Corinna Verhoek

# Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis



PETER LANG
Europäischer Verlag der Wissenschaften

# Inhaltsverzeichnis


1. Teil Einführung ____ 19
§ 1. Begriff und Inhalt der Lehre ____ 19
§ 2. Problemstellung ____ 20
§ 3. Gang der Untersuchung ____ 23

2. Teil Entwicklung bis 1945 ____ 25
§ 1. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ____ 25
§ 2. Eingliederungstheorie und Vertragstheorie ____ 26

3. Teil Vorschläge zur Behandlung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ____ 31
§ 1. Einleitung ____ 31
§ 2. Meinungsstand ____ 34
A. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ____ 34
I. Grundlagen ____ 34
1. Schwierigkeit bzw. Unmöglichkeit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ____ 34
2. Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ____ 36
3. Natur des Dauerschuldverhältnisses ____ 38
4. Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses ____ 39
a) Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ____ 39
b) Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers ____ 41
5. Eigenart des Dienstleistungsversprechens ____ 42
II. Rechtstechnische Umsetzung ____ 43
1. Teleologische Reduktion der Nichtigkeits- und Anfechtungsfolgen ____ 43
2. Differenzierung zwischen Nichtigkeit und Anfechtung ____ 43
III. Beendigung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ____ 44
B. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ____ 44
I. Kritik an den Wertungsgrundlagen der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ____ 44
1. Keine typologischen Besonderheiten des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ____ 45
2. Sozialer Schutz des Arbeitnehmers ____ 45
II. Inhalt des Bereicherungsanspruchs ____ 46
1. Das „Erlangte" i.S.d. § 812 BGB ____ 46

2. Wertersatz gem. § 818 II BGB ____ 47
a) Berechnung des Wertes für erbrachte Arbeitsleistung ____ 47
(1) Voller vereinbarter Lohn einschließlich Zulagen, Prämien, Gratifikationen ____ 48
(2) Üblicher Lohn, Tariflohn ____ 49
(3) Enger Lohnbegriff ____ 50
b) Schlechtleistung ____ 51
c) Zeiten der Nichtarbeit ____ 51
(1) Ohne Arbeit kein Lohn ____ 51
(2) Wertersatz auch für nichtgeleistete Arbeit ____ 52
(a) Leistungsstörungen ____ 52
(b) Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ____ 53
(c) Urlaubszeiten ____ 53
3. Wegfall der Bereicherung ____ 53
a) Wegfall der Bereicherung nicht möglich ____ 53
b) Wegfall der Bereicherung möglich, aber Berücksichtigung der vermögensmäßigen Entscheidung des Arbeitgebers ____ 54
4. Pfändungs- und Abtretungsschutz, Insolvenzschutz ____ 55
5. Schutz- und Nebenpflichten ____ 56
6. Betriebszugehörigkeit ____ 57
7. Sozialversicherungsrecht, Lohnsteuer ____ 58
§ 3. Stellungnahme ____ 58
A. Rechtsfortbildung contra legem ____ 58
B. Rechtfertigung ____ 60
I. (Un)möglichkeit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ____ 60
1. Erlangtes Etwas, § 812 I BGB ____ 60
2. Wertersatz, § 818 II BGB ____ 62
a) Vereinbartes Entgelt ____ 63
b) Tariflohn ____ 63
c) Enge, rein auf den Leistungsaustausch bezogene Wertbestimmung ____ 64
(1) Grundlohn ____ 64
(2) Zulagen ____ 65
(3) Provisionen ____ 65
(4) Umsatz- und Gewinnbeteiligungen (Tantiemen) / Aktienoptionen ____ 65
(5) Prämien ____ 66
(6) Sozialeinrichtungen ____ 66
(7) Sonderzuwendungen / Gratifikationen ____ 67
(a) Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter ____ 67
(b) Sonderzahlung nur für Betriebstreue ____ 68

(c) Sonderzahlung mit Mischcharakter 68
(8) Betriebliche Altersversorgung 69
(9) Zwischenergebnis 71
d) Schlechtleistung 71
e) Zeiten der Nichtarbeit 72
3. Wegfall der Bereicherung gem. § 818 III BGB 73
a) Wegfall der Bereicherung auf Arbeitgeberseite 74
(1) Wegfall der Bereicherung ist möglich 74
(2) Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung 75
b) Wegfall der Bereicherung auf Arbeitnehmerseite 76
4. Pfändungs- und Abtretungsschutz, Insolvenzschutz 77
5. Schutz- und Nebenpflichten 78
a) Schutzpflichten 79
(1) Begriff 79
(2) Rechtliche Natur 79
(a) „Durchschlagen" der Nichtigkeit auch auf die Schutzpflichten 81
(b) Umfang der Schutzpflichten 82
b) Unselbständige Nebenpflichten 83
(1) Begriff 83
(2) Rechtliche Natur 84
c) Zwischenergebnis 85
6. Betriebszugehörigkeit 85
7. Sozialversicherungsrecht 87
8. Lohnsteuer 88
9. Ergebnis 89
II. Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses 90
1. Das gelebte Dauerschuldverhältnis als „sozialer Tatbestand" 90
2. Der Vergleich zu anderen Dauerschuldverhältnissen 90
a) Gesellschaftsrecht 90
b) Vereinsrecht 92
c) Eherecht 92
d) Privatversicherungsrecht 93
e) Mietrecht 94
3. Zwischenergebnis 95
a) Keine Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses 95
b) Bestätigung der rechtstechnischen Konstruktion 96
III. Eigenart der Dienstleistung oder Besonderheit der Arbeitsleistung? 97
1. Eigenart der Dienstleistung (Abgrenzung zum Werkvertrag) 97
2. Arbeitnehmerschutz / Fremdbestimmte Arbeitsleistung 100
a) Kein allgemeines Schutzprinzip 100

b) Schutzbedürftigkeit infolge persönlicher Abhängigkeit ____ 101
(1) Prinzip ____ 101
(2) Lückenfüllung durch Rechtsprinzipien ____ 102
(3) Übertragung des Prinzips auf fehlerhafte Arbeitsverhältnisse ____ 103
C. Rechtstechnische Konstruktion ____ 104
D. Beendigung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ____ 105
I. Lossagung vom nichtigen Vertrag ____ 105
II. Lossagung vom anfechtbaren Vertrag ____ 105
E. Zwischenergebnis ____ 106
I. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis: zulässige Rechtsfortbildung ____ 106
II. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei Nichteingreifen der Voraussetzungen ____ 107

4. Teil Generelle Anwendungsvoraussetzungen ____ 109
§ 1. Invollzugsetzen des Arbeitsverhältnisses ____ 109
A. Meinungsstand ____ 109
B. Stellungnahme ____ 110
§ 2. Kein Außervollzugsetzen ____ 110
A. Meinungsstand ____ 110
I. Die Entwicklung des Merkmals des „Außervollzugsetzens" bis zum Jahre 1982 ____ 110
II. Die Entscheidungen des BAG vom 16.09.1982 und vom 29.08.1984 111
III. Die Entscheidung des BAG vom 03.12.1998 ____ 112
IV. Die Rezeption der jüngsten Rechtsprechung durch die Lehre ____ 113
B. Stellungnahme ____ 114

5. Teil Anwendungsbereiche der Lehre ____ 117
§ 1. Fehlende Einigung mit dem Arbeitgeber ____ 117
A. Einschleichen in den Betrieb ____ 118
B. Dissens, §§ 154, 155 BGB ____ 119
I. Meinungsstand ____ 119
II. Stellungnahme ____ 120
C. Unwirksame Stellvertretung, §§ 177 ff. BGB ____ 121
I. Meinungsstand ____ 121
II. Stellungnahme ____ 122
1. Keine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis 122
2. Sonderproblem: Fehlerhafte /fehlende Beschlussfassung bei juristischen Personen ____ 123
D. Zweckverfehlte Arbeitsleistung ____ 123

I. Meinungsstand 124
II. Stellungnahme 125
E. Heranziehung zu gemeinnütziger Arbeit nach dem BSHG 125
I. Meinungsstand 126
II. Stellungnahme 127
F. Zwangsarbeit 128
I. Meinungsstand 128
II. Stellungnahme 129
§ 2. Nichtigkeit 130
A. Einführung 130
B. Teilnichtigkeit, § 139 BGB 130
I. Meinungsstand 131
II. Stellungnahme 133
1. Keine Ansprüche nach der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis bei bloßer Teilnichtigkeit 133
2. Prüfung der (Teil)nichtigkeit einer Vereinbarung 134
a) Anwesenheitsprämie 134
b) Verbotswidrige Mehrarbeit 134
c) Rechtsfolgen fehlender Beteiligung des Betriebs- bzw. Personalrats bei der Höhergruppierung 135
C. Gesamtnichtigkeit 136
I. Kenntnis der Nichtigkeit 136
1. Meinungsstand 136
2. Stellungnahme 137
II. Einzelne Nichtigkeitsgründe 138
1. Mängel der Geschäftsfähigkeit, §§ 104 ff. 138
a) Beschränkte Geschäftfähigkeit bzw. Geschäftsunfähigkeit des Arbeitnehmers 139
(1) Meinungsstand 139
(2) Stellungnahme 140
b) Beschränkte Geschäftsfähigkeit bzw. Geschäftsunfähigkeit des Arbeitgebers 141
(1) Meinungsstand 141
(2) Stellungnahme 142
2. Schriftformerfordernisse, § 125 BGB 143
a) Meinungsstand 144
b) Stellungnahme 144
3. Scheingeschäft, § 117 BGB 144
a) Scheinarbeitsvertrag zur Verdeckung eines anderen Arbeitsvertrages 145
(1) Meinungsstand 145

(2) Stellungnahme 146
b) Scheinselbständigkeit 146
(1) Meinungsstand 147
(2) Stellungnahme 147
4. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB 148
a) Einführung 148
b) Einzelfälle 148
(1) Verstoß gegen §§ 5, 7 JugArbSchG 148
(a) Meinungsstand 149
(b) Stellungnahme 149
(2) Illegale Ausländerbeschäftigung, § 284 SGB III 150
(a) Meinungsstand 150
(i) Keine Nichtigkeit des Vertrages 150
(ii) Sonderfall: Beiderseitiges Kenntnis vom Verstoß 152
(b) Stellungnahme 153
(i) Keine Nichtigkeit des Vertrages 153
(ii) Keine Geltung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis im suspendierten Arbeitsverhältnis 153
(iii) Bestehen vertraglicher Ansprüche bei Vollzug des Vertrages 154
(3) Verstoße gegen §§ 3 ff. MuSchG 155
(a) Meinungsstand 155
(b) Stellungnahme 156
(4) Verbotene Mehrarbeit, §§ 3 ff. ArbZG 157
(a) Meinungsstand 157
(b) Stellungnahme 158
(5) Fehlende Mitwirkung des Betriebsrates bei der Einstellung, §§ 99 ff. BetrVG 159
(a) Meinungsstand 159
(b) Stellungnahme 161
(6) Weitere Beschäftigungsverbote 161
(7) Strafbewehrte Arbeitsleistung (Verstoß gegen Strafgesetze) 162
(a) Meinungsstand 162
(i) Schwerer Mangel 162
(ii) Inhaltliche Nichtigkeit 163
(b) Stellungnahme 163
(8) Schwarzarbeit 164
(a) Meinungsstand 165

(i) Verstoß gegen die §§ 1 I Nr. 1, 2 Schwarzarb G ____ 165
(ii) Nichtabführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen ____ 166
(b) Stellungnahme ____ 167
5. Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 BGB ____ 168
a) Meinungsstand ____ 168
(1) Schwere des Sittenverstoßes ____ 168
(2) Inhaltliche Sittenwidrigkeit ____ 169
b) Stellungnahme ____ 169
(1) Liberalisierung der Wertvorstellungen ____ 169
(2) Anwendung der Lehre auch bei schweren Verstößen ____ 170
6. Illegale Arbeitnehmerüberlassung ____ 171
a) Meinungsstand ____ 171
b) Stellungnahme ____ 172
7. Illegale Arbeitsvermittlung (verdeckte Arbeitnehmerüberlassung) ____ 173
a) Meinungsstand ____ 173
b) Stellungnahme ____ 174
8. Anfechtung des Arbeitsvertrages ____ 175
a) Anfechtung gem. § 123 I Alt. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung ____ 175
(1) Anfechtungsrecht ____ 175
(a) Fragerecht des Arbeitgebers und Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers ____ 175
(b) Einzelfälle ____ 176
(i) Fachliche Qualifikation ____ 176
(ii) Vorstrafen ____ 176
(iii) Frühere Arbeit für das Ministerium für Staatssicherheit (MfS) ____ 177
(iv) Krankheiten, Körperbehinderungen ____ 179
(v) Schwerbehinderteneigenschaft ____ 180
(2) Wirkung der Anfechtung ____ 182
(a) Meinungsstand ____ 182
(i) Generelle ex nunc-Wirkung ____ 182
(ii) Generelle ex tunc-Wirkung ____ 183
(iii) Differenzierung nach dem Wert der Arbeitsleistung ____ 185
(iv) Differenzierung bei Annäherung an die Grenzen des Fragerechts ____ 186
(b) Stellungnahme ____ 186

(i) Kein Umweg über deliktische Ansprüche ____ 186
(ii) Maßgebliches Kriterium für die Beurteilung __ 187
(iii) Kenntnis des Mangels ____ 188
(iv) Wert der Arbeitsleistung ____ 189
(v) Vermögensschaden des Arbeitgebers ____ 189
(vi) Kein Vermögensschaden des Arbeitgebers ___ 191
(vii) Annäherung an die Grenzen des Fragerechts __ 193
b) Anfechtung gem. § 123 I Alt. 2 BGB wegen widerrechtlicher Drohung ____ 195
(1) Meinungsstand ____ 195
(2) Stellungnahme ____ 195
c) Anfechtung gem. § 119 I, 120 BGB wegen Inhalts- oder Erklärungsirrtum und wegen unrichtiger Übermittlung ____ 196
(1) Meinungsstand ____ 197
(2) Stellungnahme ____ 197
(a) Anfechtungsrecht ____ 197
(b) Rückwirkung der Anfechtung ____ 198
d) Anfechtung gem. § 119 II BGB wegen Eigenschaftsirrtums _ 198
(1) Anfechtungsgründe ____ 198
(2) Wirkung der Anfechtung ____ 199
(a) Meinungsstand ____ 199
(i) Generelle ex nunc-Wirkung ____ 199
(ii) Differenzierung nach Wert der Arbeit und Kenntnis des Arbeitnehmers ____ 200
(b) Stellungnahme ____ 201
D. Zwischenergebnis ____ 203
§ 3. Arbeitsleistung im Weiterbeschäftigungsverhältnis ____ 204
A. Einleitung ____ 204
B. Weiterbeschäftigung gem. § 102 V 1 BetrVG ____ 204
C. Freiwillige Weiterbeschäftigung ____ 205
I. Rechtsnatur der freiwilligen Weiterbeschäftigung ____ 206
1. Meinungsstand ____ 206
a) Schriftliche Vereinbarung ____ 206
b) Rechtslage bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung ____ 206
(1) Tatsächlicher Charakter der Weiterbeschäftigung ____ 206
(2) Konkludente vertragliche Vereinbarung ____ 206
2. Stellungnahme ____ 208
a) Vertraglicher Charakter der freiwilligen Weiterbeschäftigung ____ 208
b) Problematik der §§ 14 IV, 16, 21 TzBfG ____ 208
II. Rechtsfolgen bei Abweisung der Kündigungsschutzklage ____ 209

1. Meinungsstand 209
a) Fortfall der vertraglichen Vereinbarung; Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis 209
b) Geltung der Vereinbarung auch bei Abweisung der Kündigungsschutzklage 210
2. Stellungnahme 211
a) Kein Fortfall der vertraglichen Vereinbarung 211
b) Keine Vereinbarung eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses 212
D. Erzwungene Weiterbeschäftigung 213
I. Der Beschluss des Großen Senats vom 27.02.1985 213
II. Behandlung der erzwungenen Weiterbeschäftigung nach Abweisung der Kündigungsschutzklage 214
III. Meinungsstand 215
1. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung 215
2. Vertragliche Ansprüche 217
a) Vertragliche Ansprüche nach der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis 218
b) Unmittelbar vertragliche Ansprüche 219
IV. Stellungnahme 220
1. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis als „rechtliche Beschäftigungsverhältnis" 220
2. Notwendigkeit weiterer Rechtsfortbildung 222
a) Modifizierte bereicherungsrechtliche Rückabwicklung 222
b) Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis 223
c) Anknüpfung an § 102 BetrVG 224
V. Zwischenergebnis 225
§ 4. Arbeitsleistung nach Ablauf der Dienstzeit 225
A. Weiterarbeit ohne Wissen des Dienstberechtigten 226
I. Meinungsstand 227
II. Stellungnahme 228
B. Weiterarbeit bis zum Widerspruch des Arbeitgebers 228
I. Rechtsnatur des Widerspruchs und der Mitteilung über die Zweckerreichung 228
1. Meinungsstand 228
2. Stellungnahme 229
II. Rechtsfolgen des Widerspruchs bzw. der Mitteilung über die Zweckerreichung 229
1. Meinungsstand 229
2. Stellungnahme 230
C. Weiterarbeit nach Widerspruch bzw. Verlängerungsschlussvereinbarung 231
I. Meinungsstand 232

II. Stellungnahme 233
D. Weiterarbeit in Erwartung der Einigung über einen neuen Arbeitsvertrag 234
I. Meinungsstand 235
II. Stellungnahme 235
E. Weiterarbeit bei Unkenntnis des Arbeitgebers vom Ablauf der Dienstzeit 236
I. Meinungsstand 237
1. Keine Fiktion bei fehlendem Erklärungsbewusstsein 237
2. Eingreifen der Fiktionen auch bei Unkenntnis des Ablaufs der Dienstzeit 237
3. Sonderfall: Das pflichtwidrige Unterlassen der Unterrichtung des Arbeitgebers vom Vorliegen eines Beendigungstatbestandes 238
a) Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung 238
b) Anwendung des § 625 BGB 239
c) Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis 239
II. Stellungnahme 240
1. Eingreifen der gesetzlichen Fiktion 240
2. Widerspruchsmöglichkeit 240
F. Zwischenergebnis 242
§ 5. Der Arbeitgeberwechsel durch Einzelrechtsnachfolge, § 613 a BGB 242
A. Fehlerhaftes Rechtsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber 243
I. Meinungsstand 243
1. Geltung des § 613 a BGB 243
2. Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis 245
II. Stellungnahme 245
1. Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis bei enger Auslegung des § 613 a BGB 245
2. Anwendbarkeit des § 613 a BGB bei unwirksamen Rechtsgeschäft 246
III. Sonderfall: Mängel der Geschäftsfähigkeit des Erwerbers 248
1. Meinungsstand 248
2. Stellungnahme 249
B. Widerspruch des Arbeitnehmers nach Vollzug des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber 249
I. Inhalt der gesetzlichen Neuregelung in § 613 a V, VI BGB 249
II. Folgen der Neuregelung 251
III. Rechtsnatur des Widerspruchrechts 253
1. Meinungsstand 253
a) Rückwirkendes Gestaltungsrecht 253
b) Aufschiebende Bedingung 253

2. Stellungnahme 254
IV. Rechtsfolgen der Ausübung des Widerspruchsrechts 255
1. Meinungsstand 255
a) Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis im Verhältnis zum Betriebserwerber 255
b) Schadenersatzansprüche gegen Betriebserwerber und Betriebsveräußerer 256
2. Stellungnahme 256
a) Keine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis 256
b) Sekundäransprüche gegen Betriebserwerber und Betriebsveräußerer 257
C. Widerspruch des Arbeitnehmers aufgrund unrichtiger Information 258
D. Zwischenergebnis 259
§ 6. Der fehlerhafte Arbeitgeberwechsel durch Gesamtrechtsnachfolge, §§ 1922, 1967 BGB 260
A. Meinungsstand 260
I. Anwendung von Vertrauensschutz- und Rechtsscheingrundsätzen 260
II. Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis 262
III. Analoge Anwendung des § 613 a BGB 262
B. Stellungnahme 263

6. Teil Gesamtergebnis 267

Literaturverzeichnis 273

Abkürzungsverzeichnis 307