

Arbeitsrecht

Reichold

8. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-83948-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

unbefristete, aber kündbare Arbeitsverhältnisse. Mit der Einführung des immer strikteren Kündigungsschutzes (1951) änderte sich die Funktion des § 620 Abs. 1 BGB. Jetzt war zu befürchten, dass durch eine Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen der Kündigungsschutz umgangen würde. Das BAG verlangte daher für jeden Fall der Befristung einen **sachlichen Grund** (BAG NJW 1961, 798). § 620 BGB wurde jetzt um einen Abs. 3 ergänzt, der auf das **Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)** vom 21.12.2000 verweist. Das TzBfG beinhaltet neben einer Regelung der Teilzeitarbeit die wesentliche Neuregelung des Befristungsrechts außerhalb des BGB. Derzeit (2024) befinden sich rund 7 % aller Arbeitnehmer zwischen 25 und 64 Jahren in Deutschland in befristeten Arbeitsverhältnissen.

- 35 Nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG muss grundsätzlich **jede** Befristung durch einen **sachlichen Grund** gerechtfertigt sein. § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG nennt dafür Regelbeispiele, z.B. vorübergehenden betrieblichen Bedarf (z.B. Ernteeinsatz), Vertretungen (z.B. bei Mutterschutz oder Elternzeit) oder die Eigenart der Arbeitsleistung (künstlerische oder Medientätigkeit), die schon bisher vom BAG grundsätzlich anerkannt waren. Durch das *ArbG Mainz* ist zu Recht in Frage gestellt worden, ob die im Profifußball übliche Befristung eigentlich durch „Eigenart“ oder besonderen „Verschleiß“ gerechtfertigt werden kann (NZA 2015, 684; dazu *Walker*, NZA 2016, 657). Vom BAG ist das mit vertretbaren Argumenten bejaht worden (BAG NZA 2018, 703). Eine zeitliche Höchstgrenze für die Befristung ist anhand des Befristungszwecks zu bestimmen, was z.B. bei der Anschlussbefristung (Ziff. 2) wohl eine maximale Befristungsdauer von **zwei Jahren** rechtfertigt.

Ohne sachlichen Grund sind befristete Arbeitsverträge beim gleichen Arbeitgeber nur bis zur Dauer von **zwei Jahren** zulässig (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG), es sei denn, der Arbeitnehmer ist bereits 52 Jahre alt und war zuvor arbeitslos, § 14 Abs. 3 TzBfG: dann darf bis zu fünf Jahren sachgrundlos befristet werden. Diese lange Befristungsdauer ist mit Unions- und Verfassungsrecht vereinbar (BAG NZA 2015, 1131). Außerdem dürfen auch **Existenzgründer** nach § 14 Abs. 2a TzBfG bis zu vier Jahre lang sachgrundlos befristete Verträge abschließen.

Eine sachgrundlose Befristung ist nach **§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG** aber dann **unzulässig**, wenn mit demselben Arbeitgeber „**bereits zuvor**“ (irgendwann?) ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hatte. Dies sorgte vor allem bei Personalabteilungen großer Arbeitgeber (Bund, Land, Stadt) für Unruhe. Was, wenn in grauer Vorzeit der jetzt befristet Einzustellende schon einmal beschäftigt war? Das BAG hatte 2011 in einem Akt kühner Rechtsfortbildung geurteilt, dass eine „Zuvor-Beschäftigung“ schon dann nicht mehr zu bejahen sei, wenn das frühere Arbeitsverhältnis **mehr als drei Jahre** zurückliege. Diese Drei-Jahres-Frist sei der Regelverjährung des § 195 BGB entlehnt (BAG NZA 2011, 905). Diese Rechtsprechung hat das **BVerfG** mit Beschluss vom 6.6.2018 zu Recht verworfen und das BAG aufgefordert, die gesetzgeberische Wertung für ein **Verbot einer sachgrundlosen**

Befristung nach jeglicher früheren Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber zu respektieren. Mit seiner Rechtsprechung verstoße das BAG gegen die „Grenzen vertretbarer Auslegung gesetzlicher Vorgaben“ (*BVerfG* NZA 2018, 774). Doch könne das „jemals zuvor“-Verbot gegen die Verfassung verstoßen, wenn eine Vorbeschäftigung **sehr lange** zurückliegt, **ganz anders** geartet war oder von **sehr kurzer Dauer** gewesen ist. Das BAG hat entsprechend entschieden, dass 15 Jahre noch kein „sehr langer“ Zeitraum seien (NZA 2019, 1271), wohl aber 22 Jahre (*BAG* NZA 2020, 40). Die katholische Kirche hat eigenständige Befristungsregeln erlassen (zak-mas.de).

Schließlich ist die Wirksamkeit der Befristung von ihrer **Schriftform** 36 abhängig (§ 14 Abs. 4 TzBfG): Wer also als Arbeitgeber nicht § 126 Abs. 2 BGB beachtet, befindet sich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis wider Willen! Jedoch reicht es zur Wahrung der Schriftform aus, wenn der Arbeitgeber das von ihm unterzeichnete Schreiben zum Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages dem Arbeitnehmer zukommen lässt und dieser das Angebot annimmt, indem er dasselbe Schriftstück (auch später noch) unterzeichnet (*BAG* NJW 2007, 315). Wird die Befristung zunächst nur mündlich vereinbart, der Arbeitsvertrag aber erst **nach** Arbeitsbeginn unterschrieben, so liegt laut BAG eine „nachträgliche Befristung“ eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses vor, die in der Regel unwirksam ist (*BAG* NZA 2005, 575). Eine rückwirkende Heilung des Mangels der Schriftform etwa nach § 141 BGB soll nicht möglich sein.

Die **Befristung einzelner Arbeitsbedingungen** wird dagegen nicht 37 vom TzBfG erfasst, sondern unterliegt als AGB der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Der Befristungsabrede steht auch § 307 Abs. 3 BGB nicht entgegen, wenn die Befristung eine synallagmatische Pflicht betrifft, da sie als sog. „Preisnebenabrede“ kontrollfähig bleibt (*BAG* NZA 2006, 40). Bezüglich der Inhaltskontrolle lässt sich als Faustformel festhalten, dass die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen gerechtfertigt ist, wenn ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG gegeben wäre (*BAG* NZA 2008, 229).

Prüfungsschema 7: Befristungskontrolle

1. Zulässigkeit der Befristung

a) Sachlicher Grund gem. § 14 Abs. 1 TzBfG, z.B.

- Vorübergehender betrieblicher Bedarf
- Vertretungen
- Eigenart der Arbeitsleistung

b) Gesetzliche Sonderregelungen, z.B.

- §§ 1, 2 WissZeitVG (Wissenschaftszeitvertragsgesetz)
- § 21 BEEG (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz)

c) Ausnahmeweise: Befristung ohne Sachgrund gem. § 14 Abs. 2 bzw. Abs. 2a bzw. Abs. 3 TzBfG

2. Schriftform, § 14 Abs. 4 TzBfG i.V.m. § 126 Abs. 2 BGB (vor Antritt der Arbeit!)

3. Rechtsfolgen

a) **Befristung wirksam:** Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit, § 15 Abs. 1 TzBfG (zur Zweckbefristung vgl. § 15 Abs. 2 TzBfG); „Kündigung“ des befristeten Arbeitsverhältnisses unzulässig, vgl. aber § 15 Abs. 3, 4 TzBfG.

b) **Befristung unwirksam:** Arbeitsverhältnis gilt nach § 16 S. 1 TzBfG unbefristet und kann über das Fristende hinaus fortgesetzt werden; zur Beendigung bedarf es der Kündigung.

4. Klageart

Feststellungsklage auf „Entfristung“ innerhalb von 3 Wochen nach dem vereinbarten Fristende, § 17 TzBfG.

b) Probezeit

- 38 Zu unterscheiden von der Befristung eines Arbeitsvertrags ist die Vereinbarung einer „Probezeit“, die meistens ein unbefristetes Arbeitsverhältnis einleitet. Soll sie dem Arbeitsverhältnis aber **eigenständig und selbstständig** vorgeschaltet werden, bedarf es einer ausdrücklichen und schriftlichen Vereinbarung nach § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG. Innerhalb dieser Probebefristung darf nur gekündigt werden, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist. Wird dagegen die Probezeit **nicht ausdrücklich** vereinbart, kann nach § 622 Abs. 3 BGB nur in den ersten sechs Monaten mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Danach greift der Kündigungsschutz nach § 1 KSchG, so dass diese Zeit von beiden Arbeitsvertragspartnern als Phase minderen Kündigungsschutzes sehr ernst genommen werden sollte (→ § 10 Rn. 44). Auch das **ausdrücklich befristete** Arbeitsverhältnis „zur Probe“ nach § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG wird aber dann automatisch in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übergeleitet, wenn es mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird und der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht (§ 15 Abs. 5 TzBfG).

III. Wirksamkeitshindernisse des Arbeitsvertrags

- 39 Für Arbeitsverträge gelten die gleichen Unwirksamkeitsgründe wie für andere Rechtsgeschäfte. Zu unterscheiden sind dabei **Nichtigkeitseründe**, die zur ursprünglichen Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages führen können (z.B. §§ 105, 108, 113, 125 S. 2, 134, 138, 177 BGB), von nachträglichen Unwirksamkeitsgründen, insbesondere bei **Anfechtung** (§§ 119 ff., 142 BGB). Es handelt sich um **rechtshindernde Einwendungen**, die den vertraglichen Anspruch von vornherein nicht entstehen lassen. Dabei ist aber sorgfältig zu trennen zwischen **Abschlussverboten**, die den Vertrag

als solchen verhindern wollen, und **Beschäftigungsverboten**, die den konkreten Einsatz des Arbeitnehmers verhindern – was aber nicht Unwirksamkeit des Vertrags bedeutet, sondern die (zeitweilige) rechtliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Bei der Bejahung der Nichtigkeit ist im Arbeitsrecht immer Zurückhaltung geboten, weil Sinn und Zweck z.B. der Arbeitsschutznormen häufig nur die konkrete Tätigkeit („Wie-Frage“), nicht aber das Arbeitsverhältnis insgesamt („Ob-Frage“) verhindern wollen.

1. Nichtigkeitsgründe

a) Arbeitsleistungen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 134 BGB)

Ursprünglich unwirksam und damit nichtig sind z.B. Arbeitsverträge mit **Geschäftsunfähigen** bzw. **beschränkt Geschäftsfähigen** (§§ 105, 108 BGB). Bei letzteren ermöglicht § 113 Abs. 1 S. 1 BGB zwar den Vertragsschluss bei Ermächtigung durch die Erziehungsberechtigten (sog. *Arbeitsmündigkeit*); diese umfasst aber nicht den eigenständigen Abschluss eines Berufsausbildungsvertrags (vgl. §§ 10, 11 Abs. 2, 3 BBiG). Als „Beschäftigungsnormen“ sind zusätzlich die *leges speciales* des Jugendarbeitsschutzgesetzes (JArbSchG) mit seinen Ausnahmebestimmungen (z.B. § 5 Abs. 1: Beschäftigungsverbot von Kindern; § 5 Abs. 2–5, § 6: Ausnahmen vom Beschäftigungsverbot) zu beachten. 40

Beim Verstoß gegen Arbeitsschutznormen zugunsten **Volljähriger** (z.B. MuSchG, ArbZG) wird nach Sinn und Zweck der verletzten Norm in aller Regel nicht der Arbeitsvertrag als solcher unwirksam sein, sondern es soll nur die konkrete Beschäftigung verhindert werden. Als gegenüber der Nichtigkeitsklage milderer Mittel steht dem Arbeitnehmer ein **Leistungsverweigerungsrecht** zu. Gerade im Arbeitsrecht muss der zur Interpretation des Verbotsgesetzes auffordernde Wortlaut des § 134 BGB ernst genommen werden: 41

„... ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

Wenn allerdings der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einem Handwerksmeister nur zur Umgehung des sog. „**Meisterzwangs**“ dienen soll – anders ist eine Eintragung in die Handwerksrolle nicht zu erlangen (§§ 1, 7 Handwerksordnung) –, ohne dass der Arbeitnehmer nennenswerte Leistungen als Betriebsleiter erbringt, ist dieser Vertrag wegen **Umgehung** des § 7 HandwO **nichtig**; ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis kommt nicht zustande (→ Rn. 55). Fehlt dagegen z.B. eine **Aufenthaltserlaubnis** für Ausländer, die nicht der EU angehören (seit 1.1.2005 geregelt im „Aufenthaltsgesetz“, vgl. §§ 18, 39 AufenthG; § 284 SGB III regelt nur noch Arbeitserlaubnis für Neu-EU-Bürger), wird nur die Durchführung des

Vertrags (d.h. die „Beschäftigung“) unmöglich, der Vertrag selbst bleibt aber wirksam (bis zur evtl. Kündigung).

Achtung: Die (Total-)Nichtigkeit des Arbeitsvertrags nach § 134 BGB wird nur in Ausnahmefällen bejaht, soweit z.B. die darauf beruhende Beschäftigung von vornherein ohne Einholung der erforderlichen Genehmigungen als „illegal“ geplant war und dadurch öffentliche Interessen beeinträchtigt werden (z.B. BAG BB 2005, 782: Arzt ohne Approbation). Für das Arbeitsverhältnis ist die bloße **Teilnichtigkeit** nach § 139 BGB bei Fortbestand des Arbeitsvertrags der Regelfall (ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 342f.).

Beispiel: Wer unter Missachtung seiner steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten Dienstleistungen ausführen lässt, verstößt als Arbeitgeber gegen das **Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung** (SchwarzArbG – BGBl. I 2004, S. 1842) und ist verantwortlich für verbotene Schwarzarbeit. Jedoch ist fraglich, ob damit auch auf Schwarzarbeit gerichtete **Arbeitsverträge** nach § 134 BGB unwirksam sind. Zwar will das SchwarzArbG durch die Androhung von Geldbußen sowohl gegenüber dem Besteller als auch gegenüber dem Werkunternehmer die Schwarzarbeit schlechthin verbieten und einen entsprechenden Leistungsaustausch verhindern. Doch trifft die Nichtigkeitsfolge nach § 1 Abs. 2 SchwarzArbG i.V.m. 134 BGB ausdrücklich nur Auftraggeber und -nehmer der Schwarzarbeit (BGH NJW 1990, 2542). Unselbstständige Dienstleistungen von Schwarzarbeit werden nur dem Arbeitgeber als Ordnungswidrigkeit angelastet, nicht aber dem Arbeitnehmer. Nach Sinn und Zweck des SchwarzArbG kann eine **Nichtigkeit** des unselbstständigen Schwarzarbeitsvertrags, die nur zu Lasten des Arbeitnehmers ginge, sinnvollerweise **nicht** bejaht werden. Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Meldepflichten wollen ja Beschäftigung nicht verhindern, sondern nur mit Abgaben zugunsten der Allgemeinheit belasten. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch § 10 AÜG, der im vergleichbar illegalen Arbeitnehmerverleih ein wirksames Arbeitsverhältnis zum tatsächlichen Beschäftigten (Entleiher) begründet (vgl. Hanau/Adomeit, Rn. 648). Ein **freier Dienstvertrag** dagegen ist bei einem **beiderseitigen Verstoß** gegen § 1 Abs. 1 SchwarzArbG gem. § 134 BGB nichtig (BAG NJOZ 2004, 2595).

Von der Schwarzarbeit zu unterscheiden ist die **Schwarzgeldabrede** („Nettolohnabrede“). Zwar begeht der Arbeitgeber damit Sozialversicherungsbetrug (§ 266a StGB) und Steuerhinterziehung, doch soll dadurch nur ein Schutz der Sozialkassen und des Fiskus erreicht, nicht jedoch der Leistungsaustausch als solcher verhindert werden. Davon geht auch der Gesetzgeber in § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV aus. Der Arbeitsvertrag ist deshalb weder nach § 134 noch nach § 138 BGB nichtig (BAGE 105, 187 = NZA 2004, 313).

b) Arbeitsleistungen, die gegen die guten Sitten verstoßen (§ 138 BGB)

- 42 Ein Arbeitsvertrag kann auch gegen die guten Sitten verstoßen oder insbesondere wegen Wuchers nichtig sein (§ 138 Abs. 1, 2 BGB). Um zur Gesamtnichtigkeit des Arbeitsverhältnisses zu kommen, muss die vertraglich vereinbarte Dienstleistung **insgesamt** gegen die guten Sitten verstoßen (Inhaltssittenwidrigkeit). Das ist nur ausnahmsweise etwa bei Tätigkeiten zu bejahen, die nicht direkt gegen Strafgesetze

verstoßen (sonst hat § 134 BGB Vorrang), wohl aber im relevanten Umfeld liegen und einem ähnlichen sittlich-moralischen Verdikt unterfallen, so z.B. bei krass gegen die Sexualmoral verstoßenden Dienstleistungen (z.B. Geschlechtsverkehr auf der Bühne, BAG NJW 1976, 1958). Ähnlich wie bei § 134 BGB ist auch bei sittenwidrigen Rechtsgeschäften der Arbeitnehmerschutzgedanke in der Weise zu beachten, dass nur offenkundige und gravierende (evidente) Verstöße gegen die sittliche Ordnung den Arbeitsvertrag insgesamt vernichten. Ansonsten ist von **Teilnichtigkeit (§ 139 BGB)** auszugehen, die sich nur auf Vertragsbestandteile (Entgelt, vgl. BAG NZA 2006, 1354) oder abtrennbare Geschäfte, z.B. bei der Übernahme einer Bürgschaft zugunsten des Arbeitgebers aus Angst um den Erhalt des Arbeitsplatzes (BGH NJW 2004, 161) auswirkt, nicht aber auf den Vertrag insgesamt (→ Rn. 31).

c) Nicht: Anfänglich-objektiv unmögliche Arbeitsleistungen

Die anfängliche Unmöglichkeit ist seit dem 1.1.2002 kein Nichtigkeitsgrund mehr, 43 vgl. §§ 275 Abs. 1, 311a Abs. 1 BGB. Der Vertrag ist daher auch dann wirksam, wenn psychisch und physisch nicht erbringbare Arbeitsleistungen geschuldet werden, was etwa auf Verpflichtungen zur Arbeitsleistung für nicht existierende Betriebe oder auf Verträge zutrifft, die abhängige Dienste für zeitlich (z.B. 48-Stunden-Dienste) oder inhaltlich (z.B. Intelligenzsteigerung durch „Dianetik“ o. ähnlich zweifelhafte Methoden) nicht erbringbare Leistungen zum Gegenstand haben. Es entsteht in diesem Fall ein Vertrag ohne Primärleistungspflichten, aber mit Sekundärpflichten, insb. Schadensersatz (§ 311a Abs. 2 BGB).

2. Anfechtbarkeit

Die Anfechtung wegen Irrtums im Auswahlverfahren ist ein beliebtes Klausurthema. Dabei ist die Geltung der Anfechtungsregeln für den Arbeitsvertrag nicht selbstverständlich. Denn das Kündigungsrecht (§§ 620 Abs. 2, 622 BGB) kann auch **vor Arbeitsantritt** (d.h. vor der tatsächlichen Aufnahme der Tätigkeit) schon ausgeübt werden. Deshalb wurde vertreten, dass die Anfechtungs- durch die Kündigungsregeln zu ersetzen seien (z.B. Hönn, ZfA 1987, 61). Die ganz h.M. betont aber die **Anwendbarkeit der §§ 119 ff. BGB auch auf den Arbeitsvertrag**: Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob die Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers auf einem Willensmangel beruht (sog. *Vertragsanbahnungsproblem*), oder ob ein fehlerfrei zustande gekommener Vertrag bei der Durchführung Störungen unterliegt, die (dann) nur durch eine Kündigung behoben werden können (sog. *Vertragsdurchführungsproblem*, vgl. nur Picker, ZfA 1981, 20 ff., ferner BAG NZA 2014, 1131). 44

Durch die Anwendung der Anfechtungsregeln wird auch klargestellt, dass *alleine der Arbeitsvertrag* das Arbeitsverhältnis begründet (sog. **Vertragstheorie**, ganz h.M.). Würde man der früher vertretenen Eingliederungstheorie (*Nikisch*) folgen und einen rein tatsächlichen „Einstellungsakt“ für die Begründung genügen lassen, so bräuhete man mangels Willenserklärung keine Anfechtung. Die Eingliederungstheorie als zeitgebundene Konzession an die „normative Kraft des Faktischen“ ist längst 45

überwunden. Heute wird stattdessen eine Objektivierung der Rechtsgeschäftslehre betrieben (vgl. nur BGHZ 91, 324: Willenserklärung auch bei fehlendem Erklärungsbewusstsein möglich). Beruht ein vollzogenes Arbeitsverhältnis auf einer nicht voll wirksamen privatautonomen Grundlage, so muss es nach den Grundsätzen des „**fehlerhaften Arbeitsverhältnisses**“ (unten IV) rückabgewickelt werden. Ist der Arbeitsvertrag hingegen geschlossen, so kann auch schon vor der Arbeitsaufnahme („Eingliederung“) z.B. der Mutterschutz bei Schwangeren greifen.

a) **Anfechtungserklärung (§ 143 Abs. 1 BGB)**

- 46 Erst mit der Anfechtungserklärung macht der Anfechtungsberechtigte von seinem einseitigen **Gestaltungsrecht** Gebrauch; sie ist deshalb unwiderruflich und bedingungsfeindlich und muss dem Erklärungsempfänger zugehen (§ 130 BGB). Im Wege der Auslegung nach § 133 BGB muss ermittelt werden, ob tatsächlich eine Anfechtungserklärung und nicht z.B. eine Kündigung gewollt war. Der Begriff „Anfechtung“ muss so nicht fallen, doch sollte die Auslegung ergeben, ob das Arbeitsverhältnis aufgrund eines Willensmangels bei der Einstellungsentscheidung aufgelöst werden soll oder z.B. wegen schlechter Arbeitsleistungen, die nur zur Kündigung berechtigen würden. Trotz der Einseitigkeit seiner Erklärung muss sich der Anfechtende eine Auslegung nach dem **Empfängerhorizont** gefallen lassen (§§ 133, 157 BGB).

b) **Anfechtungsgründe**

- 47 Im Arbeitsrecht sind Besonderheiten vor allem im Zusammenhang mit dem Fehlen „verkehrswesentlicher Eigenschaften“ (§ 119 Abs. 2 BGB) und bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB) zu beachten.

aa) § 119 Abs. 2 BGB

- 48 Eigenschaften von Arbeitnehmern sind dann „verkehrswesentlich“, wenn dadurch ihre Eignung für die Erfüllung der arbeitsvertraglich vereinbarten Aufgabe entscheidend beeinträchtigt wird. Eine *vorübergehende* Verhinderung an der unbefristeten Arbeitsleistung wie bei Schwangerschaft kann deshalb nie verkehrswesentlich sein, es sei denn, der Arbeitsvertrag wird befristet abgeschlossen und für diese Zeit wegen Schwangerschaft undurchführbar. Für die Tätigkeit einer Arzthelferin bei einem **Frauenarzt** ist z.B. ein Transsexueller ungeeignet, dessen Geschlechtsumwandlung in Richtung Weiblichkeit sich gerade erst vollzieht (BAG NJW 1991, 2723). Der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft bezieht sich beim Arbeitsvertrag auf **persönliche Merkmale**. Wie sonst auch greift die Anfechtung nur durch, wenn anzunehmen ist, dass der Anfechtende den Vertrag bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgeschlossen hätte. Der Irrtum muss also *kausal* für die Einstellung

gewesen sein. Der Anfechtende trägt hier außerdem das Schadensersatzrisiko nach § 122 BGB (Ersatz des „negativen Interesses“).

bb) § 123 BGB

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist hauptsächlich Thema 49 der BAG-Rechtsprechung. Wer zulässige Fragen bewusst falsch beantwortet, täuscht den Arbeitgeber arglistig durch **positives Tun**. Wer dagegen eine unzulässige Frage falsch beantwortet, handelt weder arglistig noch rechtswidrig (→ Rn. 5 ff.). § 123 Abs. 1 BGB ist insoweit einschränkend zu Gunsten der Schonung der Privatsphäre des Arbeitnehmers auszulegen. Fragen ohne Bezug zur Arbeitsaufgabe, zumal solche mit diskriminierendem Charakter (Rn. 12 ff.), dürfen auch bewusst falsch beantwortet werden (Rn. 7). Trifft den Bewerber aber eine Aufklärungspflicht aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, so muss er ungefragt Auskunft geben; der Vertrag kann dann auch wegen Täuschung durch **Unterlassen** angefochten werden. Weiter ist zu fragen, ob die Täuschung überhaupt **kausal** für die Einstellung war – das lässt sich bei Falschangaben in umfangreichen Personalfragebögen keineswegs immer behaupten, hängt die Kausalität doch von der konkreten Tätigkeit ab, auf die es dem Arbeitgeber ankommt (vgl. BAG NZA 2012, 34 – Tz. 16 f.: Grad der Behinderung war bedeutungslos). Die Täuschung darf im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung (vgl. § 124 BGB) ihre Bedeutung für den Bestand des Arbeitsverhältnisses aber noch nicht verloren haben (Zeitfaktor!).

Beispiel: Wer 20 Jahre, nachdem er für das Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR („Stasi“-Tätigkeit) gearbeitet hatte, bei der Einstellung als Angestellter die Frage nach früherer Stasi-Tätigkeit verneinend beantwortet, hat den Arbeitgeber zwar getäuscht. Fraglich ist aber, ob diese Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB noch als **rechtswidrig** gelten muss. Denn bei der Ausübung des Fragerechts des Arbeitgebers ist auch der „Zeitfaktor“ zu berücksichtigen. Persönliche Haltungen können sich im Laufe der Zeit ändern und im Sinne einer Bewährung vergangenes Fehlverhalten unerheblich machen, weil diese für das aktuelle Arbeitsverhalten nicht mehr prägend sein müssen. Das BAG hat daher entschieden, dass bei untergeordneter Stasi-Tätigkeit und nach 20 Jahren Zeitablauf eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nunmehr ausgeschlossen sei (BAG NZA 1998, 1052; anders dagegen für etwas mehr als zehn Jahre zurück liegende Stasi-Tätigkeit BAG ZTR 2005, 379).

c) Anfechtungsfrist

Bei einem Irrtum (§ 119 BGB) muss die Anfechtung *unverzüglich* erfolgen (§ 121 Abs. 1 BGB), was im Arbeitsrecht gleichgesetzt wird mit der 50 Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Bei einer arglistigen Täuschung dagegen muss die Anfechtung innerhalb eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung erklärt werden (§ 124 Abs. 1, 2 BGB), wobei jedoch zu beachten ist, dass willkürliche Verzögerungen des einmal erkannten An-