁷⁰ Reitemeier, Täuschungen, S. 206.

¹⁷⁷¹ Schönke/Schröder/Cramer/Perron, § 263 Rn. 12; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 4; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 10.

¹⁷⁷² Budde, Anstellungsbetrug, S. 216; LK/Tiedemann, [2006], § 263 Rn. 291.

¹⁷⁷³ Reitemeier, Täuschungen, S. 278.

erreichen, indem man die arbeitsrechtliche Dogmatik hinsichtlich der Zulässigkeit von Fragen in das ohnehin normativ geprägte Verständnis des Vermögensschadens im Sinne des § 263 StGB integriert¹⁷⁷⁴.

Eine Täuschung kann auch durch unterlassene Information begangen werden, wenn eine Garantenpflicht zur Aufklärung besteht, das Unterlassen der Verwirklichung des § 263 StGB durch ein aktives Handeln entspricht und die Aufklärung möglich und zumutbar ist¹⁷⁷⁵. Die Garantenstellung, die eine Offenbarungspflicht begründet, wird aus gesetzlichen und vertraglichen Pflichten sowie aus vermögensgefährdendem Vorverhalten (Ingerenz) abgeleitet¹⁷⁷⁶. Neben den genannten, an den allgemeinen Lehren zu § 13 StGB orientierten Fallgruppen hat die Rechtsprechung Aufklärungspflichten aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch außerhalb von Vertragsverhältnissen abgeleitet¹⁷⁷⁷. Bei der Ermittlung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht als Ausfluss der strafrechtlichen Garantenstellung gemäß §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB sind grundsätzlich dieselben Grundsätze zu berücksichtigen wie im Rahmen des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB¹⁷⁷⁸. In jenen Fallkonstellationen, in denen die betreffende Tatsache vom Bewerber verschwiegen wird, gelangt man zu einer für die §§ 263 Abs. 1 StGB, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB übereinstimmenden Lösung: Da der Bewerber ausschließlich bezüglich solcher Umstände aufklärungspflichtig ist, die den Vollzug des Arbeitsverhältnisses gefährden oder vereiteln, fehlt es, sofern der potenzielle Arbeitnehmer nicht zur wahrheitsgemäßen Auskunft verpflichtet ist, sowohl für das Anfechtungsrecht als auch für die Betrugsstrafbarkeit bereits an einer tatbestandsmäßigen Täuschung durch Unterlassen¹⁷⁷⁹. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Täuschung (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) beziehungsweise nach einer Vermögensschädi-

¹⁷⁷⁴ Im Ergebnis ebenso *Reitemeier*, Täuschungen, S. 278, 290 ff.

¹⁷⁷⁵ Schönke/Schröder/*Cramer/Perron*, § 263 Rn. 18 ff.; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 12 ff.; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 22 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 503 ff.

¹⁷⁷⁶ Schönke/Schröder/*Cramer/Perron*, § 263 Rn. 19 ff.; *Jäger*, Strafrecht BT (2005), Rn. 322; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 14 ff.; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 23 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 505 ff.

¹⁷⁷⁷ BGH vom 16.11.1993 – 4 StR 648/93, BGHSt 39, 398 ff.

¹⁷⁷⁸ *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 213; *Reitemeier*, Täuschungen, S.

130.

¹⁷⁷⁹ *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 213; *Reitemeier*, Täuschungen, S.

327.

gung des Arbeitgebers ist anders als im Rahmen der aktiven Irreführung obsolet¹⁷⁸⁰.

b) Irrtum

Die Tatbestandsmäßigkeit des § 263 StGB erfordert darüber hinaus, dass durch die Täuschung im Geschädigten ein Irrtum erregt oder unterhalten wird¹⁷⁸¹. Irrtum im Sinne des § 263 StGB ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende subjektive Vorstellung über Tatsachen¹⁷⁸². Für den zu untersuchenden Anstellungsbetrug durch Erschleichung eines Arbeitsverhältnisses bereitet die Annahme eines Irrtums regelmäßig keine Probleme¹⁷⁸³. Indem der Bewerber im vorvertraglichen Stadium eine Frage des Arbeitgebers falsch oder unvollständig beantwortet, verursacht er beim Arbeitgeber eine Fehlvorstellung über Umstände in seiner Person, weswegen ein Irrtum gewöhnlich vorliegen wird¹⁷⁸⁴.

Es erhebt sich allenfalls die Frage, ob ein tatbestandsmäßiger Irrtum auch dann vorliegt, wenn die Fehlvorstellung des Arbeitgebers vermeidbar war, sei es, weil er die Täuschung bei sorgfältiger Überprüfung der Informationen des Bewerbers hätte erkennen können oder sei es, weil er – gewisse Zweifel verdrängend – bei seiner Entscheidung ohne weitere Nachforschungen zu betreiben, die Angaben des Bewerbers als richtig erachtete¹⁷⁸⁵. Dem Amtsgericht Tiergarten erschien es beispielsweise in einer Entscheidung zum Anstellungsbetrug bedenklich, einen Irrtum des Arbeitgebers über eine frühere Mitarbeit eines Arbeitnehmers beim Ministerium für Staatssicherheit zu bejahen, da der Arbeitgeber routinemäßig eine Überprüfung der Angaben der Angestellten durch die sogenannte Gauck-Behörde veranlasste, womit er nach Ansicht des Gerichts den entsprechenden Antworten von Anfang an misstraute¹⁷⁸⁶. Ebenso verneinte das Arbeitsgericht Herne im Rahmen der Prüfung des Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung das Tatbestandsmerkmal des Irrtums mit der Begründung, die

¹⁷⁸⁰ *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 213; *Reitemeier*, Täuschungen, S. 327.

¹⁷⁸¹ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 32; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 18; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 32.

¹⁷⁸² *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 33; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 18; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 33; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 508.

¹⁷⁸³ *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 217.

¹⁷⁸⁴ *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 217.

¹⁷⁸⁵ *Reitemeier*, Täuschungen, S. 251.

¹⁷⁸⁶ AG Tiergarten vom 29.11.1993 – 272 Ds 833/93, NStZ 1994, 243 f.; a.A. *Reitemeier*, Täuschungen, S. 267.

Firma habe die Angaben des Arbeitnehmers nicht überprüft, obwohl sie durch einfache Nachfrage bei den vormaligen Arbeitgebern die Unwahrheit der Behauptungen hätte erkennen können¹⁷⁸⁷. Reines Nichtwissen ohne jede Fehlvorstellung (*ignorantia facti*) ist nach zutreffender Auffassung im Rahmen des § 263 StGB nicht ausreichend; es fehlt an der dem Betrug wesenseigenen Überlistung¹⁷⁸⁸. Ein unreflektiertes sachgedankliches Mitbewusstsein am Rande des Vorstellungsinhalts genügt jedoch zur Begründung eines Irrtums ebenso wie das Bewusstsein von der Ordnungsgemäßheit eines bestimmten Tatsachenkomplexes¹⁷⁸⁹. Zweifel an der Richtigkeit des Behaupteten schließen nach zutreffender Ansicht einen Irrtum nicht aus¹⁷⁹⁰, soweit der Getäuschte die Wahrheit des Vorgespiegelten für möglich hält¹⁷⁹¹. Aus der Vermeidbarkeit des Irrtums, das heißt einem auf Mitverschulden abstellenden Vorwurf mangelnden Selbstschutzes des Opfers, lässt sich eine tatbestandliche Einschränkung grundsätzlich nicht ableiten¹⁷⁹². Leichtgläubigkeit und mitwirkende Fahrlässigkeit schließen daher weder den ursächlichen- noch den Zurechnungszusammenhang zwischen Täuschung und Irrtumserregung aus¹⁷⁹³. Bezogen auf die Fallkonstellation der Täuschung vor Abschluss eines Arbeitsvertrages wird somit folgendes Gesamtergebnis erzielt: Dass der Arbeitgeber seinen Irrtum durch intensive Nachforschungen hätte vermeiden können, ist entgegen der angeführten Instanzrechtsprechung bei der Prüfung der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale der §§ 263 Abs. 1 StGB, 123 Abs. 1 Alt.1

¹⁷⁸⁷ ArbG Herne vom 18.10.1967 – 1 Ca 1635/67, ARSt 1968, 71; *Reitemeier*, Täuschungen, S. 267.

¹⁷⁸⁸ BGH vom 24.4.1952 – 4 StR 854/51, BGHSt 2, 325; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 18; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 34; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 508; a.A. *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 36.

¹⁷⁸⁹ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 39; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 18; kritisch *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 35; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 509.

¹⁷⁹⁰ BGH vom 5.12.2002 – 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198 ff.; *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 38 ff.; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 33a; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 510.

¹⁷⁹¹ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 40; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 18; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 33a; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 510.

¹⁷⁹² BGH vom 5.12.2002 – 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198 ff.; *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 40; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 33a; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2 Rn. 511.

¹⁷⁹³ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 32; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 33a, *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 511.

BGB ohne Relevanz¹⁷⁹⁴. Andererseits liegt ein Irrtum über persönliche oder fachliche Qualifikationen des Bewerbers nicht vor, wenn der Arbeitgeber die entsprechenden Angaben in Zweifel zieht, diese jedoch nicht als entscheidende Faktoren bezüglich der Einstellungsentscheidung erachtet und ihm mithin die Täuschung des Kandidaten gleichgültig ist¹⁷⁹⁵.

Subjekt des Irrtums kann ausschließlich eine natürliche Person sein, nicht jedoch juristische Personen beziehungsweise Personenmehrheiten¹⁷⁹⁶, so dass bei einem Unternehmen als Arbeitgeber die Vorstellungen der agierenden Organe beziehungsweise Entscheidungsträger maßgeblich sind.

c) Vermögensverfügung

Konstituierendes Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB ist des Weiteren eine durch den Irrtum des Getäuschten veranlasste Vermögensverfügung¹⁷⁹⁷. Der Begriff der Vermögensverfügung ist nicht zivilrechtlich, sondern im rein tatsächlichen Sinne zu verstehen¹⁷⁹⁸. Die Vermögensverfügung umfasst neben rechtsgeschäftlichen Dispositionen und staatlichen Hoheitsakten jedes tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das bei diesem selbst oder bei einem Dritten unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinn führt¹⁷⁹⁹. Sofern man mit der überwiegenden Ansicht den Anstellungsbetrug als Form des Eingehungsbetrugs qualifiziert, liegt die Vermögensverfügung des Arbeitgebers in der Übernahme von Lohn- und Gehaltsverpflichtungen durch Abschluss des Arbeitsvertrages¹⁸⁰⁰. Im Hinblick auf die Kongruenz der §§ 263 Abs.1

¹⁷⁹⁴ *Reitemeier*, Täuschungen, S. 267.

¹⁷⁹⁵ *Reitemeier*, Täuschungen, S. 267.

¹⁷⁹⁶ *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 38.

¹⁷⁹⁷ *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 217;

Schönke/Schröder/Cramer/Perron, § 263 Rn. 54; *Jäger*, Strafrecht BT Rn. 331; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 21; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 40; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 514 ff.

¹⁷⁹⁸ BGH vom 11.3.1960 – 4 StR 588/59, BGHSt 14, 170 ff.;

Schönke/Schröder/Cramer/Perron, § 263 Rn. 55; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 23; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 41; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn. 514.

¹⁷⁹⁹ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 55; *Jäger*, Strafrecht BT, Rn. 331; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 22; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 40; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 514.

¹⁸⁰⁰ *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 217 f; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 52; *Reitemeier*, Täuschungen, S. 142; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 577; a.A. *Endemann*, Der sogenannte Anstellungsbetrug nach

StGB, 123 Abs. 1 Alt.1 BGB lässt sich die Feststellung treffen, dass jede täuschungsbedingte Abgabe einer vertragsbegründenden Willenserklärung im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt.1 BGB zugleich die Anforderungen einer Vermögensverfügung im Rahmen des Betrugstatbestands erfüllt¹⁸⁰¹.

Der erforderliche ursächliche Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Verfügung ist bereits zu bejahen, soweit die Erregung oder Unterhaltung des Irrtums für die Vermögensverfügung des Getäuschten mitbestimmend war; sie braucht nicht deren alleinige Ursache gewesen zu sein¹⁸⁰².

Notwendig ist die Identität zwischen Getäushtem und Verfügenden, nicht dagegen im Verhältnis zwischen Getäushtem und Geschädigten, was die Möglichkeit des sogenannten Dreiecksbetrugs eröffnet¹⁸⁰³. Spiegelt beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH-Arbeitgeberin dem Betriebsrat vor, die tariflich vorgeschriebene Insolvenzversicherung eines Wertguthabens aus einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis sei erfolgt, kann darin ein Betrug zu Lasten des Arbeitnehmers liegen¹⁸⁰⁴. Die sogenannte Befugnis- oder Ermächtigungstheorie bejaht einen Dreiecksbetrug nur, wenn der Getäuschte zur tatsächlichen Einwirkung auf das fremde Vermögen rechtlich befugt ist¹⁸⁰⁵. Die Lagertheorie fordert für den fremdschädigenden Dreiecksbetrug neben der rein tatsächlichen Verfügungsbefugnis ein besonderes normatives Näheverhältnis des Getäuschten zu dem betroffenen Vermögen, das den Getäuschten bereits vor der Tat in eine engere, Zurechnung legitimierende Beziehung zum Vermögenskreis des Geschädigten setzt als einen beliebigen Außenstehenden¹⁸⁰⁶. Soweit im vorliegend relevanten Fall des Anstellungsbetrugs getäuschte Person und geschädigter Arbeitgeber (zum Beispiel juristische Person) nicht identisch sind, wird diejenige Person, die die Einstellungsentscheidung trifft, regelmäßig zum

geltendem und zukünftigem Recht (1963) S. 109, der Vermögensverfügung erst in Gehaltszahlung erblickt.

¹⁸⁰¹ *Reitemeier*, Täuschungen, S. 142.

¹⁸⁰² *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 52; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 520.

¹⁸⁰³ *Schönke/Schröder/Cramer*, § 263 Rn. 65 ff; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 28; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 47 ff.

¹⁸⁰⁴ BAG vom 13.2.2007 – 9 AZR 207/06, NZA 2007, 878 ff.

¹⁸⁰⁵ *Joecks*, [2007], § 263 Rn. 61 ff; *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil (2005) S. 394; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil 2 (2003) § 7 Rn. 70 ff.

¹⁸⁰⁶ BAG vom 13.2.2007 – 9 AZR 207/06, NZA 2007, 878 ff.; *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 66; *Jäger*, Strafrecht BT, Rn. 341; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 641.

Abschluss des Arbeitsvertrages rechtlich ermächtigt sein, so dass nach allen vertretenen Auffassungen ein Dreiecksbetrug vorliegt.

d) Vermögensbeschädigung

Eine Betrugsstrafbarkeit des Bewerbers scheidet möglicherweise daran, dass der Arbeitgeber in den Fällen der wahrheitswidrigen Beantwortung von Fragen keinen Vermögensschaden erleidet¹⁸⁰⁷. Die Bestimmung des Vermögensschadens ist das Kernproblem des Anstellungsbetrugs¹⁸⁰⁸.

aa) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff mit normativer Schranke

Der Begriff des strafrechtlich geschützten Vermögens ist umstritten und in seinen Randbereichen noch nicht abschließend geklärt¹⁸⁰⁹. Seine Entwicklung ist geprägt von einer Hinwendung zu vermittelnden Lehrmeinungen in Abkehr von extremen Auffassungen¹⁸¹⁰. Zwischen der juristischen Vermögenstheorie und einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise hat sich in der Rechtslehre zunehmend die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre durchgesetzt, die in unterschiedlichen Varianten zum Vermögen einer Person alle Wirtschaftsgüter zählt, die ihr ohne rechtliche Missbilligung beziehungsweise unter dem Schutz der Rechtsordnung zu Gebote stehen¹⁸¹¹. Die neuere Rechtsprechung hält im Prinzip am bewährten und als Ausgangspunkt vorzugswürdigen wirtschaftlichen Vermögensbegriff fest, ergänzt und korrigiert ihn jedoch in teilweiser Übereinstimmung mit der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen Zivilrecht und Strafrecht durch Einbeziehung normativer Wertungen¹⁸¹².

¹⁸⁰⁷ *Reitemeier*, Anstellungsbetrug, S. 290.

¹⁸⁰⁸ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 153 ff.; *Joecks*, § 263 Rn. 90; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 52; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, § 7 Rn. 106 f.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 577.

¹⁸⁰⁹ *Jäger*, Strafrecht BT, Rn. 358 ff.; *Joecks*, § 263 Rn. 71 ff.; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 32 ff.; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, § 7 Rn. 79 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 530.

¹⁸¹⁰ *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 33; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 54; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 530.

¹⁸¹¹ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 82 ff.; *Joecks*, § 263 Rn. 73; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 33 ff.; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, § 7 Rn. 84; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 54; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 532.

¹⁸¹² BGH vom 8.1.1992 – 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186, 190.

Der Vermögensschaden im Rahmen des § 263 StGB ist anhand eines objektiv- individualistischen Beurteilungsmaßstabes nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung unter Berücksichtigung einer etwaigen unmittelbaren Schadenskompensation festzustellen: durch einen Vergleich zwischen dem Vermögensstand vor und nach der Vermögensverfügung ist zu ermitteln, ob eine nachhaltige Vermögensdifferenz eingetreten ist, ohne dass diese Einbuße durch ein unmittelbar aus der Vermögensverfügung fließendes Äquivalent wirtschaftlich vollständig ausgeglichen wird¹⁸¹³.

bb) Eingehungsbetrug

Bei vertraglichen Austauschgeschäften ist zunächst zwischen einem Eingehungs- und einem Erfüllungsbetrug zu unterscheiden¹⁸¹⁴. Diese beiden Begriffe resultieren aus dem Umstand, dass die Fluktuation des Vermögens, soweit sie sich auf der rechtsgeschäftlichen Ebene vollzieht, auf rechtlich verschiedenen und oft auch zeitlich getrennten Ereignissen beruht, nämlich der Verpflichtung zur Leistung und dem Vollzug der Leistungen¹⁸¹⁵: so folgt dem Arbeitsvertrag die Arbeitsleistung und die Bezahlung des Lohnes. Bei einem sogenannten Eingehungsbetrug liegt ein Vermögensschaden und damit ein bereits mit dem Vertragschluss vollendetes Delikt nur vor, wenn der erlangte Anspruch des Getäuschten in seinem wirtschaftlichen Wert hinter der von ihm übernommenen Verpflichtung zurückbleibt¹⁸¹⁶. Danach ist von einem Eingehungsschaden zu sprechen, wenn das Versprochene gegenüber der vom Getäuschten geschuldeten Leistung minderwertig oder der Versprechende leistungsunfähig oder leistungsunwillig ist¹⁸¹⁷. Die herrschende Meinung erkennt insofern als Vermögensschaden auch eine konkrete, schadensgleiche Vermögensgefährdung an, sofern sie bereits mit einer aus feststehenden Tatsachen her-

¹⁸¹³ BGH vom 4.3.1999 – 5 StR 355/98, NStZ 1999, 353 f.; *Joecks*, § 263 Rn. 83 ff; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 36; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, § 7 Rn. 95; *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 71; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 538.

¹⁸¹⁴ *Joecks*, § 263 Rn. 88 ff.; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 53; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 539.

¹⁸¹⁵ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 125; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 53.

¹⁸¹⁶ BGH vom 9.6.2004 – 5 StR 136/04, NStZ 2004, 557, 558; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 539.

¹⁸¹⁷ BGH vom 24.7.1991 – 4 StR 258/91, wistra 1992, 24, 25; *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 128; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn. 539.

§ 7 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

-Als Reaktionsmöglichkeiten auf Willensmängel beim Abschluss von Individualarbeitsverträgen verfügen die Arbeitsvertragsparteien nicht nur über ein Anfechtungs- und Kündigungsrecht, sondern auch über vorvertragliche und deliktische Schadensersatzansprüche, die auf Vertragsauflösung gerichtet sind, ohne dass insoweit Verdrängungsmechanismen eingreifen.

-Das Gestaltungsrecht der Anfechtung wird in keiner Weise durch Vorschriften oder Prinzipien des Kündigungsschutzes beeinflusst.

-Der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. kann auch bei nur fahrlässiger vorvertraglicher Informationspflichtverletzung als Instrument zur Aufhebung des Arbeitsvertrages fungieren; dabei erfolgt keine Reglementierung durch eine rechtsfortbildende Anwendung der Anfechtungsfrist. Die Verjährungsfrist kann jedoch durch Vereinbarung einer Ausschlussfrist abgekürzt werden.

-Auf vorvertragliche Informationspflichtverletzungen des Arbeitnehmers finden die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung sowie die Beweislastumkehr des § 619a BGB keine Anwendung.

-§ 311a Abs. 2 BGB stellt gegenüber der Haftung aus c.i.c. keine verdrängende Sonderregelung dar.

-Eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge eines Schadensersatzanspruchs in Form einer Lohnminderung oder -erhöhung ist in der Regel ausgeschlossen.

A. I. Eine Angleichung des Anfechtungsrechts an das Recht der außerordentlichen Kündigung im Wege rechtsfortbildender Anwendung kündigungrechtlicher Vorschriften, Entscheidungskriterien sowie Ausübungsmodalitäten ist ebenso abzulehnen wie eine vollständige Eliminierung der Anfechtung aus dem Arbeitsvertragsrecht. Hinsichtlich der verschiedenen Anfechtungsgründe bestehen keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten, die eine Abweichung von der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik erfordern.

Für die Konstituierung verkehrswesentlicher Eigenschaften der Parteien im Rahmen des § 119 Abs. 2 BGB sind in erster Linie das konkrete Rechtsgeschäft sowie seine Zielsetzung maßgeblich. Des Weiteren bedarf es einer Verobjektivierung der Kausalität.

Eine Anfechtung nach § 123 I Alt.1 BGB scheidet auf Grund mangelnder Widerrechtlichkeit der Täuschung aus, sofern der Arbeitnehmer eine unzulässige Frage des Arbeitgebers unrichtig oder unvollständig beantwortet. Das arbeitgeberseitige Fragerecht setzt einen Bezug zur konkret angestrebten Tätigkeit voraus, wohingegen unverhältnismäßige Eingriffe in die Privatsphäre als auch Diskriminierungen unzulässig sind. Im Übrigen ist der Arbeitgeber nach dem Prinzip der Abschlussfreiheit hinsichtlich seiner

Einstellungsentscheidung nicht verpflichtet, den Arbeitsplatz ausschließlich nach sachbezogenen Kriterien zu besetzen. Mit dem Inkrafttreten des AGG ist insoweit keine Änderung der Rechtslage verbunden.

II. Die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses sind ausschließlich anzuwenden, soweit im konkreten Fall sowohl Rückabwicklungsschwierigkeiten als auch Arbeitnehmerschutzgesichtspunkte eine teleologische Reduktion des § 142 BGB erfordern, da die Abweichung von der gesetzlichen Dogmatik der Rechtfertigung bedarf.

III. Zustimmung verdient eine Regelung der Anfechtung, die sich deutlich gegen Bestrebungen distanziert, die bürgerlich-rechtlichen Regeln der §§ 119 ff. BGB auch nur teilweise durch die außerordentliche Kündigung zu ersetzen. Die Vorschläge im Diskussionsentwurf-ArbVG, die Anfechtung des Arbeitgebers wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften des Arbeitnehmers auszuschließen sowie die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB in das Anfechtungsrecht zu integrieren, sind daher abzulehnen.

B. I. Es bedarf keines Rückgriffs auf die Fürsorge- beziehungsweise Treuepflicht, um vorvertragliche Aufklärungspflichten sowie den Haftungsgrund der c.i.c. zu begründen.

II. Aufklärungspflichten werden in erster Linie begründet, sofern die Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie nicht gewährleistet oder massiv beeinträchtigt sind. Die Statuierung einer Aufklärungspflicht setzt demnach voraus, dass zwischen den Vertragsparteien ein Informationsgefälle besteht, wonach der Informationsverpflichtete auf Grund seiner überlegenen Sachkunde ohne weiteres zu entsprechenden Auskünften imstande ist, wohingegen der Kontrahent zur sachgerechten Entscheidung erkennbar nur nach entsprechender Aufklärung in der Lage ist. Darüber hinaus ist eine erhebliche Interessengefährdung des informationsberechtigten Vertragspartners erforderlich, welche insbesondere nahe liegt, wenn der jeweilige Umstand die vertragsgerechte Durchführung des Arbeitsverhältnisses gefährdet oder vereitelt.

Dagegen ist dem Arbeitsvertrag keine allgemeine Informationspflicht des Arbeitgebers inhärent, dem Arbeitnehmer im Rahmen von Aufhebungsverträgen oder Kapitalanlagevereinbarungen die größtmöglichen Vermögensvorteile zu verschaffen beziehungsweise ihn vor finanziellen Nachteilen zu bewahren.

III. Der Anspruch aus c.i.c. mit der Möglichkeit einer schadensrechtlichen Vertragsaufhebung besteht bereits bei fahrlässiger Irreführung des Vertragspartners. Der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes implizierte bewusst nicht ein informationelles Vorsatzdogma für eine Haftung aus vorvertraglichem Informationsverhalten. Fahrlässiges Verhalten kann auf der Grundlage der geltenden Vorsatztheorie insbesondere vorliegen, wenn der Arbeitnehmer einem Irrtum über die Grenzen des arbeitgeberseitigen Fragerechts unterliegt.

Literaturverzeichnis

- Abeln*, Christoph, Steine statt Brot bei Altersteilzeit, AuA 2004, (9), S. 50.
- Adomeit* Klaus, *Mohr*, Jochen, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2007.
- Alenfelder*, Michael, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht: Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 2006.
- Altmeyen*, Holger, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, S. 1399.
- Ders.*, Nochmals: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, S. 1821.
- Annuß*, Georg, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, S. 1629.
- Appel*, Clemens/*Kaiser*, Brigitte, Gesetz zur Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, AuR 2000, S. 281.
- Ascheid*, Reiner/*Preis*, Ulrich/*Schmidt*, Ingrid, Kündigungsrecht, 3. Auflage, 2007.
- Backhaus*, Ludger, Die arbeitnehmerbegünstigende betriebliche Übung in der Rechtsprechung des BAG, AuR 1983, S. 65.
- Ballerstedt*, Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151 (1951), S. 501.
- Bamberger*, Heinz Georg/*Roth*, Herbert (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, 2007.
- v.Bar*, Christian, Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?, JuS 1982, S. 637.
- Bauer*, Jobst-Hubertus, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 8. Auflage, 2007, (zit: „Aufhebungsverträge“).
- Ders.*, AGG, 2. Auflage, 2008.

Wolf, Manfred/Gangel, Alfred, Anfechtung und Kündigungsschutz, AuR 1982, S. 271.

Wolf, Thomas, Doch keine Informationspflicht?, NZA-RR 2004, S. 337.

Wohlgemuth, Hans H., Fragerecht und Erhebungsrecht, AuR 1992, S. 46.

Worzalla, Michael, Neue Spielregeln bei Betriebsübergang – Die Änderungen des § 613a BGB, NZA 2002, 353.

Zeller, Sven, Die arbeitsrechtlichen Aspekte des Personalfragebogens als Mittel der Personalauswahl, BB 1987, S. 1522.

Zieglmeier, Christian, Meldepflicht bei der Agentur für Arbeit bei Beendigung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach § 37b SGB III, DB 2004, S. 1830.

Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg, Arbeitsrecht, 5. Auflage, 1998.

Ders., Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), S. 221.