

# Informationspflichten bei der Anbahnung von Arbeitsverträgen

Dissertation  
zur Erlangung des Doktorgrades  
des Fachbereichs Rechtswissenschaften  
der Universität Osnabrück

vorgelegt von  
Renate Bens  
aus  
Oldenburg i. O.

Osnabrück, 2007

Berichterstatter:

Prof. Dr. Karl-Heinz Gursky

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens

Tag der mündlichen Prüfung: 26.09.2006

## Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Einführung	1
A. Einleitung und Problemstellung	1
B. Lösungskonzepte der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur	5
I. Begrenzung der arbeitgeberseitigen Informationserhebungsmöglichkeiten	5
1. Begrenzung des Fragerechts	6
2. Beschränkung der Einstellungsfreiheit	13
3. Zwischenergebnis	19
II. Offenbarungspflichten der Arbeitsvertragsparteien	20
1. Offenbarungspflichten des Stellenbewerbers	20
2. Offenbarungspflichten des Arbeitgebers	25
2. Kapitel: Dogmatische Grundlagen	29
A. Privatrechtsdogmatik als Grundlage für die Lösung arbeitsrechtlicher Problemstellungen	29
B. Informationserhebung im System des allgemeinen Zivilrechts	35
3. Kapitel: Einschränkung der Informationserhebungsmöglichkeiten	44
A. Grenzen aus Gesetz und Rechten Dritter	45
I. Begrenzung der Informationserhebungsmöglichkeiten durch Gesetze zum Schutz des Arbeitnehmers	46
1. Diskriminierungs- und Differenzierungsverbote	47
a) § 611 a BGB	47
aa) Umfang der Begrenzung des Auswahlermessens	47
(1) Allgemeines Verbot unsachlicher Differenzierung aus § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB?	48
(2) Differenzierung „wegen des Geschlechts“	49

(3) Abgrenzung der mittelbaren Diskriminierung von der freien Unternehmerentscheidung	54
bb) Folgen für die Informationserhebung durch den Arbeitgeber	55
cc) Zwischenergebnis	61
b) § 81 Abs. 2 SGB IX	61
aa) Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft	62
bb) Die Frage nach der Körperbehinderung	64
2. Kündigungsverbote	65
3. Zuweisung von Leistungsstörungsrisiken durch Gesetz	68
II. § 53 Abs. 1 BZRG	70
III. Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention	71
1. Art. 9 Abs. 2 S. 3 GG	71
2. andere Grundrechte	74
3. Art. 6 Abs. 2 EMRK	80
IV. Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Grenze der Informationserhebung	81
1. Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Fragen des Arbeitgebers	82
2. Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Kenntnis des Arbeitgebers von bestimmten Umständen	84
3. Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Verwertung bestimmter Informationen bei der Einstellungsentscheidung	85
V. Zwischenergebnis	88
B. Begrenzung der Informationserhebungsmöglichkeiten des Arbeitgebers aufgrund von Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Einstellungssituation	89
I. Verhandlungsungleichgewicht beim Abschluss von Arbeitsverträgen	89
1. Auswirkung von Marktstörungen auf Umfang und Gebrauch von Auswahlermessen und Informationserhebungsfreiheit	92
2. Vorliegen einer regulierungsbedürftigen Ungleichgewichtslage?	96
II. Änderung der Verteilungsgerechtigkeit de lege lata?	98

III. Ergebnis	100
C. Zusammenfassung	100
4. Kapitel: Offenbarungspflichten der Arbeitsvertragsparteien	103
A. Vorüberlegungen	103
I. Regelungsgegenstand der Offenbarungspflicht	104
II. Störungen als Regelungsgegenstand im geltenden Recht	105
1. Leistungsstörungsrecht	106
2. Kündigungsrecht	111
B. Auswirkungen der leistungsstörungsrechtlichen Risikoverteilung auf die Informationslastverteilung	113
I. Offenbarungspflichtigkeit von Störungen, die zum Ausschluss der Leistungspflicht führen	113
1. Bei Vertragsschluss feststehende Störungen, die zu vollständiger Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung führen	114
a) anfängliche Unmöglichkeit	115
b) nachträgliche Unmöglichkeit	117
aa) Zeitpunkt der Risikoverteilung	117
bb) Vertretenmüssen als taugliches Zurechnungskriterium?	119
c) Zwischenergebnis	122
2. Bei Vertragsschluss „drohende“ Umstände, die zu vollständiger Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung führen	122
a) „Drohende Erfüllungshindernisse und allgemeines Leistungsstörungsrecht	126
b) Bestimmung der Offenbarungspflichten ex post?	127
c) Bestimmung der Offenbarungspflichten durch Interessenabwägung	132
aa) Wahrscheinlichkeit der Realisierung des die Unmöglichkeit begründenden Umstands	135

bb) Zeitpunkt des Eintritts des Umstandes für den Fall seiner Realisierung	136
cc) Schadenshöhe	136
dd) Interessen Dritter	141
ee) Zwischenergebnis	142
3. Umstände, die zum teilweisen Ausschluss der Leistungspflicht führen	143
a) Abgrenzung der Teilunmöglichkeit von der Schlechterfüllung der Arbeitsleistung	145
b) Voraussetzungen für das Bestehen einer Offenbarungspflicht	148
aa) potenzielles Gläubigerinteresse	149
bb) Erheblichkeit der Pflichtverletzung	149
c) Ergebnis	151
II. Offenbarungspflichtigkeit anderer Umstände	151
1. Offenbarungspflichtigkeit von Umständen, die zum Verzug des Arbeitgebers führen bzw. führen können	152
2. Offenbarungspflichtigkeit von Umständen, die zu einer Verletzung von Nebenpflichten führen oder führen könnten	154
a) Offenbarungspflichten und Abmahnungserfordernis	155
b) Unterscheidung zwischen feststehenden und nur „drohenden“ Nebenpflichtverletzungen	156
c) Zwischenergebnis	160
C. Ausschluss von Offenbarungspflichten aufgrund arbeitsrechtlicher Modifikationen des Leistungsstörungsrechts	161
I. Haftungsbeschränkungen des Arbeitnehmers anhand von Verschuldensgraden	161
II. Lohnansprüche trotz Nichtleistung	162
D. Weitergehende Offenbarungspflichten des Arbeitgebers aufgrund eines Machtungleichgewichts beim Abschluss von Arbeitsverträgen	165

I. Die Rolle der Offenbarungspflicht in den modernen Vertragslehren	167
II. Strukturelles Verhandlungsungleichgewicht als Grundvoraussetzung	168
III. Strukturelles Informationsungleichgewicht zwischen Stellenbewerber und Arbeitgeber	169
1. Fehlende Erkennbarkeit des Informationsbedarfs	169
2. Faktische Einschränkung des Fragerechts	171
IV. Zwischenergebnis	176
E. Zusammenfassung	176
5. Kapitel: Rechtsfolgen	178
A. Möglichkeiten der Beseitigung des Arbeitsvertrages	178
B. Schadensersatzansprüche	181
Zusammenfassung in Thesen	183
Literaturverzeichnis	188

# 1. Kapitel: Einführung

## A. Einleitung und Problemstellung

Information spielt in der Vertragsanbahnungsphase eine entscheidende Rolle: Am Ende der Vertragsanbahnungsphase steht die Entscheidung, ob und mit welchen Konditionen ein Vertrag zustande kommen soll. Eine sinnvolle Entscheidung dieser Fragen können die Verhandlungspartner nur unter der Voraussetzung treffen, dass sie über Informationen verfügen, die ihnen die Abschätzung der mit dem Vertrag verbundenen Chancen und Risiken ermöglichen. Informationen bilden in der Vertragsanbahnungsphase also die Willensbildungs- und Entscheidungsgrundlage.

Da - vor allem personenbezogene - Informationen selten von Dritten zu erlangen sind, sind die Vertragsparteien auf Mitteilung durch die jeweils andere Seite angewiesen. Zwei Wege der Informationsgewinnung sind denkbar: Zum einen die Befragung des Verhandlungsgegners, zum anderen die ungefragte Mitteilung eines bestimmten Umstandes<sup>1</sup>.

Informationsaustausch findet auf beiden Wegen auch ohne rechtliche Regulierung statt. Regulierungsbedürftige Konflikte treten aber im Zusammenhang mit so genannten wertverringenden Informationen auf: In der Ökonomie werden werterhöhende und wertverringende Informationen unterschieden.<sup>2</sup> Die Bewertung erfolgt aus Sicht des Informationsinhabers. Im Rahmen der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses sind also auf Seiten des Stellen-

---

<sup>1</sup> Im Folgenden wird die Pflicht, eine Information aus eigener Initiative preiszugeben, als *Offenbarungspflicht* bezeichnet. Die Terminologie in Rechtsprechung und Literatur ist nicht einheitlich, dort ist zum Teil auch von Mitteilungspflichten, Auskunftspflichten, Aufklärungspflichten etc. zu lesen, in der Sache meinen aber alle dasselbe.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Ott, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Recht des Güter- und Leistungsaustauschs in: Schäfer/Ott, *Ökonomische Probleme des Zivilrechts*, S. 142 (insb. 153 ff.); Schäfer, *Ökonomische Analyse von Aufklärungspflichten* in: Schäfer/Ott, *Ökonomische Probleme des Zivilrechts*, S. 117 ff. (insb. 124 ff.). Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird keine Ökonomische Analyse durchge-

bewerbers solche Informationen, die seiner Ansicht nach seine Einstellungschancen erhöhen - beispielsweise eine zusätzliche Qualifikation - von denjenigen Umständen zu unterscheiden, die die Chance auf Einstellung verringern - zum Beispiel eine chronische Krankheit, die in regelmäßigen Abständen zu zeitweiliger Arbeitsunfähigkeit führt. Dasselbe gilt für den Arbeitgeber: Auch hier ist zu differenzieren zwischen Informationen, die nach seinem Dafürhalten seine Aussichten verbessern, den angebotenen Arbeitsplatz mit seinem Wunschkandidaten zu besetzen und solchen, die diese Aussicht verschlechtern.

Beim Austausch werterhöhender Informationen entstehen keine regulierungsbedürftigen Konflikte: Zum einen werden beide Seiten im Bemühen um die Verbesserung ihrer Verhandlungspositionen vernünftigerweise die entsprechende Information preisgeben. Sollte die Information einmal - aus welchen Gründen auch immer - unterbleiben, so hat das möglicherweise für den Informationsinhaber, nicht aber für den Informationsinteressierten (rechtlich relevante) negative Folgen: Das Verschweigen werterhöhender Umstände kann lediglich zur Vereinbarung einer geringeren Gegenleistung oder sogar zum Nichtabschluss des intendierten Vertrages führen. Regulierungsbedarf besteht insoweit nicht, weil derjenige, den diese Nachteile treffen - der Informationsinhaber -, es selbst in der Hand hat, sie abzuwenden.

Anderes gilt im Zusammenhang mit dem Austausch wertverringender Informationen: Hier wird der Informationsinhaber naturgemäß bemüht sein, den betreffenden Umstand zu verheimlichen; der Verhandlungsgegner hat dagegen Interesse daran, die betreffende Information zu erlangen. Bei der Frage nach dem Austausch wertverringender Informationen kollidieren das Interesse

---

führt, sondern lediglich die begriffliche Differenzierung aus der Ökonomie übernommen.

an der Geheimhaltung auf der einen und das Informationsinteresse auf der anderen Seite.<sup>3</sup>

Angesichts dieses Konflikts erscheint es nicht angebracht, Inhalt und Ausmaß des Informationsaustausches komplett den Verhandlungs- bzw. Vertragsparteien zu überlassen. Denn eine solche Lösung würde auf der einen Seite dazu führen, dass der Informationsinteressierte die Folgen einer auf mangelnder Information beruhenden Fehlentscheidung auch dann zu tragen hätte, wenn die Geheimhaltung des betreffenden Umstandes durch den Verhandlungsgegner nicht schutzwürdig erscheint. Ein krasses Beispiel: Bewirbt sich jemand um einen Arbeitsplatz, obwohl er die angebotene Tätigkeit - wie er weiß - aufgrund einer allergischen Erkrankung gar nicht ausführen kann, so ist nicht einzusehen, warum der Arbeitgeber die Folgen seiner Einstellungsentscheidung, die er bei Kenntnis von der Erkrankung nie getroffen hätte, sollte tragen müssen. Zwar wird er zumeist die Möglichkeit haben, sich im Wege der Kündigung von dem Vertrag wieder zu lösen<sup>4</sup>, er hätte je-

---

<sup>3</sup> Von den wertverringern und den werterhöhenden Informationen werden weiterhin so genannte wertneutrale Informationen unterschieden, also solche, die für den geplanten Vertragsschluss ohne Bedeutung sind. Gerade weil sie ohne Bedeutung für den abzuschließenden Vertrag sind, kann es den Verhandlungspartnern überlassen bleiben, ob sie ausgetauscht werden oder nicht. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass von einer wertneutralen Information nur dann gesprochen werden kann, wenn sich beide Seiten, vor allem der Informationsinhaber, dieser Neutralität bewusst sind. Das wird bei der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses nur in den seltensten Fällen so sein. Denn das Arbeitsverhältnis zeichnet sich unter anderem durch die Besonderheit aus, dass die Person des Stellenbewerbers und der Vertragsgegenstand „Arbeitskraft“ in untrennbarem Zusammenhang stehen. Das wird auch in dem Bestreben des Arbeitgebers deutlich, sich durch gezielte Fragen im persönlichen Gespräch oder in Personalfragebögen ein möglichst umfassendes Bild von der Persönlichkeit des jeweiligen Bewerbers zu verschaffen. Selbst wenn der Arbeitgeber manche der erlangten Informationen als für seine Einstellungsentscheidung irrelevant beurteilt, wird der Stellenbewerber häufig argwöhnen, der erfragte Umstand könne doch eine Rolle spielen und ihn nicht als wertneutral einstufen. Demzufolge verbleibt für den Bereich der als wertneutral zu beurteilenden Informationen nur wenig Raum. Hierhin gehören zum Beispiel einleitende Höflichkeitsfloskeln wie die Erkundigung nach dem Verlauf der Anreise oder der Unterkunft. Im Ergebnis sind aber auch diejenigen Fälle, in denen nur die die Information begehrende Seite von der Wertneutralität überzeugt ist, im vorliegenden Zusammenhang irrelevant. Denn eine falsche Information bliebe in diesen Fällen ohne rechtliche Folgen, da sie keinen Einfluss auf die Willensbildung hatte. Die Fallgruppe der wertneutralen Informationen kann im Folgenden deshalb unberücksichtigt bleiben.

<sup>4</sup> Auch hier entstehen jedoch Schwierigkeiten, wenn Kündigungsverbote im Raum stehen.

doch keine Möglichkeit, einen eventuellen Schaden (beispielsweise Einarbeitungskosten) geltend zu machen. Denn die Realisierung eines solchen Schadensersatzanspruchs setzt das Bestehen einer Offenbarungspflicht voraus. Eine solche besteht aber nur dort, wo sie aus Rechtsgründen statuiert wird. Anderenfalls sind die Voraussetzung für die hier in Betracht kommenden Schadensersatzansprüche aus § 311 Abs. 2 i. V. m. §§ 280 ff. BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB nicht erfüllt.<sup>5</sup>

Auf der anderen Seite zeigt die arbeitsrechtliche Praxis, dass Arbeitgeber im Rahmen von Einstellungsgesprächen dazu neigen, sich ein so umfassendes Bild vom Stellenbewerber zu verschaffen wie nur irgend möglich. Eine Selbstbeschränkung ist insoweit nicht erkennbar. Das führt zu der speziell für das Arbeitsrecht<sup>6</sup> diskutierten Frage, ob und inwieweit dieser umfassenden Befragung rechtliche Grenzen zu setzen sind.

Eine allgemeine gesetzliche Regelung dieser Fragen fehlt sowohl im Arbeitsrecht als auch im allgemeinen Zivilrecht. Sie sind daher Rechtsprechung und Lehre zur Beantwortung zugewiesen. Die im Arbeitsrecht bislang entwickelten Lösungskonzepte überzeugen nicht. Teilweise verzichten sie auf eine dogmatische Fundierung, so dass - neben den hieraus resultierenden Praktikabilitätsschwierigkeiten - die rechtliche Überzeugungskraft der Ansätze gering ist.<sup>7</sup> Soweit eine dogmatische Begründung der Lösungskonzepte erfolgt, überzeugt sie allenfalls in Teilbereichen. Es erscheint daher erforderlich, die angesprochenen Regulierungsprobleme erneut in Angriff zu nehmen und durch konsequente Rückbindung an die zivilrechtsdogmatischen Grundlagen, die auch im Arbeitsvertragsrecht gelten<sup>8</sup>, einer fundierten Lösung zuzuführen.

---

<sup>5</sup> Das Gesetz enthält insoweit eine Leerstelle, die Entscheidung über das Bestehen einer Offenbarungspflicht geht der Anwendung der Normen voraus. Dazu im Einzelnen im 2. Kapitel unter B.

<sup>6</sup> In Ansätzen findet sich diese Diskussion auch im Mietrecht, vgl. dazu Münch-Komm-Voelskow, vor § 535, Rn. 61; in Anklängen auch bei Soergel-Emmerich, Vorb. v. § 535, Rn. 71.

<sup>7</sup> Dazu ausführlicher sogleich unter B.

<sup>8</sup> Vgl. zu diesem Punkt im 2. Kapitel unter A.

**B. Lösungskonzepte der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur**

**I. Begrenzung der arbeitgeberseitigen Informationserhebungsmöglichkeiten**

*Fall 1:* Im Rahmen der Einstellungsverhandlungen wird Bewerberin A gefragt, welche Verhütungsmethoden sie praktiziert. Sie antwortet nicht wahrheitsgemäß.

*Fall 2:* Bewerber B wird im Einstellungsgespräch gefragt, welchen Verdienst er bei seinem vorherigen Arbeitgeber erzielt hat. Er gibt an, 2.500 Euro verdient zu haben, obwohl er nur 1.800 Euro bekam.<sup>9</sup>

*Fall 3:* Im Personalfragebogen ist die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei gestellt. C antwortet wahrheitswidrig mit „keiner“.

*Abwandlung:* C ist Informatiker mit weit überdurchschnittlichen Qualifikationen und hat bereits drei Zusagen für Arbeitsplätze, wo er jeweils sofort beginnen kann.

*Fall 4:* Der Arbeitgeber fragt im Einstellungsgespräch nach Vorstrafen. D, der als Kassierer angestellt werden möchte, ist wegen Jagdwilderei gem. § 292 StGB vorbestraft, gibt aber an, nicht vorbestraft zu sein.

*Abwandlung:* D ist wegen Unterschlagung vorbestraft.

In allen Fällen ficht der Arbeitgeber, nachdem er den wahren Sachverhalt erfahren hat, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an.

---

<sup>9</sup> Nach BAG AP Nr. 25 zu § 123 BGB.

Im Arbeitsrecht besteht nahezu einhellig<sup>10</sup> die Auffassung, dass nicht jede wahrheitswidrige Antwort des Stellenbewerbers auf eine Frage des Arbeitgebers, die für die Einstellung kausal geworden ist, den Arbeitgeber zu einer Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 BGB berechtigt.<sup>11</sup> Zur Begründung dieses Ergebnisses werden im Wesentlichen zwei - grundlegend verschiedene - Konzeptionen vertreten: Ein Teil der Lehre vertritt mit dem BAG die Ansicht, es sei ausschließlich das Fragerecht des Arbeitgebers zu beschränken, seine Einstellungsfreiheit bleibe hingegen unberührt. Die Fragerechtsbeschränkung wird durch das „Recht zur Lüge“ des Bewerbers durchgesetzt, das heißt durch die Möglichkeit, eine unzulässige Frage entgegen § 123 Abs. 1 BGB sanktionslos wahrheitswidrig beantworten zu dürfen. Der zweite Begründungsansatz verfährt genau umgekehrt: Es wird versucht, eine Begrenzung der Einstellungsfreiheit des Arbeitgebers dogmatisch zu begründen. Das „Recht zur Lüge“ des Stellenbewerbers dient der Verwirklichung dieses Zieles.<sup>12</sup>

## 1. Begrenzung des Fragerechts

Das BAG<sup>13</sup> - und ihm folgend der überwiegende Teil der Literatur<sup>14</sup> - begründet die Beschränkung des arbeitgeberseitigen Fragerechts in sämtlichen Fällen mit dem Schutz des Persönlichkeitsrechts des Stellenbewerbers. Eine dogmatisch überzeugende Begründung für die These, der Schutz des Persönlichkeitsrechts er-

---

<sup>10</sup> A. A. Maus/Schmidt, Heimarbeitsgesetz Teil III B, S. 5 f.; Nikisch, Arbeitsrecht Bd. I, 2. Aufl., § 20 IV 2 b (anders in der 3. Aufl., S. 189); Herschel, RdA 1965, S. 191 (193) (anders in AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung, Bl. 768 R f.); zweifelnd, im Ergebnis unklar Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts, § 8 II 8, S. 193 f.

<sup>11</sup> Vgl. bspw. BAG AP Nr. 2, 25, 26, 38, 40 zu § 123 BGB; BAG NZA 1999, S. 975 ff.; LAG München BB 1951, S. 923; ArbG Siegburg, NZA 1995, S. 943 ff.; Hofmann, ZfA 1975, S. 1 ff.; Staudinger-Richardi, § 611, Rn. 90; Degener, Das Fragerecht, S. 54 ff.; Wohlgemuth, AuR 1992, S. 46 ff.; v. Lübtow, FS Bartholomeyczik, S. 249 ff.; Neumann-Duesberg, JR 1967, S. 1 ff.; v. Koppenfels-Spies, AuR 2004, S. 43 ff. (43); Boemke, NZA 2004, S. 142 ff. (143); (sogar) auf das gesamte Privatrechts bezogen Mankowski, JZ 2004, S. 121 ff. (125 ff.).

<sup>12</sup> Leipold, AuR 1971, S. 161 ff.; Gamillscheg, AcP 164 (1964), S. 383 ff.; ders., FS Weber, S. 793 ff.; Otto, Personale Freiheit, S. 20 ff.; Richardi, BetrVG, vor § 75, Rn. 7.

<sup>13</sup> Vgl. die Nachweise in Fußnote 11.

<sup>14</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 11.

fordere die Einschränkung des Fragerechts des Arbeitgebers, gibt das Gericht nicht. In seiner ersten Entscheidung zu diesem Themenkreis aus dem Jahre 1957<sup>15</sup> heißt es eher lapidar: „Indiskrete Fragen z. B. könnten als Einbruch in die rechtlich zu schützende Individualsphäre des Arbeitnehmers unzulässig und daher ihre wahrheitswidrige Beantwortung nicht arglistig sein.“<sup>16</sup> Weitere Ausführungen macht das BAG weder in diesem noch in nachfolgenden Judikaten.

Die Entscheidung, ob eine arbeitgeberseitige Frage im Einzelfall zulässig ist, wird anhand einer Interessenabwägung getroffen. Nach der in ständiger Rechtsprechung hierfür verwendeten Formel ist eine Frage zulässig, wenn der Arbeitgeber an ihrer Beantwortung ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse hat, das objektiv so stark ist, dass es das Interesse des Arbeitnehmers an der Geheimhaltung dieses Umstandes überwiegt.<sup>17</sup>

Das BAG geht ohne nähere Prüfung davon aus, dass in der arbeitgeberseitigen Frage, wenn das Informationsinteresse des Arbeitgebers das Geheimhaltungsinteresse des Stellenbewerbers nicht überwiegt, ein abzuwehrender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht liegt. Dieser Ausgangspunkt ist schon deshalb zu kritisieren, weil das Gericht bei dieser Vorgehensweise Gefahr läuft, das ursprüngliche Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil zu verkehren, indem es nicht die ausnahmsweise Unzulässigkeit, sondern die Zulässigkeit der jeweiligen Frage prüft.<sup>18</sup> Zudem ist die Konstruktion, eine Frage als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht zu qualifizieren, jedenfalls nicht in dem vom BAG und der ihm weit-

---

<sup>15</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

<sup>16</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB, Bl. 2 R.

<sup>17</sup> Vgl. bspw. BAG AP Nr. 38 und 40 zu § 123 BGB, jeweils Bl. 2 m. w. N.; BAG NZA 1999, S. 975 ff. (975); AP Nr. 26 zu § 123 BGB, Bl. 3 R.; AP Nr. 30 zu § 123 BGB, Bl. 3 R.; BAG U. v. 18. 10.2000, 2 AZR 380/99; ArbG Siegburg, NZA 1995, S. 943 ff. (944).

<sup>18</sup> So auch Erman<sup>9</sup>-Ehmann, Anh. z. § 12, Rn. 357 f. Zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis auch Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 125 f.

gehend kritiklos folgenden Literatur<sup>19</sup> vertretenen Umfang haltbar: Stellt man - wie es das BAG wohl zumindest ursprünglich tat - allein auf die *Frage* des Arbeitgebers ab, trägt die Begründung der Fragerechtsbeschränkung mit dem Persönlichkeitsschutz nur in Ausnahmefällen. Das Persönlichkeitsrecht kann durch eine Frage nur dann berührt sein, wenn diese für sich bereits herabwürdigenden, beleidigenden Charakter hat und damit geeignet ist, den Bewerber in seiner Persönlichkeit zu treffen. Denn in allen anderen Fällen hat es der Befragte selbst in der Hand, durch die Verweigerung der Antwort den Angriff abzuwehren.<sup>20</sup> Ein abzuwehrender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht käme danach nur in Beispielfall 1, allenfalls noch in Fall 4<sup>21</sup> in Frage. Dennoch kam die Rechtsprechung auch in den Beispielfällen 2 und 3 zu dem Ergebnis, die Fragen seien unzulässig.<sup>22</sup>

In der dem BAG grundsätzlich folgenden Literatur<sup>23</sup> wird, soweit überhaupt eine Auseinandersetzung mit den konstruktiven Möglichkeiten des Ansatzes erfolgt<sup>24</sup>, nicht isoliert auf die Frage des

---

<sup>19</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 11.

<sup>20</sup> Ebenso Brossette, *Der Wert der Wahrheit*, S. 140; Thees, *Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht*, S. 215.

<sup>21</sup> Die Rechtsprechung lässt die Frage nach Vorstrafen zu, wenn und soweit diese für den zu besetzenden Arbeitsplatz objektiv relevant erscheinen, es sich also um „einschlägige“ Vorstrafen handelt, vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB; BAG NZA 1999, S. 975 ff., dort auch zu den Besonderheiten bei der Einstellung im öffentlichen Dienst. Interessanterweise findet sich nirgendwo eine Stellungnahme (geschweige denn ein Nachweis) zu der dieser Rechtsprechung notwendigerweise zugrunde liegenden Unterstellung, es bestehe Wiederholungsgefahr.

<sup>22</sup> BAG AP Nr. 25 zu § 123 BGB; LAG München, BB 1951, S. 923.

<sup>23</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 11.

<sup>24</sup> Vereinzelt wird auf eine dogmatische Herleitung der Fragerechtsbeschränkung mit dem Hinweis, ein unbegrenztes Fragerecht des Arbeitgebers lasse sich nach geltendem Recht gar nicht mehr vertreten, sogar explizit verzichtet. Hofmann, *ZfA* 1975, S. 1 ff. (17) ist der Ansicht, ein unbeschränktes Fragerecht widerspreche § 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Die Norm sehe zwar selbst keine Beschränkung des Fragerechts vor, ausweislich der Gesetzesbegründung sei es jedoch Zweck des Gesetzes, sicherzustellen, dass Fragen des Arbeitgebers auf den Umfang beschränkt bleiben, für den ein berechtigtes Bedürfnis besteht. Das allein kann aber nicht als Begründung ausreichen. Denn aus der Gesetzesbegründung lässt sich nicht auf die dogmatische Vertretbarkeit einer Fragerechtsbeschränkung schließen, sondern allenfalls erkennen, dass der Gesetzgeber eine solche Begrenzung für rechtlich legitim hält. Nicht nachvollziehbar ist auch die Ansicht Richardis, der zwar richtigerweise feststellt, durch die bloße Frage werde in das Persönlichkeitsrecht nicht eingegriffen, weil die Antwortverweigerung zur Verhinderung der Verletzung ausreiche, aber dennoch zu dem Ergebnis kommt, dass es für die Sicherung des Rechts auf informationelle Selbstbe-

Arbeitgebers als Eingriffstatbestand abgestellt, sondern die Situation des Bewerbungsgesprächs insgesamt in die Überlegungen mit einbezogen<sup>25</sup>: Wollte der Stellenbewerber sich die Chance auf den Arbeitsplatz erhalten, so gerate er in eine Konfliktsituation, wenn ihm eine Frage gestellt wird, bei deren wahrheitsgemäßer Beantwortung er - zumindest aus seiner Sicht - eine Ablehnung befürchten muss. Verweigert er die Antwort, so werde er ebenfalls aus der Bewerbergruppe ausscheiden. Lügt er aber, muss er eine Anfechtung des Arbeitsvertrages gem. § 123 Abs. 1 BGB befürchten. Das Recht des künftigen Arbeitgebers, Fragen zu stellen, genieße zwar über Art. 2 Abs. 1 GG Verfassungsschutz. Es kollidiere aber mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Stellenbewerbers, das diesem den Schutz gewähre, möglichst wenig aus seiner Privatsphäre preisgeben zu müssen. Betrachte man nun die tatsächliche (Druck-)Situation im Bewerbungsgespräch, so müsse bereits die - unzulässige - Frage als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht qualifiziert werden. Denn in dieser besonderen Situation müsse die Antwort immer zu der Frage hinzugedacht werden, da dem Stellenbewerber faktisch keine Wahl bleibe.<sup>26</sup>

Unklar ist bereits, worin bei dieser Konstruktion der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht eigentlich liegen soll. Da die Einstellungsfreiheit nach dieser Ansicht unberührt bleibt, müsste konsequenterweise das *Wissen* des Arbeitgebers von dem betreffenden Umstand als Eingriff qualifiziert werden. Ob allein die Kenntniserlangung von einem Umstand tatsächlich eine Persönlichkeitsrechtsverletzung sein kann, erscheint an sich schon ausgesprochen

---

stimmung erforderlich sei, das Fragerecht des Arbeitgebers auf sachliche Gesichtspunkte zu beschränken, vgl. Staudinger-Richardi, § 611, Rn. 90.

<sup>25</sup> Ob auch das BAG einer der im Folgenden vorzustellenden Konstruktionen folgt, lässt sich den Urteilen nicht sicher entnehmen, da die Konstruktion nicht im Einzelnen offen gelegt wird. Stattdessen verweisen das BAG selbst und auch die Instanzgerichte auf die ständige Rechtsprechung und wenden sogleich die oben vorgestellte Formel zur Ermittlung der Zulässigkeit der Frage im konkreten Fall an.

<sup>26</sup> Vgl. z. B. Hofmann, ZfA 1975, S. 1 ff. (4); Degener, Das Fragerecht, S. 54 f., 64 f.; Wohlgemuth, AuR 1992, S. 46 ff. (46); v. Lübtow, FS Bartholomeyczik, S. 249 ff. (275 f.); auch Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB, Bl. 3 R, der allerdings dennoch Bedenken an der Lösung des BAG hat. Kritisch zu dieser These auch Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 141 ff.

zweifelhaft. Jedenfalls zeigt sich an dieser Stelle aber die Ungeheimtheit der vorgestellten Konstruktion: Führt man die ihr zugrunde liegenden Prämissen konsequent weiter, so ergibt sich, dass der Arbeitgeber von dem betreffenden Umstand zwar nicht wissen darf (Verletzung des Persönlichkeitsrechts), er darf ihn aber, wenn er die Information doch erlangt, ohne weiteres bei seiner Einstellungsentscheidung verwerten (Freiheit der Einstellungsentscheidung).<sup>27</sup>

Auch die Begründung der Eingriffskonstruktion selbst überzeugt nicht: Hier werden das Einstellungsinteresse und das Persönlichkeitsrecht in unzulässiger Weise verquickt. Die „Drucksituation“ des Bewerbers im Einstellungsgespräch, die ihm angeblich „keine Wahl“ in seinen Reaktionen auf Fragen des Arbeitgebers lässt, resultiert aus dem Interesse des Bewerbers, seine Einstellungschancen zu bewahren. Den Schutz seines Persönlichkeitsrechts kann der Bewerber durchaus erreichen, indem er die Antwort verweigert. Dass das um den Preis geschieht, dass er seine Einstellungschancen verschlechtert, ist in diesem Zusammenhang rechtlich unerheblich. Anderes könnte nur dann gelten, wenn auch die Einstellungschance Teil des Persönlichkeitsrechts wäre. Das bedürfte aber einer gesonderten Begründung, die von den Vertretern dieses Ansatzes nicht erfolgt.

Der Schutz des Persönlichkeitsrechts durch Fragerechtsbeschränkung und ein dem entsprechendes „Recht zur Lüge“ wird schließlich noch mit folgender Überlegung für erforderlich gehalten: Bloßes Schweigen oder die Antwortverweigerung auf eine Frage des Arbeitgebers reiche zum Schutz des Persönlichkeitsrechts nicht aus. Denn der Arbeitgeber fasse ein solches Verhalten regelmäßig als Eingeständnis des (nachteiligen) erfragten Umstandes auf.<sup>28</sup> Daher sei dem Stellenbewerber über die Mög-

---

<sup>27</sup> Im Ergebnis dieselbe Kritik äußert Raab, RdA 1995, S. 36 ff. (39).

<sup>28</sup> Neumann-Duesberg, JR 1967, S. 1 ff. (3) unter Bezugnahme auf Nikisch, Arbeitsrecht Bd. I, 3. Aufl., S. 815; wohl auch v. Koppenfels-Spies, AuR 2004 S. 43 ff. (43).

lichkeit des Schweigens hinaus das Recht zuzugestehen, eine wahrheitswidrige Antwort zu geben, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen des Geheimhaltungsinteresses des Bewerbers ergebe.<sup>29</sup> Dadurch erführe der Arbeitgeber auch keinen Nachteil, da er ohnehin kein rechtsschutzwürdiges Interesse an der korrekten Beantwortung einer unzulässigen Frage habe.<sup>30</sup>

Auch hier wird offensichtlich vertreten, ein Eingriff läge im schlichten *Wissen* des Arbeitgebers. Dass diese Annahme nicht überzeugt, wurde bereits dargelegt. Zudem lassen sich auch mit dieser Konstruktion nur ein Bruchteil der Fälle erfassen, die Rechtsprechung und Lehre unter Berufung auf den Persönlichkeitsschutz lösen: Denn die Möglichkeit der Antwortverweigerung reicht zum Schutz eines so verstandenen Persönlichkeitsrechts auf „Geheimhaltung“ nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen nicht aus: Zunächst muss es sich um eine Frage handeln, bei der der Arbeitgeber aus der Antwortverweigerung überhaupt auf eine Information schließen kann, konkret: Es muss sich um eine Frage handeln, die mit „ja“ oder „nein“ zu beantworten ist. In den Ausgangsfällen 1 und 2 würde es beispielsweise zur Geheimhaltung ausreichen, die Antwort zu verweigern. Zum Zweiten muss hinzukommen, dass der Arbeitgeber aus einer Antwortverweigerung sicher auf eine bestimmte Information schließen kann. Gegenstand der Frage muss also eine eindeutig negativ besetzte Information sein, es muss sich um eine Frage handeln, die jeder, bei dem dieser negative Umstand nicht vorliegt, beantworten würde. Spätestens an dieser Stelle wäre auch Beispielfall 3 auszuschneiden. Die Zugehörigkeit zu irgendeiner politischen Partei wird nicht allgemein negativ bewertet. Zu diesem Ergebnis könnte man nur bei Fall 4 kommen.

---

<sup>29</sup> v. Lübtow, FS Bartholomeyczik, S. 249 ff. (276), Hofmann, ZfA 1975, S. 1 ff. (4); wohl auch ArbG Siegburg, NZA 1995, S. 943 ff. (944).

<sup>30</sup> v. Lübtow, FS Bartholomeyczik, S. 249 ff. (276); ähnlich Degener, Das Fragerecht, S. 57 ff.

Für alle bis hierher vorgestellten Ansichten gilt zudem, dass unabhängig von den dargestellten Schwierigkeiten der Konstruktion des Eingriffstatbestandes ausgesprochen fraglich ist, ob es hier wirklich um den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers geht oder ob es sich dabei nicht um eine bloße Scheinbegründung zur Erreichung eines als richtig empfundenen Ergebnisses handelt. Für letzteres spricht, dass sich die Behauptung, dem Stellenbewerber gehe es um den Schutz seiner Persönlichkeit, bei realistischer Betrachtung in den meisten Fällen als haltlose Unterstellung erweist. Ein Beispiel von *Wiedemann* illustriert das treffend: Hat sich ein Arbeitgeber erklärtermaßen die Resozialisierung von Straftätern zur Aufgabe gemacht, wird kein vorbestrafter Bewerber seine Vorstrafe verschweigen oder lügen.<sup>31</sup> Das wird selbst für den Bewerber gelten, der diesen Umstand in seinen übrigen Lebensbereichen geheim hält, weil er ihn als stigmatisierend empfindet. Manches Urteil „verrät“ sich selbst durch Formulierungen wie „... um nicht Gefahr zu laufen, den Arbeitsplatz nicht zu erhalten“<sup>32</sup>. Damit ist das entscheidende Anliegen des Bewerbers genannt: Es geht - jedenfalls in den allermeisten Fällen<sup>33</sup> - um die Erhaltung der Einstellungschance.<sup>34</sup>

Das zeigt auch eine Überlegung von oben: In den Fällen, in denen in einem Schweigen ein „Eingeständnis“ nicht erblickt werden kann, ist es zum Schutz des Persönlichkeitsrechts nicht erforderlich, dem Bewerber ein „Recht zur Lüge“ zuzugestehen. Dennoch hat die Rechtsprechung auch in solchen Fällen die Anfechtung für unzulässig gehalten, wenn die Interessenabwägung ergab, dass die Frage „unzulässig“ war<sup>35</sup>. Das mag man im Ergebnis für gerecht halten, mit dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeits-

---

<sup>31</sup> Wiedemann, FS Herschel, S. 463 ff. (469 f.).

<sup>32</sup> BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB, Bl. 3 R; wortgleich ArbG Siegburg, NZA 1995, S. 943 ff. (944).

<sup>33</sup> Anderes gilt bspw. bei Fragen mit beleidigendem Charakter, vgl. dazu im 3. Kapitel unter A. IV.

<sup>34</sup> So auch Wiedemann, FS Herschel, S. 463 ff. (469 f.); Coester, Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB, Bl. 5 R m. w. N.; Raab, RdA 1995, S. 36 ff. (39); Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 146 f..

rechts lässt es sich aber nicht begründen. Dem entspricht der tatsächliche Befund, dass es in vielen der Fälle, in denen die Rechtsprechung ein „Recht zur Lüge“ mit dem Schutz des Persönlichkeitsrechts begründet, letztlich gar nicht um Höchstpersönliches geht: *Coester* fasst dies - bezogen auf die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft - treffend zusammen: „... beschränkt das Persönlichkeitsrecht der Schwangeren nicht das - für sich genommen - berechnete und schutzwürdige Informationsinteresse des Arbeitgebers ..., denn es [das Persönlichkeitsrecht] steht nicht im Mittelpunkt der beiderseitigen Interessen: Der Bewerberin geht es darum, den Arbeitsplatz ... zu erhalten; dem Arbeitgeber geht es nicht um Eindringen in Höchstpersönliches, sondern um handfeste ökonomische und betriebsorganisatorische Belastungen. ... Schwangerschaft wird heute gesellschaftlich und Dritten gegenüber kaum mehr als 'heikles Thema' angesehen, die Berufung auf die verletzte Intimsphäre wirkt eher wie ein herbeigezogenes Argument zur Erreichung von Zielen auf beruflich-ökonomischer Ebene ...“<sup>36</sup>. Die Problematik der „Zulässigkeit“ einer Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft ist zwar durch § 611a BGB gelöst, die Argumentation lässt sich jedoch mühelos auf andere Fälle übertragen, beispielsweise auf Fragen des Arbeitgebers nach Krankheiten oder Körperbehinderungen.

Die Ansicht, eine Fragerechtsbeschränkung sei zum Schutz des Persönlichkeitsrechts des Stellenbewerbers erforderlich, ist nach alledem nur in wenigen Fallkonstellationen überzeugend.<sup>37</sup>

## **2. Beschränkung der Einstellungsfreiheit**

Einige Autoren<sup>38</sup> begründen die Einschränkung der arbeitgeberseitigen Informationserhebungsmöglichkeiten auf anderem Wege: Der Arbeitgeber unterliege bei seiner Einstellungsentscheidung

---

<sup>35</sup> BAG AP Nr. 25 zu § 123 BGB, dieser Entscheidung ist Beispielfall 2 nachgebildet.

<sup>36</sup> *Coester*, Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB, Bl. 5 R.

<sup>37</sup> Dazu noch unten im 3. Kapitel unter C II 1 a.

<sup>38</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 12.

rechtlichen Begrenzungen. Er dürfe demzufolge nur solche Umstände erfragen, die innerhalb dieser Grenzen liegen. Danach unzulässige Fragen könne der Bewerber wahrheitswidrig beantworten, ohne dass der Arbeitgeber zur Anfechtung berechtigt wäre. Die im Einzelnen zur Begrenzung der Einstellungsfreiheit vertretenen Auffassungen unterscheiden sich sowohl hinsichtlich der Reichweite der Begrenzung als auch in der dogmatischen Begründung:

*Leipold*<sup>39</sup> vertritt die Ansicht, der Arbeitgeber habe sich bei seiner Einstellungsentscheidung jeglicher Willkür zu enthalten. Er begründet diese Einschränkung mit einem von ihm entwickelten „Recht auf Arbeit“ des Stellenbewerbers, das als besonderes Persönlichkeitsrecht neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB sei.<sup>40</sup> Von diesem „Recht auf Arbeit“ mache der Stellenbewerber mit seiner Bewerbung Gebrauch. Auch in der Einstellungsphase stehe er mithin dem Arbeitgeber nicht rechtlos gegenüber. Wo sich aber zwei Rechte gegenüberstünden, könne der einen Seite - hier dem Arbeitgeber - nicht zugestanden werden, mit ihrem Recht - der Einstellungsfreiheit - nach freiem Belieben zu verfahren. Die Einstellungsfreiheit sei vielmehr auf ein objektives, beiden Seiten Rechnung tragendes Maß zu reduzieren. Danach irrelevante Umstände dürften deshalb weder erfragt werden noch im Wege der Anfechtungsmöglichkeit nachträglich Bedeutung erlangen.<sup>41</sup> Die Zulässigkeit einer Frage im konkreten Fall will *Leipold* - da das „Recht auf Arbeit“ wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Rahmenrecht zu qualifizieren sei - in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung im Wege einer Interessenabwägung ermitteln.<sup>42</sup>

*Leipold* gesteht dem Bewerber im Ergebnis ein Recht auf den konkreten Arbeitsplatz zu. Diese Auffassung führt zum einen zu

---

<sup>39</sup> AuR 1971, S. 161 ff.

<sup>40</sup> *Leipold*, AuR 1971, S. 161 ff. (165).

<sup>41</sup> *Leipold*, AuR 1971, S. 161 ff. (166).

<sup>42</sup> *Leipold*, AuR 1971, S. 161 ff. (166).

erheblichen praktischen Schwierigkeiten. Denn es soll gegebenenfalls auch ein Anspruch auf Einstellung bestehen.<sup>43</sup> Wie dieser Anspruch durchgesetzt werden soll, bleibt aber völlig unklar: Soll der Arbeitgeber verpflichtet sein, einen zusätzlichen Arbeitsplatz bereitzustellen, falls die ausgeschriebene Stelle bereits mit einem anderen Bewerber besetzt wurde? Wie sollte in diesem Zusammenhang dem Umstand Rechnung getragen werden, dass dem Arbeitnehmer zumindest innerhalb der ersten sechs Monate zu meist ohne weiteres gekündigt werden kann?<sup>44</sup> Davon abgesehen trägt die Begründung *Leipolds* einen Anspruch auf willkürfreie Entscheidung über die Einstellung im konkreten Fall nicht: Der Autor hält das „Recht auf Arbeit“ mit der Begründung für einen Teil des Persönlichkeitsrechts, „der Gebrauch der persönlichen Fähigkeiten, um durch Arbeit seinen Lebensunterhalt zu verdienen ... [gehöre] ... zu den elementarsten Äußerungen der Person im gesellschaftlichen Zusammenleben“<sup>45</sup>. Diese Möglichkeit wird dem Stellenbewerber durch die Versagung eines konkreten Arbeitsplatzes aber nicht genommen. Jedenfalls theoretisch besteht immer die Möglichkeit, seine Arbeitskraft an anderer Stelle zu verwerten, sei die auch weniger seinen Neigungen entsprechend oder schlechter bezahlt.<sup>46</sup> Den Anspruch auf den konkreten Arbeitsplatz bzw. die willkürfreie Entscheidung im konkreten Fall, auf den *Leipold* seine Ansicht im Ergebnis stützt, vermag er gerade nicht zu begründen.<sup>47</sup>

*Gamillscheg* will die Einstellungsfreiheit und damit das Fragerecht des Arbeitgebers auf „von der Arbeitsaufgabe gerechtfertigte“<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Leipold, AuR 1971, S. 161 ff. (166).

<sup>44</sup> So auch Raab, RdA 1995, S. 36 ff. (40).

<sup>45</sup> Leipold, AuR 1971, S. 161 ff. (165).

<sup>46</sup> So auch Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 189.

<sup>47</sup> Raab, RdA 1995, S. 36 ff. vertritt - auch nach eigenem Bekunden - einen verwandten Ansatz: Da Art. 12 GG den freien Zugang zum Arbeitsmarkt und die freie Arbeitsplatzwahl garantiere und die meisten Menschen auf den Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge angewiesen seien, sei es mit Art. 12 GG nicht zu vereinbaren, dem Arbeitgeber ein Recht auf willkürliche Auswahl zuzubilligen (S. 38). Diesem Ansatz ist ebenso wie dem von *Leipold* entgegenzuhalten, dass sich auf diese Weise ein Recht auf willkürfreie Entscheidung über die Einstellung im konkreten Fall nicht begründen lässt.

<sup>48</sup> Gamillscheg, AcP 164 (1964), S. 383 ff. (419).

Umstände begrenzen. Das deckt sich im Ergebnis mit der von *Leipold* geforderten „Willkürfreiheit“. *Gamillscheg* begründet seine Auffassung mit verfassungsrechtlichen Überlegungen: Ursprünglich vertrat er die Ansicht, der Arbeitgeber sei an die Grundrechte - namentlich an Art. 3 GG - gebunden, wenn er sich als „soziale Macht“ darstelle.<sup>49</sup> Ausgangspunkt der Überlegungen *Gamillschegs* ist der Geltungsgrund der Grundrechte in ihrer ursprünglichen Funktion als Abwehrrechte gegenüber dem Staat: Die Grundrechte seien als Selbstbeschränkung des Staates zu verstehen, „weil er übermächtig ist, der Bürger ihm gegenüber, wo es am Willen zum Recht fehlt, ein Nichts“<sup>50</sup>. In Analogie dazu müsse der Arbeitgeber, wenn und soweit er eine soziale Macht oder soziale Gewalt darstelle, denselben Beschränkungen unterliegen.<sup>51</sup> „Soziale Macht“ liege vor, wenn der Stellenbewerber „hic et nunc“ auf den Abschluss des Arbeitsvertrages angewiesen sei. Eine derartige Zwangslage könne bei allgemeiner, verbreiteter Arbeitslosigkeit bestehen, aber auch bereits bei einer faktischen Alleinstellung eines Arbeitgebers in einer Region.<sup>52</sup> Eine Einschränkung der arbeitgeberseitigen Vertragsfreiheit durch Fragerechtsbeschränkung und „Recht zur Lüge“ hält *Gamillscheg* demgemäß nicht grundsätzlich für rechtmäßig, sondern nur in den durch die Voraussetzung des Vorliegens „sozialer Macht“ gesteckten Grenzen<sup>53</sup>: „Die genannte Rechtsprechung [zum ‘Recht zur Lüge’] ist deshalb auch nur in den Fällen aufrechtzuerhalten, in denen sich der Arbeitgeber als soziale Macht dargestellt hat. Es besteht kein Anlass, jemand zu schützen, der ohne Not lügt“<sup>54</sup>. In einer späteren Publikation<sup>55</sup> hat *Gamillscheg* das einschränkende Kriterium „soziale Macht“ zwar nicht ausdrücklich aufgegeben, aus dem Zusammenhang ergibt sich aber, dass er nunmehr generell von einer sozialen (Über-)Machtstellung des Arbeitgebers ausgeht. Zur

---

<sup>49</sup> Gamillscheg, AcP 164 (1964), S. 383 ff.

<sup>50</sup> Gamillscheg, AcP 164 (1964); S. 383 ff. (407).

<sup>51</sup> Gamillscheg, AcP 164 (1964), S. 383 ff. (407).

<sup>52</sup> Gamillscheg, AcP 164 (1964), S. 383 ff. (411).

<sup>53</sup> Gamillscheg, AcP 164 (1964), S. 383 ff. (418 f.).

<sup>54</sup> Gamillscheg, AcP 164 (1964), S. 383 ff. (419).

Begründung der Grundrechtsbindung des Arbeitgebers heißt es dort, die Rechtsordnung könne nicht „einerseits das Eigentum an den Produktionsmitteln schützen, andererseits dem Unternehmer jedoch gestatten, mit seiner Einstellungspolitik Unterscheidungen zu pflegen, die zu treffen der Staat sich selbst verbietet ...“<sup>56</sup>.

Ganz grundsätzlich ist gegen beide Varianten der Auffassung *Gamillschegs* einzuwenden, dass eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht - gleich ob generell für alle Privatrechtssubjekte oder nur für besondere Gruppen - abzulehnen ist. Diese Thematik ist in der Literatur oft und ausführlich behandelt worden, auf eine erneute Auseinandersetzung mit ihr soll daher verzichtet werden.<sup>57</sup> Die Eigentumsfreiheit darf zudem nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit gesehen werden. Letzterer ist die Freiheit, auch willkürliche Entscheidungen zu treffen, aber geradezu immanent.

Ferner überzeugt die Annahme der neueren Variante, der Arbeitgeber sei generell sozial übermächtig, selbst dann nicht, wenn - wie derzeit - das Verhältnis von Arbeitsplatzangebot und Nachfrage nachhaltig gestört ist. Auch in Zeiten großer Arbeitslosigkeit werden bestimmte Fähigkeiten gesucht und gefragt.<sup>58</sup> Die Abwandlung von Beispielsfall 3, wo der Bewerber nicht schutzbedürftig

---

<sup>55</sup> Gamillscheg, FS Weber, S. 793 ff.

<sup>56</sup> Gamillscheg, FS Weber, S. 793 ff. (802).

<sup>57</sup> Begründet wurde die These von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte von Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht; im Arbeitsrecht wird die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte bspw. vertreten von Gamillscheg, AcP 164 (1964), S. 385 ff.; dagegen Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 ff.; aus neuerer Zeit auch Singer, JZ 1995, S. 1133 ff. (insb. 1135 f.); weitere Befürworter z. B. Leisner, Grundrechte und Privatrecht; Ramm, Die Freiheit der Willensbildung, S. 38 ff., 56 ff.; Schwabe, Die so genannte Drittwirkung der Grundrechte; Hager, JZ 1994, S. 373 ff. Einen Überblick über die verschiedenen Lehren zur Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten bietet Hinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 112 ff. Ob eine Berücksichtigung der Grundrechte in diesem Zusammenhang nach der neueren Rechtsprechung zu der Problematik „Ungleichgewichtslagen“ angezeigt ist, ob also eine Fragerechtsbeschränkung bzw. eine Begrenzung der Einstellungsfreiheit als privatrechtliches Instrument zur Herstellung von Grundrechtskonformität in Betracht zu ziehen ist, steht auf einem anderen Blatt. Eine solche Lösung bedarf aber jedenfalls einer gesonderten Begründung, insbesondere des Nachweises einer relevanten Imparität, an der es hier fehlt. Vgl. zu diesen Fragen im 3. Kapitel unter B.

<sup>58</sup> Zu dieser Relativität des Begriffs der Zwangslage auch Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 143.

tig erscheint, zeigt, dass die „soziale Macht“ keine feststehende Größe sein kann, sondern von der Lage des Gegenübers abhängt - die konkrete Situation des Bewerbers ist ein Aspekt, den auch sämtliche anderen Begründungsansätze einschließlich der herrschenden Meinung nicht berücksichtigen. Auch beschäftigungspolitisch erscheint es zumindest fraglich, ob die mit der Auffassung *Gamillschegs* verbundene Unterstützung der Immobilität von Arbeitnehmern wünschenswert ist.

Aber auch die ursprüngliche Konzeption *Gamillschegs*, die „soziale Macht“ des Arbeitgebers gesondert festzustellen, begegnet erheblichen Bedenken: Schon in praktischer Hinsicht ist zu bemängeln, dass der Begriff „soziale Macht“ kaum handhabbar erscheint. Auch wenn die von *Gamillscheg* angeführten Konkretisierungen hinzugenommen werden, drängen sich Fragen nach einer genaueren Begriffsbestimmung geradezu auf. Zum Beispiel: Wann ist Arbeitslosigkeit als „allgemein“ zu bezeichnen? Soll die Beurteilung in Bezug auf die gesamte Arbeitnehmerschaft erfolgen oder für die jeweilige Branche? Wie groß muss die „Region“ sein, um von einer Alleinstellung des Arbeitgebers sprechen zu können, die ihm „soziale Macht“ verleiht? Inwieweit kann dem Stellenbewerber demgegenüber räumliche Flexibilität zugemutet werden? Auch der Ansatz *Gamillschegs* überzeugt nach alledem nicht.

Schließlich wird - inhaltlich weniger umfassend - eine Begrenzung der Einstellungsfreiheit durch spezielle Diskriminierungsverbote vertreten. Zum Teil wird eine solche Bindung des Arbeitgebers mit der Geltung von § 75 Abs. 1 BetrVG auch schon in der Einstellungsphase begründet<sup>59</sup>, zum Teil mit einer unmittelbaren Geltung von Art. 3 Abs. 3 GG<sup>60, 61</sup>. Eine solche Bindung des Entschei-

---

<sup>59</sup> So vor allem Otto, Personale Freiheit, S. 20 ff.; ebenso Richardi, BetrVG, § 75, Rn. 7; wohl auch Wiedemann, FS Herschel, S. 463 ff. (474).

<sup>60</sup> So wohl MÜchArbR-Buchner, § 40, Rn. 148, § 41, Rn. 12 ff.

<sup>61</sup> Die in den beiden vorangegangenen Fußnoten genannten Autoren bleiben dabei allerdings nicht stehen, sondern begründen weitere Einschränkungen der arbeitgeberseitigen Informationserhebungsmöglichkeiten auf anderem Wege.

dungsermessens an spezielle Diskriminierungsverbote würde in Ausgangsfall 3 dazu führen, dass die Anfechtung unabhängig von den Interessen des Arbeitgebers und der Lage des konkreten Falles unzulässig wäre, im Beispielfall 2 dagegen jedenfalls zulässig.

Gegen eine Begrenzung der Einstellungsfreiheit durch § 75 Abs. 1 BetrVG ist zunächst einzuwenden, dass es sich bei dieser Vorschrift bei richtigem Verständnis nicht um eine individualrechtliche, sondern um eine betriebsverfassungsrechtliche Norm handelt. Selbst wenn man ihre individualrechtliche Geltung bejahen wollte, so kann ihr Anwendungsbereich aber aufgrund des entgegenstehenden klaren Wortlautes jedenfalls nicht auf die Einstellungsphase ausgedehnt werden.<sup>62</sup> Die Differenzierung zwischen Einstellungsphase und bestehendem Arbeitsverhältnis erscheint auch sachgerecht. Denn eine Bindung des Arbeitgebers an spezielle Diskriminierungsverbote erscheint im laufenden Arbeitsverhältnis eher zumutbar - hatte der Arbeitgeber doch immerhin die Möglichkeit, sich für oder gegen die Einstellung des jeweiligen Arbeitnehmers zu entscheiden.

Für die Bindung des Arbeitgebers an Art. 3 Abs. 3 GG gilt das oben bereits Gesagte entsprechend: Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht ist abzulehnen. In Betracht kommt eine Grundrechtsgeltung nur über die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln.<sup>63</sup>

### **3. Zwischenergebnis**

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass keine der in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Ansichten zur Begründung einer Einschränkung der arbeitgeberseitigen Informationserhebung in vollem Umfang überzeugt. Eine (allgemeine) Begrenzung der Einstellungsfreiheit wurde bislang nicht überzeugend begründet, die von

---

<sup>62</sup> Dazu ausführlicher Zöllner, Gutachten, D 81 f.; im Ergebnis ebenfalls ablehnend MünchArbR-v. Hoyningen-Huene, § 301, Rn. 69 f.

<sup>63</sup> Dazu im 3. Kapitel unter A III 2.

Rechtsprechung und herrschender Lehre vertretene Ansicht ist in ihrer Reichweite äußerst begrenzt.

## **II. Offenbarungspflichten der Arbeitsvertragsparteien**

### **1. Offenbarungspflichten des Stellenbewerbers**

*Fall 5:* A bewirbt sich im Juni um einen Arbeitsplatz und wird eingestellt. Dass ihm für die ersten drei Oktoberwochen eine Kur bewilligt worden ist, verschweigt er. Nachdem der Arbeitgeber im August hiervon erfährt, ficht er den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an und macht geltend, A habe eine Offenbarungspflicht verletzt.

*Fall 6:* B bewirbt sich um einen Arbeitsplatz und legt während der Einstellungsverhandlungen nicht offen, dass er ab dem nächsten Monat eine sechsmonatige Freiheitsstrafe zu verbüßen hat. Nachdem der Arbeitgeber von diesem Sachverhalt erfährt, ficht er den Arbeitsvertrag an.<sup>64</sup>

*Abwandlung 1:* Dem B ist in Aussicht gestellt worden, die Strafe im „Freigängerstatus“ verbüßen zu dürfen, zum Zeitpunkt der Einstellungsverhandlungen steht die Entscheidung über seinen Antrag noch aus. 14 Tage nach Abschluss des Arbeitsvertrages wird er abschlägig beschieden. Der Arbeitgeber ficht wegen arglistiger Täuschung an.

*Abwandlung 2:* Wie *Abwandlung 1*, aber: 14 Tage nach Abschluss des Arbeitsvertrages wird dem B mitgeteilt, der „Freigängerstatus“ sei bewilligt. Dennoch ficht der Arbeitgeber den Vertrag wegen arglistiger Täuschung an.<sup>65</sup>

*Abwandlung 3:* Das Urteil I. Instanz ist zum Zeitpunkt der Einstellungsverhandlungen nicht rechtskräftig; die Berufungsverhandlung, von der B sich die Strafaussetzung zur Bewäh-

---

<sup>64</sup> Der Fall ist der Entscheidung LAG Frankfurt, NZA 1987, S. 352 ff. nachgebildet.

<sup>65</sup> Ein vergleichbarer Sachverhalt lag der Entscheidung BAG AP Nr. 32 zu § 123 BGB zugrunde.

nung erhofft, ist für 2 Wochen nach dem Einstellungsge-  
spräch terminiert.

Das BAG verlangt vom Stellenbewerber in ständiger Rechtspre-  
chung die ungefragte Preisgabe solcher Umstände, die „die Erfül-  
lung der arbeitsvertraglichen Leistung unmöglich machen oder  
sonst für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlag-  
gebender Bedeutung sind“<sup>66</sup>.

An einer dogmatischen Herleitung dieser Formel oder doch jeden-  
falls an deren Offenlegung lässt es das Gericht fehlen. Das führt  
zum einen dazu, dass die Formel und damit auch die auf ihrer  
Grundlage ergangenen Entscheidungen nur sehr eingeschränkt -  
nämlich nur im Hinblick auf die gleichmäßige Anwendung der  
Formel, nicht aber auf die dahinter stehenden allgemeinen Wer-  
tungen und Prinzipien - nachprüfbar und nachvollziehbar sind.  
Nachprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit zeichnen eine „gerechte“  
Entscheidung aber gerade aus. Daneben führt die fehlende dog-  
matische Fundierung der Rechtsprechungs-Formel zu Unsicher-  
heiten bei ihrer Anwendung. Die Beispielsfälle verdeutlichen die  
auftretenden Probleme: Versteht man „Unmöglichkeit“ im Sinne  
des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, so käme man in Fall 5  
und in der Grundvariante von Fall 6 ohne weiteres zu dem Ergeb-  
nis, dass eine Offenbarungspflicht bestand und die Anfechtung  
wegen arglistiger Täuschung daher zulässig ist. Mag dieses Er-  
gebnis bei Fall 6 noch einleuchten<sup>67</sup>, so treten bei Fall 5 dagegen  
Zweifel auf: Aus zivilrechtlicher Sicht ist auch die nur vorüberge-  
hende Unmöglichkeit der Erfüllung der arbeitsvertraglichen Lei-  
stungspflicht als Unmöglichkeit zu qualifizieren, da die Leistungs-  
pflicht des Arbeitnehmers (in aller Regel) Fixschuldcharakter hat.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Zitat nach BAG AP Nr. 35 zu § 123 BGB, Bl. 3; ebenso bspw. BAG AP Nr. 19  
Bl. 2 R; AP Nr. 30 zu § 123 BGB, Bl. 3; EzA Nr. 34 zu § 123 BGB, Bl. 2.

<sup>67</sup> In der Tat kam das LAG (NZA 1987, S. 352 ff.) zu dem Ergebnis, es habe ei-  
ne Offenbarungspflicht bestanden. Die Aufhebung des Urteils durch das BAG  
(AP Nr. 22 zu § 123 BGB) erfolgte aus anderen Gründen.

<sup>68</sup> Palandt-Heinrichs, § 284, Rn. 3; Schaub, ArbRHdb, § 49, Rn. 5; Lieb, Arbeits-  
recht, Rn. 180 f.; MünchKomm-Müller-Glöge, § 611, Rn. 15; differenzierter Mün-

Fraglich erscheint aber, ob dieses Ergebnis mit der Entscheidung des Gesetzgebers, dem Arbeitgeber das (finanzielle) Risiko eines krankheitsbedingten Ausfalls des Arbeitnehmers für eine gewisse Zeit aufzubürden<sup>69</sup>, zu vereinbaren ist. Jedenfalls müsste begründet werden, worin der Unterschied zwischen dem bereits im Arbeitsverhältnis und dem noch in der Bewerbungsphase stehenden Arbeitnehmer liegt, der eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigt.

Schwierigkeiten entstehen weiterhin, wenn zum Zeitpunkt der Einstellungsverhandlungen noch gar nicht feststeht, ob die Unmöglichkeit tatsächlich eintreten wird, wie bei den Abwandlungen von Fall 6. Ein Rückgriff auf das Unmöglichkeitsverständnis des Leistungsstörungsrechts hilft hier nicht weiter. Denn dieses ist durch eine ex post - Sicht geprägt und regelt das Problem der „drohenden“ Unmöglichkeit folgerichtig nicht. Bezeichnenderweise löst die Rechtsprechung derartige Fälle, ohne auf ihre Formel zur Bestimmung der Offenbarungspflichten zurückzugreifen. Stattdessen wird auf allgemeine Wertungskriterien wie die Zumutbarkeit des Risikos für den Arbeitgeber<sup>70</sup> oder die Erheblichkeit der Information für die Entscheidung des Arbeitgebers<sup>71</sup> abgestellt. Einer Entscheidung, die nur auf allgemeine Treue- und Risikoerwägungen abstellt, lassen sich aber kaum Hinweise für die Lösung verwandter Fälle entnehmen. Der Gerechtigkeitsgehalt solcher Einzelfallentscheidungen ist äußerst begrenzt, weil Gerechtigkeit - unter anderem - auf Gleichbehandlung und sachlicher Differenzierung beruht. Auf den zweiten Teil der Formel - „Umstände von ausschlaggebender Bedeutung“ - hat das BAG, soweit ersichtlich, noch keine Entscheidung ausdrücklich gestützt. Dass jedenfalls der Versuch einer rein begrifflichen Bestimmung des mit dieser Wendung Gemeinten zum Scheitern verurteilt ist, zeigt eine Ent-

---

chArb-Blomeyer, § 57, Rn. 9; MünchKomm<sup>3</sup>-Emmerich, § 275, Rn. 45. Zu den Einzelheiten im 4. Kapitel unter B I 3.

<sup>69</sup> Vgl. §§ 3 ff. EntgeltFzG.

<sup>70</sup> Z. B. LAG Frankfurt, NZA 1987, S. 352 ff. (355).

<sup>71</sup> Z. B. BAG AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG 1968, Bl. 4 R.

scheidung des LAG Mainz<sup>72</sup> nur zu deutlich: Dort heißt es, auch Umstände von *wesentlicher* Bedeutung seien nicht offenbarungspflichtig, anderes gelte nur bei Umständen von *ausschlaggebender* Bedeutung.<sup>73</sup>

Auch in der Literatur finden sich keine überzeugenden Lösungsvorschläge, weitgehend fehlt es überhaupt an eigenständigen Konzeptionen. Einige wenige Autoren vertreten die Ansicht, den Stellenbewerber träfen überhaupt keine Offenbarungspflichten: Da alle denkbaren Fälle bereits von § 119 Abs. 2 BGB erfasst würden, sei die Entwicklung von Offenbarungspflichten daneben überflüssig.<sup>74</sup> Diese Auffassung übersieht indes, dass - die Richtigkeit der Behauptung, die Anwendungsbereiche von § 119 Abs. 2 BGB und § 123 Abs. 1 BGB seien insoweit deckungsgleich, unterstellt - Unterschiede bereits unmittelbar im Zusammenhang mit den weiteren Rechtsfolgen der Anfechtung auftreten: Bei einer Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB ist der Anfechtende gegebenenfalls schadenersatzpflichtig, nicht jedoch bei einer Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB. Auch im Hinblick auf die Anfechtungsfristen wäre der Anfechtende schlechter gestellt, wenn er auf § 119 Abs. 2 BGB verwiesen würde. Schließlich kann die Problematik der Offenbarungspflichten auch nicht isoliert für den Kontext der Anfechtungstatbestände behandelt werden. Offenbarungspflichten spielen vielmehr auch in anderem Zusammenhang eine Rolle, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen, genannt seien an dieser Stelle die Ansprüche aus § 311 Abs. 2 i. V. m. §§ 280 ff. BGB und aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB.<sup>75</sup> Jedenfalls bei der Entscheidung über diese Ansprüche kann nicht argumentiert werden, Offenbarungspflichten bestünden nicht, weil alle Fälle von § 119 Abs. 2 BGB erfasst würden. Denn § 119 Abs. 2 BGB verfolgt ein gänzlich anderes Anspruchsziel als die genannten

---

<sup>72</sup> NJW 1985, S. 510.

<sup>73</sup> Hervorhebungen von der Verfasserin.

<sup>74</sup> Moritz, NZA 1987, S 329 ff. (331). Die von ihm für diese Auffassung zitierten Autoren (vgl. dort Fn. 23) vertreten diese Ansicht jedenfalls in den von Moritz angegebenen Textstellen hingegen nicht.

Normen, so dass eine Übereinstimmung der Anwendungsbereiche von vornherein ausgeschlossen ist.

Die im Schrifttum im übrigen vorgeschlagenen „Alternativen“ zu der von den Arbeitsgerichten verwendeten Formel sind größtenteils so vage und unbestimmt, dass sich mit ihnen noch viel weniger nachvollziehbare und nachprüfbarere Entscheidungen fällen lassen. So heißt es zum Beispiel, eine Offenbarungspflicht bestehe hinsichtlich solcher Umstände, von denen der Stellenbewerber „weiß oder wissen muss, dass sie für ... [den Arbeitgeber] von entscheidender Bedeutung sind“<sup>76</sup>. *Großmann* spricht von „besonders gravierenden Umständen“, die eine Offenbarungspflicht nach sich zögen<sup>77</sup>, *Schaub* nennt als Voraussetzung „bestimmte außergewöhnliche Umstände, ... durch die die Risiken des Arbeitsverhältnisses überschritten werden“<sup>78</sup>. In engerer Anlehnung an das BAG formuliert *Sander*, Offenbarungspflichten des Stellenbewerbers bestünden hinsichtlich solcher Umstände, die zur „dauerhaften oder unter Umständen auch zeitweiligen Unmöglichkeit des Erfüllens der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht“ führen<sup>79</sup>, ähnlich auch *Buchner*: „Fälle, in denen ein Einstellungsbewerber die für ihn vorgesehenen arbeitsvertraglichen Aufgaben nicht nur zeitweilig, sondern zumindest auf längere Dauer zu erfüllen nicht in der Lage ist ...“<sup>80</sup>. *Schwedes* schließlich begnügt sich mit der Forderung, man möge die Anforderungen „nicht überspannen“<sup>81</sup>.

Alle Autoren illustrieren und konkretisieren ihre Ansichten anhand von arbeitsgerichtlich entschiedenen Fällen und gelangen dabei

---

<sup>75</sup> Ausführlich zu den Rechtsfolgen im 5. Kapitel.

<sup>76</sup> Heitkamp, Rechtsfragen der Bewerbung, S. 16; in den entscheidenden Passagen nahezu wortgleich Matthes, Einstellung und Kündigung, Rn. 54: „Umstände, ... von denen sie wissen oder annehmen müssen, dass deren Kenntnis für die Entscheidung des anderen Teils von Bedeutung ist“ und Kasseler Hdb-Künzl, Sektion 2.1, Rn. 58: „Umstände, die für das ... Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind, ... [und die] nicht ohne weiteres erkennbar sind ...“.

<sup>77</sup> NZA 1989, S. 702 ff. (703).

<sup>78</sup> ArbRHdb, § 26, Rn. 10.

<sup>79</sup> AuA 1995, S. 9 ff. (9).

<sup>80</sup> MünchArb, § 41, Rn. 165.

<sup>81</sup> Einstellung und Entlassung des Arbeitnehmers, Rn. 38.

nicht zu abweichenden Ergebnissen; trotz der unterschiedlichen Formulierungen herrscht im Ergebnis also sowohl Übereinstimmung untereinander als auch mit der Rechtsprechung. Das macht zugleich deutlich, dass es sich nicht um zu der des BAG alternative Konzeptionen handelt. Der Unterschied erschöpft sich letztlich in der jeweiligen Formulierung. Das erklärt auch die durchweg fehlende dogmatische Herleitung dieser Ansichten: Sie verweisen zu ihrer Rechtfertigung auf die Rechtsprechung.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre findet sich ein überzeugendes, dogmatisch fundiertes Konzept zur Bestimmung von Offenbarungspflichten des Stellenbewerbers. Wenn sich auch eine umfassende, tatbestandlich fixierte Lösung kaum entwickeln lassen wird, muss ein tragfähiges Lösungskonzept zumindest um die Fixierung von Eckpunkten bemüht sein, die bei der Lösung der gegebenenfalls verbleibenden, weniger eindeutigen Fälle als Orientierungs- und Argumentationshilfe dienen können.

## **2. Offenbarungspflichten des Arbeitgebers**

*Fall 7:* Arbeitgeber X beschließt Mitte 2005, seinen Betrieb zum Ende des Jahres aufzugeben. Dennoch schließt er im September 2005 mit dem Auszubildenden A einen dreijährigen Lehrvertrag ab. Ferner stellt er Facharbeiter F ein, der noch zwei weitere Stellen hätte antreten können. Weder gegenüber A noch gegenüber F legt X seine Pläne offen. A und F klagen, nachdem sie von den Stilllegungsplänen erfahren, auf Schadensersatz mit der Begründung, X hätte ihnen im Laufe der Einstellungsverhandlungen von seinem Vorhaben Mitteilung machen müssen.

*Fall 8:* Arbeitgeber Y geht es finanziell schlecht, ihm ist klar, dass er - wenn sich seine wirtschaftliche Lage nicht verbessert - in ca. sechs Monaten Insolvenz anmelden muss. Ohne diesen

Sachverhalt offen zu legen, stellt er Facharbeiter F ein und schließt mit A einen Lehrvertrag mit dreijähriger Laufzeit ab.<sup>82</sup>

*Fall 9:* Arbeitgeber Z schließt einen Arbeitsvertrag mit F. Er weiß, dass er die fälligen Löhne in den nächsten zwei Monaten nicht wird auszahlen können, da ihm die hierfür erforderlichen Mittel erst nach Abschluss der derzeit laufenden Projekte und Eingang der Zahlungen zur Verfügung stehen werden. Diesen Sachverhalt legt er gegenüber F, dem auch noch eine andere Stelle angeboten worden war, nicht offen. F klagt auf Schadensersatz wegen Verletzung einer Offenbarungspflicht.

*Fall 10:* Unter Einschaltung einer Personalberatungsfirma warb die Arbeitgeberin, ein Architektenbüro, den in ungekündigter Stellung tätigen Bauleiter A mit der Aussicht auf ein höheres Gehalt an. Wenige Tage nach Arbeitsbeginn kündigte die Arbeitgeberin fristgerecht. Die Verträge, für deren Erledigung A eingestellt worden war, waren nicht zustande gekommen. A ist der Ansicht, man hätte ihm im Einstellungsgespräch mitteilen müssen, dass die Position nicht gesichert sei.<sup>83</sup>

Anders als bei der Ermittlung der Offenbarungspflichten des Stellenbewerbers verwendet die Rechtsprechung zur Bestimmung der dem Arbeitgeber obliegenden Offenbarungspflichten keine einheitliche, allgemeine Formel. Den wenigen zu diesem Problemkreis ergangenen Urteilen lassen sich nur allgemeine Wertungen entnehmen. So heißt es zum Beispiel in der Entscheidung zu Beispielfall 8, eine Offenbarungspflicht des künftigen Arbeitgebers bestehe, soweit „Umstände im Bereich des ... Unternehmens vorlagen, die für Abschluss und Durchführung [hier] des Ausbil-

---

<sup>82</sup> Nach BAG BB 1977, S. 1705.

<sup>83</sup> Fall nach LAG Köln, U. v. 9.9.1998, zitiert nach Hümmerich, NZA 2002, S. 1305 ff. (1307, Fußnote 28), das eine Offenbarungspflicht des Arbeitgebers mit der Begründung ablehnte, der Bauleiter habe angesichts der Gepflogenheiten in der Baubranche mit der Unsicherheit seines neuen Arbeitsplatzes rechnen und sich ggf. selbst erkundigen müssen, vgl. Hümmerich, NZA 2002, S. 1305 ff. (1307).

dungsvertrages wichtig sein konnten ... insbesondere dann, wenn ... aus dem Bereich des Unternehmens heraus die Gefahr drohte, die Ausbildungsverhältnisse würden wegen absehbarer wirtschaftlicher Schwierigkeiten nicht durchgeführt werden können ...“. In einem anderen Urteil heißt es, den Arbeitgeber treffe eine Informationspflicht hinsichtlich solcher Umstände, „die für den Entschluss des Arbeitnehmers ersichtlich von entscheidender Bedeutung sind und die sich nicht aus der Sachlage von selbst ergeben ...“<sup>84</sup>. Ein weiteres Beispiel: Der Arbeitgeber „... muss schon zu diesem Zeitpunkt auf die besonderen Interessen des späteren Arbeitnehmers Rücksicht nehmen und ihn insbesondere über die künftigen Verhältnisse aufklären, wenn er erkennt, dass der Arbeitnehmer besondere Wünsche und Erwartungen hat.“<sup>85</sup>

Die Rechtsprechung zu den Offenbarungspflichten des Arbeitgebers ist über derartige Einzelfallentscheidungen bislang nicht hinausgekommen.<sup>86</sup> Auch hier ist die Rechtsprechung mangels ausreichender dogmatischer Begründung auf die Evidenz des jeweiligen Ergebnisses angewiesen, um zu überzeugen. Anhaltspunkte für die Beurteilung künftiger Fälle bieten die Entscheidungen zudem kaum, so dass sowohl für die Betroffenen als auch für den Rechtsanwender im konkreten Fall erhebliche Unsicherheit besteht.

In der Literatur wird den vorvertraglichen Offenbarungspflichten des Arbeitgebers wenig Aufmerksamkeit geschenkt.<sup>87</sup> Wo sie überhaupt Beachtung finden, begnügt man sich in aller Regel mit Beispielsfällen aus der Rechtsprechung.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> BAG NJW 1975, 708 ff. (709).

<sup>85</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss, Bl. 2.

<sup>86</sup> Das mag der Grund dafür sein, dass Derleder, KJ 1995, S 320 ff. (337) behauptet, Offenbarungspflichten des Arbeitgebers bei der Anbahnung von Arbeitsverträgen seien noch nie erwogen worden.

<sup>87</sup> So auch Hümmerich, NZA 2002, S. 1305 ff. (1305).

<sup>88</sup> Vgl. z. B. Schwedes, Einstellung und Entlassung, Rn. 29 ff.; Soergel-Wiedemann, vor § 275, Rn. 170; Matthes, Einstellung und Kündigung, Rn. 63 f. Ein Ansatz zu einer eigenständigen Konzeption findet sich in einem kurzen Zeitschriftenaufsatz von Kursawe, NZA 1997, S. 245 ff. Zur Tragfähigkeit des Ansatzes von Kursawe vgl. im 4. Kapitel unter D. Speziell zu der Frage, ob der Ar-

Der Versuch, die von der Rechtsprechung zur Bestimmung der Offenbarungspflichten des Stellenbewerbers entwickelte Formel zu übertragen, liegt nahe. Die Beispielfälle zeigen aber, dass die Formel auch im vorliegenden Zusammenhang - abgesehen von der fehlenden dogmatischen Fundierung - nur begrenzt zur Entscheidungsfindung beitragen kann: Mag man in Fall 7 noch annehmen, dass eine Offenbarungspflicht bestand, weil die (zukünftige) Unmöglichkeit sicher feststand, können die Fälle 8 und 9 mit Hilfe der Formel nicht gelöst werden. Auch hier stellt sich die Frage nach der Risikoverteilung in den Fällen, in denen der Eintritt der Unmöglichkeit noch ungewiss ist (Fälle 8 und 10), außerdem spielt - wie Fall 9 zeigt - neben der Unmöglichkeit auch der (Zahlungs-) Verzug des Arbeitgebers eine Rolle.<sup>89</sup>

Zu prüfen ist schließlich auch, ob und wie die im Schrifttum häufig behauptete Unterlegenheit des Stellenbewerbers gegenüber dem Arbeitgeber in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist, ob also mit dieser Begründung dem Arbeitgeber im Vergleich zum Stellenbewerber weitergehende Offenbarungspflichten aufzuerlegen sind. Auch diese Frage findet - soweit ersichtlich - in Rechtsprechung und Literatur zu den Offenbarungspflichten des Arbeitgebers bisher keine Beachtung.

---

beitgeber, der einen Arbeitnehmer aus einer gesicherten Position heraus abwirbt, diesen über ungesicherte Beschäftigungsmöglichkeiten aufklären muss, Hümmerich, NZA 2002, S. 1305 ff.

<sup>89</sup> Auf Seiten des Stellenbewerbers ist der Verzug mit der Hauptleistungspflicht dagegen von nur geringer Bedeutung, geht man - mit der ganz herrschenden Meinung - davon aus, dass die Pflicht zur Arbeitsleistung in aller Regel Fixschuldcharakter hat. Zu den Einzelheiten im 4. Kapitel unter B II 1.

## 2. Kapitel: Dogmatische Grundlagen

### A. Privatrechtsdogmatik als Grundlage für die Lösung arbeitsrechtlicher Problemstellungen

Als Anknüpfungspunkt für eine dogmatisch fundierte Lösung der aufgezeigten Regulierungsprobleme könnte sich das allgemeine Zivilvertragsrecht anbieten. Zwar finden sich auch dort keine gesetzlichen Regelungen für die aufgeworfenen Fragen. Sowohl eventuelle Grenzen der Informationserhebung durch den Arbeitgeber als auch die im arbeitsrechtlichen Vertragsanbahnungsverhältnis bestehenden Offenbarungspflichten könnten jedoch anhand der den geschriebenen Regeln des BGB sowie der den allgemeinen Lehren zu entnehmenden grundlegenden Wertungen und Prinzipien zu ermitteln sein. Allgemeiner formuliert: Für die Lösung arbeitsrechtlicher Problemstellungen könnte die allgemeine Zivilrechtsdogmatik maßgeblich sein.

Das setzt allerdings voraus, dass das Arbeitsvertragsrecht diesen Grundlagen als Unterfall des allgemeinen Vertragsrechts überhaupt verpflichtet ist, dass also arbeitsrechtliche Problemlösungen überhaupt an der allgemeinen zivilrechtlichen Vertragsdogmatik zu messen und aus ihr heraus zu entwickeln sind. Arbeitsrecht müsste als Sonderprivatrecht verstanden werden, als spezieller Teil des Privatrechts, der auf die allgemeinen Vorschriften des BGB aufbaut und für den - soweit keine spezifisch arbeitsrechtlichen Vorschriften einschlägig sind - diese allgemeinen Vorschriften anzuwenden sind, gegebenenfalls unter Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten.<sup>90</sup>

Diesem überwiegend vertretenen<sup>91</sup> Verständnis vom Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht wird die These von der Eigenständigkeit des

---

<sup>90</sup> Zu dieser Definition von Sonderprivatrecht vgl. Martens, JuS 1987, S. 337 ff. (338).

<sup>91</sup> Staudinger-Richardi, Vorb. zu §§ 611 ff., Rn. 115 ff.; ausführlicher in der 12. Aufl., Rn. 115 ff.; ders., ZfA 1974, S. 3 ff.; Preis, AuR 1994, S. 139 ff. (142); ders., Grundfragen, S. 223 f.; Mayer-Maly, JZ 1961, S. 205 ff.

Arbeitsrechts gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht entgegengehalten:

Nach der Auffassung *Gamillschegs*<sup>92</sup> hat sich das Arbeitsrecht in der Praxis so weit gegenüber dem BGB verselbständigt (unter anderem auch und gerade in dem hier interessierenden Bereich der Willensmängel), dass von einem Über-Unterordnungsverhältnis von Zivil- und Arbeitsrecht nicht mehr gesprochen werden könne. Das Arbeitsrecht gehöre dem Privatrecht zwar an, dies jedoch nur in Abgrenzung zum öffentlichen Recht.<sup>93</sup> Der Versuch, arbeitsrechtliche Problemlagen mit dem „dogmatischen Rüstzeug des BGB“<sup>94</sup> zu meistern, sei „im Grunde Spiegelfechtereie“<sup>95</sup>. Das Arbeitsrecht sei vielmehr „ein eigenes Gebiet mit eigenen Normen, eigenen Grundsätzen, eigenen Auslegungsregeln geworden ...“<sup>96</sup>. Die Anwendung zivilrechtlicher Normen im Arbeitsrecht hält *Gamillscheg* zwar nicht für ausgeschlossen, ihr müsse aber die Prüfung vorangehen, ob das mit der jeweiligen Norm zu erzielende Ergebnis „mit unseren heutigen sozialstaatlichen Vorstellungen vereinbar ist“<sup>97</sup>.

Noch einen Schritt weiter gehen *Schnorr von Carolfeld*<sup>98</sup> und - ihm folgend - *G. Müller*<sup>99</sup>: Arbeitsrecht sei weder ein Teil des Privatrechts noch des öffentlichen Rechts, sondern ein eigenständiges drittes Rechtsgebiet - *G. Müller* spricht von einem „eigenen

---

<sup>92</sup> AcP 176 (1976), S. 197 ff.; FS Schmitz, S. 68 ff.; FS Molitor, S. 57 ff.

<sup>93</sup> Gamillscheg, AcP 176 (1976), S. 197 ff. (198).

<sup>94</sup> Gamillscheg, FS Molitor, S. 57 ff. (78).

<sup>95</sup> Gamillscheg, FS Molitor, S. 57 ff. (78).

<sup>96</sup> Gamillscheg, FS Molitor, S. 57 ff. (78).

<sup>97</sup> Gamillscheg, AcP 176 (1976), S. 197 ff. (202); ders., FS Molitor, S. 57 ff. (79); ders., FS Schmitz, S. 68 ff. (71). Ähnlich LG Stuttgart AP Nr. 2 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers: „... mit der Anerkennung des Arbeitsverhältnisses als eines besonderen Rechtsinstituts können die Vorschriften des BGB nicht mehr unmittelbar angewendet werden, sondern es bedarf in jedem Falle einer Prüfung, ob seine Rechtsnatur deren Anwendung zulässt oder nicht“ und auch ein Vorschlag der Arbeitsgesetzbuchkommission: „Auf das Arbeitsverhältnis finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Dienstverhältnis (§§ 611 - 630) keine Anwendung. Im Übrigen finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Gesetz oder *aus der Eigenart des Arbeitsverhältnisses etwas anderes ergibt.*“ [zitiert nach Staudinger-Richardi, vor §§ 611 ff., Rn. 115 (Hervorhebung der Verfasserin)].

<sup>98</sup> RdA 1964, S. 297 ff.

Großrechtskreis“<sup>100</sup>. Dementsprechend sei das Arbeitsrecht nur den allgemeinen Grundgedanken der Rechtsordnung und der „Gerechtigkeit überhaupt“<sup>101</sup> verpflichtet.<sup>102</sup> Die Grundsätze der Privatrechtsordnung seien nur dann anzuwenden, wenn sie im Arbeitsrecht (zufällig<sup>103</sup>) „brauchbar“ erscheinen.<sup>104</sup>

*Gamillscheg* begründet seine Auffassung im Kern wie folgt: Die Regeln des BGB seien mit Blick auf den Kaufvertrag als Prototyp des gleichgewichtigen Vertrages geschaffen worden. Da der Arbeitsvertrag dagegen typischerweise ungleichgewichtig sei, führe die Anwendung der Normen des BGB auf arbeitsrechtliche Fallgestaltungen zu nicht sozialverträglichen Ergebnissen.<sup>105</sup>

Schon die bloße, undifferenzierte Behauptung *Gamillschegs*, Arbeitsverträge seien typischerweise ungleichgewichtig, überzeugt nicht.<sup>106</sup> Aber auch wenn man die Richtigkeit der These vom generellen Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Arbeitsvertragsparteien einmal unterstellt, erscheint die Argumentation *Gamillschegs* - jedenfalls heute - nicht (mehr) stichhaltig: Weder kann behauptet werden, beim Abschluss von Kaufverträgen herrsche typischerweise tatsächliche Vertragsparität, noch, dass die Zivilrechtsdogmatik das Problem realer Verhandlungsungleichgewichte und ihrer Auswirkungen auf die Privatautonomie nicht erkennen und zu lösen versuchen würde. Im Gegenteil ist die Klärung der mit dieser Problematik zusammenhängenden Fragen in

---

<sup>99</sup> RdA 1966, S. 289 ff.

<sup>100</sup> G. Müller, RdA 1966, S. 289 ff. (294).

<sup>101</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (297); i. E. ebenso G. Müller, RdA 1966, S. 289 ff. (294).

<sup>102</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (301 f., 297).

<sup>103</sup> In demselben Zusammenhang werden auch die Normen des Öffentlichen Rechts genannt, vgl. Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (297), letztlich ist also in der Sache wohl nichts anderes gemeint, als dass die Normen des Privatrechts und des Öffentlichen Rechts im Arbeitsrecht anzuwenden sind, wenn und soweit sie - zufällig - Ausdruck allgemeiner Grundsätze bzw. Gerechtigkeitsgedanken sind, die nach dieser Ansicht auch für das Arbeitsrecht gelten.

<sup>104</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (303). Für die Anerkennung des Arbeitsrechts als eigenständiges Rechtsgebiet, jedenfalls im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts, wohl auch Däubler, NZA 1988, S. 857 ff. (862 ff.).

<sup>105</sup> Gamillscheg, AcP 176 (1976), S. 197 ff. (205).

<sup>106</sup> Ablehnend bspw. Zöllner, AcP 176 (1976), S. 221 ff. (insb. 236 ff.); ders., AcP 196 (1996), S. 1 ff. (19 f.); Richardi, JZ 1978, S. 485 ff. (486). Im Einzelnen

den letzten Jahren und bis heute ein erklärtes Hauptziel der zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung. Es handelt sich um ein Problem, das sich im Vertragsrecht insgesamt stellt.<sup>107</sup> Daher überzeugt die Argumentation *Gamillschegs* für die Erforderlichkeit der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts jedenfalls heute nicht mehr.<sup>108</sup> Die Problematik einer (eventuellen) Imparität zwischen den Arbeitsvertragsparteien kann durchaus mit Hilfe der - modernen - Zivilrechtsdogmatik gelöst werden.

Neben dem Umstand, dass es *Gamillscheg* nach dem Dargelegten schon nicht gelingt, die Notwendigkeit der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts zu begründen, sprechen gegen seine Ansicht auch noch folgende Überlegungen: Wer wie *Gamillscheg* die Übernahme der Prinzipien und Wertungen aus dem allgemeinen Zivilrecht in das Arbeitsrecht ablehnt, kommt nicht umhin, eigenständige - arbeitsrechtliche - Strukturprinzipien zu erarbeiten. Die Entwicklung solcher spezifisch arbeitsrechtlichen Prinzipien soll nach der Vorstellung *Gamillschegs* der Rechtsprechung obliegen.<sup>109</sup> Das mag zwar gelingen und auch teilweise schon gelungen sein. Zweifelhaft erscheint aber, ob ein derartiges Verständnis des Richterrechts noch mit dem Prinzip der Gewaltenteilung in Einklang steht.<sup>110</sup> Es besteht zudem die Gefahr, dass das Vorver-

---

zu dieser Frage im 3. Kapitel unter B.

<sup>107</sup> Vgl. nur die „klassischen“ Entscheidungen BVerfG NJW 1990, S. 1469 ff. (sog. Handelsvertreter-Entscheidung) sowie NJW 1994, S. 36 ff. (sog. Bürgerschafts-Entscheidung). Aus den unzähligen Stellungnahmen in der Literatur zu dem Problem des „richtigen“ Verständnisses von Vertragsfreiheit bzw. - in der Sache identisch - zur Frage nach der Berücksichtigung von Ungleichgewichtslagen vgl. bspw. Preis, Grundfragen, S. 216 ff.; ders., AuR 1994, S. 139 ff.; Martens, JuS 1987, S. 338 ff. (343 f.); Richardi, ZfA 1974, 3 ff. (23 ff.); Limbach, JuS 1985, S. 10 ff.; Medicus, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht; Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität; ders., JuS 1990, S. 953 ff.; Dieterich, RdA 1995, S. 129 ff.; Riesenfeld, Festvortrag in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, S. 9 ff.; Lieb, DNotZ 1989, S. 274 ff.; Schumacher, Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung; Dauner-Lieb, Verbraucherschutz; Zöllner, AcP 188 (1988), S. 85 ff.; ders., AcP 196 (1996), S. 1 ff.; Westermann, AcP 178 (1978), S. 150 ff.; Derleder, KJ 1995, S. 320 ff. - Die Auswahl bleibt angesichts der unübersehbaren Fülle notgedrungen willkürlich.

<sup>108</sup> So auch Bydlinski, Methodenlehre, S. 589, wenn er kritisiert, *Gamillscheg* versäume es, die Konkretisierung und Weiterbildung des BGB in seine Betrachtungen mit einzubeziehen; ferner Preis, AuR 1994, S. 139 ff. (142); ders., Grundfragen, S. 224.

<sup>109</sup> *Gamillscheg*, FS Schmitz, S. 68 ff. (72 ff., insb. 78 f.).

<sup>110</sup> Ablehnend Staudinger-Richardi, vor §§ 611 ff., Rn. 123.

ständnis, das zu diesen Prinzipien führt, selbst völlig unkontrolliert bleibt, so dass auf diesem Wege „verdeckt“ Wertvorstellungen Eingang in das Recht finden und akzeptiert werden, die innerhalb der Privatrechtsordnung im übrigen nicht anerkannt sind.<sup>111</sup> In der Sache dieselben Bedenken formuliert *Bydlinski* aus methodischer Sicht: „Welche methodischen Verfahren der Rechtsgewinnung an welchen Rechtsregeln aber bei Ausschaltung der gesetzlichen Grundlagen geübt werden könnten und sollten, wird gerade nicht zureichend deutlich gemacht ... Die beschriebene Position [Gamillschegs] muss daher praktisch zu einem methodologisch abzulehnenden Rechtsprechungspositivismus tendieren, da es ihr nach Eliminierung des Gesetzes an zureichenden Grundlagen für eine Kritik an der Rechtsprechung mangelt.“<sup>112</sup> Die Argumentation *Gamillschegs* zur Begründung der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts überzeugt nach alledem nicht.

*Schnorr von Carolsfeld* versucht nachzuweisen, dass sich die Rechtsfindung im Arbeitsrecht insgesamt so stark von der im Rahmen des Privatrechtsfalles unterscheidet, dass sich das Arbeitsrecht als eigenes Rechtsgebiet im bereits beschriebenen Sinne darstelle: Bei der Falllösung im Privatrecht würden üblicherweise (nahezu) ausschließlich die privaten Interessen beachtet und versucht, einen Ausgleich zwischen ihnen zu erzielen, manchmal unter - aber nur schwacher - Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit.<sup>113</sup> Der Ausgleich der privaten Interessen sei dagegen bei der Lösung arbeitsrechtlicher Problemlagen nur eine Komponente unter vielen. Daneben seien dort beispielsweise „die Gesellschaft“<sup>114</sup> zu beachten, ferner „die Wirtschaft“<sup>115</sup>, der „Schutz der Einzelpersonlichkeit“<sup>116</sup> und „der Staat“<sup>117</sup>. Unter das Stichwort „Gesellschaft“ soll unter anderem auch die Beachtung

---

<sup>111</sup> So auch Richardi, ZfA 1974, S. 3 ff. (18 ff., insb. 21 u. 23).

<sup>112</sup> Bydlinski, Methodenlehre, S. 598.

<sup>113</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (298).

<sup>114</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (298).

<sup>115</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (300).

<sup>116</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (299).

<sup>117</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (300).

realer Verhandlungsungleichgewichte fallen.<sup>118</sup> Es wurde bereits dargelegt, dass diese Problematik keine spezifisch arbeitsrechtliche ist und dass sie in der zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung auch durchaus erkannt wird. Damit ist zugleich zumindest die Behauptung *Schnorr von Carolsfelds* widerlegt, „die Gesellschaft“ finde bei der Lösung zivilrechtlicher Probleme keine Beachtung.

Ferner drängt sich die Frage auf, warum gerade die von *Schnorr von Carolsfeld* genannten Komponenten bei der Lösung arbeitsrechtlicher Fälle zu beachten sein sollten. Eine Begründung hierfür bleibt *Schnorr von Carolsfeld* schuldig, so dass seine Auffassung letztlich auf bloßen Behauptungen beruht. Als Begründung nicht ausreichen kann jedenfalls, dass die Beurteilung arbeitsrechtlicher Fälle in der Praxis (möglicherweise) tatsächlich unter Beachtung dieser Komponenten erfolgt<sup>119</sup>, was der Autor im Übrigen auch gar nicht nachweist. Hierin läge ein methodisch unzulässiger Schluss von Sein auf Sollen. Denn auch die Rechtsprechung ist selbstverständlich bei der Entwicklung von für die Falllösung beachtlichen Gesichtspunkten nicht frei. Diese bedürfen vielmehr ihrerseits einer dogmatischen Herleitung<sup>120</sup>, um zu überzeugen.<sup>121</sup>

Nach alledem sind keine stichhaltigen Gründe für eine Loslösung des Arbeitsrechts<sup>122</sup> aus dem System des allgemeinen Zivilrechts ersichtlich.<sup>123</sup> Gegen die Behandlung des Arbeitsrechts als ein

---

<sup>118</sup> Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. (298).

<sup>119</sup> So Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, S. 297 ff. für einige seiner Komponenten, vgl. z. B. S. 299 für die Komponenten „gerechter Lohn“ und „Pflichten gegenüber der Gesellschaft“.

<sup>120</sup> Für die sich - lehnt man die Geltung der Zivilrechtsdogmatik ab - allerdings nur noch Verfassungsrechtssätze, allgemeine Gerechtigkeitsgedanken u. ä. anbieten, dazu auch Mayer-Maly, JZ 1961, S. 205 ff. (209).

<sup>121</sup> Die vorstehenden Kritikpunkte treffen in gleicher Weise auf die Ausführungen von G. Müller, RdA 1966, S. 289 ff. zu, der die Ansicht Schnorr von Carolsfelds übernimmt, ohne eigene Argumente zu entwickeln.

<sup>122</sup> Das gilt jedenfalls für das im Rahmen der vorliegenden Arbeit ausschließlich interessierende Individualarbeitsrecht.

<sup>123</sup> Im Ergebnis ebenso Mayer-Maly, JZ 1961, S. 205 ff. (insb. 208); Richardi, ZfA 1974, S. 3 ff.; ders. in Staudinger, vor §§ 611 ff., Rn. 115 ff.; Preis, Grund-

gegenüber dem Privatrecht eigenständiges Rechtsgebiet spricht schließlich der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung.<sup>124</sup> Durch die Einbettung des Arbeitsrechts in die allgemeine Zivilrechtsdogmatik werden die Klarheit und Sicherheit der Rechtsanwendung gefördert<sup>125</sup> und Wertungswidersprüche, die Rechtsunsicherheit und Ungerechtigkeiten provozieren<sup>126</sup>, vermieden.

Im Ergebnis bleibt deshalb festzuhalten: Mangels hinreichender Gründe für eine vollständige Loslösung des Arbeitsrechts von der allgemeinen Privatrechtsdogmatik und angesichts der geschilderten übrigen Bedenken ist davon auszugehen, dass für das Arbeitsrecht trotz seiner Besonderheiten das allgemeine Zivilrecht Ausgangspunkt der Rechtsgewinnung ist. Das bedeutet keineswegs, dass arbeitsrechtliche Besonderheiten keine Berücksichtigung finden könnten. Die Entwicklung von Sonderregelungen muss aber aus den genannten Gründen vor dem Hintergrund der zivilrechtlichen „Normalregelungen“ erfolgen.<sup>127</sup>

## **B. Informationserhebung im System des allgemeinen Zivilrechts**

Im allgemeinen Zivilrecht finden sich weder eine ausdrückliche Begrenzung der Informationserhebung durch die Befragung des Verhandlungsgegners noch eine allgemeine Regelung zur Bestimmung von Offenbarungspflichten.

---

fragen, S. 216 ff. (insb. 223 ff.); ders., AuR 1994, S. 139 ff. (142); Reuter, FS Hilger & Stumpf, S. 573 ff.; Martens, JuS 1987, S. 338 ff.

<sup>124</sup> Dazu ausführlich auch Reuter, FS Hilger & Stumpf, S. 573 ff. (587 ff); vgl. auch Trinkner/ Wolfer, BB 1986, S. 4 ff. (5).

<sup>125</sup> Mayer-Maly, JZ 1961, S. 205 ff. (208 f).

<sup>126</sup> Dazu Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 98 f. Auf diese Gefahr weisen auch Preis, Grundfragen, S. 216 und Martens, JuS 1987, S. 338 ff. (339) sowie Trinkner/ Wolfer, BB 1986, S. 4 ff. (5) hin.

<sup>127</sup> So auch Reuter, FS Hilger & Stumpf, S. 573 ff. (593): „Das Sonderrecht des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers muss an eine entsprechende *Sondersituation* anknüpfen.“ Der Ansicht Reuters, der Ansatz Gamillschegs unterscheidet sich hiervon nur verbal, nicht aber „in der Sache“ (vgl. S. 593, Fn. 102), kann dagegen nicht gefolgt werden. Gerade bei der Entwicklung (neuer) ungeschriebener Rechtspflichten wirkt er sich durchaus aus. Im *Ergebnis* allerdings mögen die Unterschiede in der Tat gering sein.

Die Informationserhebungsfreiheit ist Teil der grundgesetzlich geschützten Privatautonomie.<sup>128</sup> Der Aspekt der Befragung des Verhandlungsgegners erfährt darüber hinaus einfachgesetzlichen Schutz insbesondere durch § 123 Abs. 1 BGB, aus dem sich zugleich der Umfang des Schutzes ergibt: Die Vorschrift sanktioniert die arglistige Willensbeeinflussung durch den Verhandlungsgegnern, also auch die arglistige Falschbeantwortung von Fragen des Gegenübers. Dieser Schutz des getäuschten Vertragspartners ist - wie sich § 123 Abs. 1 BGB mittelbar entnehmen lässt - umfassend: Zur Anfechtung berechtigt jede arglistige Täuschung, die *nach der subjektiven Beurteilung des Getäuschten* für dessen Willensbildung kausal war.<sup>129</sup> Anders als bei § 119 Abs. 2 BGB kommt es für die rechtliche Relevanz des Irrtums ausschließlich auf die subjektive Sicht des Getäuschten an. Das muss notwendigerweise auch für die Informationserhebung gelten. Denn solange die Willensbildung von beliebigen Umständen abhängig gemacht werden kann, muss auch die Beschaffung der für sie erforderlichen Informationsgrundlage jedenfalls grundsätzlich<sup>130</sup> rechtlich zulässig sein.

Auch aus der für § 123 Abs. 1 BGB geltenden Beweislastverteilung, wonach der Anfechtende sowohl für den Nachweis der Arglist als auch der Kausalität von Täuschung und Willensbildung verantwortlich ist, ergibt sich nichts Gegenteiliges: Zwar mag der Anfechtende in Beweisnot geraten, wenn er die Kausalität von Täuschung und Willensbildung nachzuweisen versucht.<sup>131</sup> Das gilt namentlich in den Fällen, in denen die behauptete Kausalität rein subjektiv ist, also vom Standpunkt eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Dritten nicht nachvollziehbar erscheint. So wird beispielsweise derjenige, der sein gebrauchtes Fahrrad nur an ei-

---

<sup>128</sup> MünchArb-Buchner, § 41, Rn. 9 f.; v. Koppenfels-Spies, AuR 2004, S. 43 ff. (43). Zur historischen Entwicklung der Vertragsfreiheit vgl. Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 13 ff.

<sup>129</sup> Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 235; Palandt-Heinrichs, § 123, Rn. 24; MünchKomm-Kramer, § 123, Rn. 9; Erman-Palm, § 123, Rn. 24; Soergel-Hefermehl, § 123, Rn. 23.

<sup>130</sup> Zu den Ausnahmen sogleich im 3. Kapitel.

nen passionierten Angler veräußern will und vom Käufer auf eine entsprechende Frage hin getäuscht wird, möglicherweise Schwierigkeiten haben, die Bedeutsamkeit dieses Umstandes für seine Willensbildung zu beweisen. Man könnte deshalb meinen, die Beweislastverteilung führe faktisch zu einer Einschränkung der Informationserhebungsfreiheit, da die Freiheit ohne effektiven Schutz wertlos und jedenfalls faktisch inexistent ist. Indes ist zu bedenken, dass die Entscheidung über die Beweislastverteilung ein ganz anderes Ziel verfolgt. Sie hält sich vorliegend auch im Rahmen der allgemeinen Regeln, indem sie vorsieht, dass jeder die Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Rechts zu beweisen hat.<sup>132</sup>

Nach alledem gibt es bei der Informationserhebung durch Befragung des Verhandlungsgegners jedenfalls keine im Informationserhebungsrecht selbst angelegten Grenzen. Wer eine Information nicht preisgeben will, hat (nur) die Möglichkeit, die Antwort zu verweigern<sup>133</sup>, eine Lüge zieht hingegen - wenn sie für die Willensbildung kausal geworden ist - die Möglichkeit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach sich.

Eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB kann aber auch im Verschweigen eines Umstandes liegen. Davon ging bereits der historische Gesetzgeber aus: „... inwieweit eine

---

<sup>131</sup> So auch Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, § 123 BGB, Rn. 8.

<sup>132</sup> Eine abweichende Beweislastverteilung im Rahmen des § 123 Abs. 1 BGB wäre auch kaum sinnvoll, würde sie doch den Anfechtungsgegner vor das Problem stellen, eine negative Tatsache nämlich die fehlende Kausalität, beweisen zu müssen. Zudem kann den Beweisproblemen durch eine Absenkung des Beweismaßes begegnet werden: Die Möglichkeit des Anscheinsbeweises wird dem Anfechtenden bei § 123 Abs. 1 BGB zwar nur zugestanden, soweit Erfahrungssätze vorliegen, „kraft derer typischerweise auf eine bestimmte subjektive Willensentscheidung geschlossen werden kann“, vgl. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, § 123 BGB, Rn. 10. Man wird aber nicht umhinkönnen, auch in anderen Fällen der Tatsache, dass ein Umstand in den Vertragsverhandlungen überhaupt erfragt wurde, je nach den Umständen des Einzelfalles eine Indizwirkung zuzugestehen.

<sup>133</sup> Erman<sup>9</sup>-Ehmann, Anh. zu § 12, Rn. 353 spricht anschaulich von dem „Grundsatz: Wahrheit oder Schweigen“, der in § 123 BGB, der die Pflicht zur Wahrhaftigkeit im Rechtsverkehr statuiert, verrechtlicht sei; ebenso Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 136 f. Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 254 bezeichnet die Pflicht zur Wahrhaftigkeit als „Grundpflicht“ jedes Vertragspartners. Zur Antwortverweigerung in diesem Zusammenhang auch Mankowski,

Rechtspflicht besteht, dem anderen Theile Umstände mitzuteilen, von denen vorauszusetzen ist, dass sie auf seine Entscheidung von Einfluss sein würden, entzieht sich der gesetzlichen Lösung.“<sup>134</sup> Eine gesetzliche Lösung gibt es bis heute nicht.<sup>135</sup>

Die Frage nach Voraussetzungen und Umfang von Offenbarungspflichten hängt unmittelbar mit der nach der Verteilung der Informationslast zusammen. Offenbarungspflichten stellen sicher, dass der Verhandlungsgegner eine für seine Entscheidung relevante Information durch Mitteilung der anderen Seite erlangt. Sie setzen mithin voraus, dass der Offenbarungspflichtige insoweit für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Entscheidungsgrundlage seines Gegenübers verantwortlich ist. Es handelt sich also um Fallgestaltungen, bei denen Informationslast und Informationsinteresse auseinander fallen. Anders liegt es, wenn keine Offenbarungspflicht besteht. Dann muss der Informationsinteressierte selbst dafür sorgen, dass ihm die für seine Entscheidung (subjektiv) benötigten Informationen zur Verfügung stehen, er trägt die Informationslast also selbst. Die Entscheidung über das Bestehen einer Informationspflicht ist demzufolge unmittelbar von der Verteilung der Informationslast abhängig.

Auch die Verteilung der Informationslast lässt sich dem geschriebenen Recht allein nicht entnehmen. Die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Vorschriften - § 119 Abs. 2 i. V. m. § 122 Abs. 1 BGB auf der einen und § 123 Abs. 1 BGB auf der anderen Seite - zeichnen kein vollständiges, abschließendes Bild: Aus § 119 Abs. 2 i. V. m. § 122 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass derjenige, der einem verkehrswesentlichen Eigenschaftsirrtum unterliegt, sich vom Vertrag zwar lösen darf, für seinen Irrtum aber insofern verantwortlich ist, als er seinem Vertragspartner den diesem durch

---

JZ 2004, S. 121 ff. (124).

<sup>134</sup> Mugdan, Materialien Bd. I, S. 467. Ausführlich zu den historischen Grundlagen Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 245 ff.

<sup>135</sup> Eine solche wäre wegen der Vielgestaltigkeit der zu erfassenden Fälle wohl auch nicht möglich, es sei denn, man begnügt sich mit ganz allgemeinen Wertungen, die dann aber keinen über den Grundsatz von Treu und Glauben hi-

die Anfechtung des Vertrages eventuell entstehenden Schaden ersetzen muss. Daraus ergibt sich im Rückschluss, dass der Irrende selbst für die richtige Information über die Eigenschaften von Vertragsgegenstand und -partner verantwortlich ist. Dass er sich dennoch vom Vertrag lösen darf, beruht auf anderen Erwägungen.<sup>136</sup>

Beruht ein Irrtum dagegen auf einer arglistigen Täuschung durch den Verhandlungsgegner, so kann sich der Irrende ohne Schadensersatzpflicht vom Vertrag lösen.<sup>137</sup> Er kann gegebenenfalls sogar selbst Schadensersatzansprüche geltend machen, sofern die weiteren Voraussetzungen der Anspruchsnormen - zu denken wäre hier beispielsweise an § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB - erfüllt sind. Dass die arglistige Täuschung auch im Verschweigen eines Umstandes liegen kann, belegt die oben zitierte Passage aus den Motiven zum BGB und ist heute allgemein anerkannt. In diesen Fällen liegt die Informationsverantwortlichkeit nicht beim Irrenden, sondern bei seinem Verhandlungsgegner.<sup>138</sup>

In welchen Fällen die Informationsverantwortlichkeit nun aber beim Verhandlungsgegner liegt und in welchen beim Irrenden selbst, lässt das Gesetz offen: § 123 Abs. 1 BGB gibt keinen Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen das Verschweigen von Umständen als arglistige Täuschung zu qualifizieren ist.

---

nausgehenden Gewinn an Rechtssicherheit brächte.

<sup>136</sup> § 119 Abs. 2 BGB wird vielfach für missglückt gehalten. Es besteht auch keine Einigkeit über die „richtige“ Interpretation dieser Norm, vgl. nur die unterschiedlichen Ansätze von Larenz, BGB AT, S. 377 ff. auf der einen und Flume, BGB AT II, S. 472 ff. auf der anderen Seite. Einigkeit besteht aber immerhin über den hier interessierenden Punkt, dass der Grund für die Auflösungsmöglichkeit des Vertrages gemäß § 119 Abs. 2 BGB nicht darin liegt, dass der Erklärungsgegner das Informationsrisiko trägt.

<sup>137</sup> Zu weiteren Aspekten des Zusammenspiels von § 119 Abs. 2 und § 123 Abs. 1 BGB Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 236 f.

<sup>138</sup> Anders in den Fällen der arglistigen Täuschung durch aktives Tun. Hier bleibt es dabei, dass Informationslast und Informationsinteresse beim Verhandlungsgegner liegen. Grund für die nicht schadensersatzpflichtige Anfechtbarkeit ist hier, dass infolge eines Verschuldens - der arglistigen Täuschung - des Gegenübers eine fehlerfreie Willensbildung nicht möglich war. Er wird zwar nicht von vornherein für die Richtigkeit der Willensbildung verantwortlich gemacht - das zeigt sich darin, dass er die Beantwortung der Frage verweigern darf -, die gezielte Beeinflussung der Willensbildung wird jedoch sanktioniert. Dazu noch ausführlicher im 3. Kapitel unter A.

Die Feststellung der Informationsverantwortlichkeit des Verhandlungsgegners geht der Anwendung dieses Tatbestandes voraus.<sup>139</sup> § 123 Abs. 1 BGB lässt sich lediglich entnehmen, dass die Informationslast beim Gegner liegen *kann*, aus § 119 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass sie ebenso gut den Informationsinteressierten selbst treffen kann. Diese Leerstelle<sup>140</sup> verhindert eine abschließende Aussage über die Verteilung der Informationsverantwortlichkeit allein unter Berücksichtigung des geschriebenen Rechts. Zur weiteren Klärung soll deshalb das den geschriebenen Regeln zugrunde liegende Vertragsmodell in die Betrachtung mit einbezogen werden:

*Das Vertragsmodell sucht man indes heute vergebens. Immerhin lässt sich aber feststellen, dass nahezu alle heute vertretenen Ansichten auf das formale Vertragsmodell, das der historische Gesetzgeber der Kodifikation des BGB zugrunde legte<sup>141</sup>, aufbauen<sup>142</sup>: Das formale Vertragsmodell dient als Grundlage, seine Ergebnisse werden für den „Normalfall“ akzeptiert und (nur) unter bestimmten Voraussetzungen werden abweichende Lösungen vertreten, wobei es - vereinfacht formuliert<sup>143</sup> - bei diesen Abweichungen im Wesentlichen um die Beachtung realer Verhandlungsgleichgewichte geht, die im formalen Vertragsmodell keinen Ort hat.*

Dieses Verhältnis des formalen Vertragsmodells zu den aktuell vertretenen Ansichten führt dazu, dass zunächst die Informationslastverteilung und damit der Umfang von Offenbarungspflichten

---

<sup>139</sup> Vgl. auch Breidenbach, Informationspflichten, S. 5.

<sup>140</sup> Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 34, spricht von einer „Regelungslücke zwischen § 119 Abs. 2 BGB und § 123 BGB“.

<sup>141</sup> Umfassend zur historischen und philosophischen Entwicklung Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, § 2 (S. 19 - 81).

<sup>142</sup> Abweichend einzig Zweigert (FS Rheinstein, S. 493 ff.), der einen Ansatz vertritt, der nicht einmal mehr der Form nach auf dem historischen Vertragsmodell aufbaut, sondern dieses ersetzt: Seiner Ansicht nach muss Vertragsgerechtigkeit statt Vertragsfreiheit zum normativen Ziel des Vertragsgeschehens erklärt werden. Allerdings räumt er selbst ein, Verfahren und Kriterien zur Verwirklichung von Vertragsgerechtigkeit seien noch zu entwickeln. Das ist bis heute aber nicht geschehen.

<sup>143</sup> Zu den Einzelheiten vgl. im 3. Kapitel unter B sowie im 4. Kapitel unter D.

unter der Prämisse des formalen Vertragsmodells zu untersuchen und die gefundene Lösung anschließend daraufhin zu prüfen ist, ob sie unter Berücksichtigung der modernen Vertragslehren zu modifizieren ist.

Dem formalen Vertragsmodell liegt das Sozialmodell eines aufgeklärten, mündigen, zur selbstverantwortlichen Wahrnehmung seiner Angelegenheiten fähigen Bürgers zugrunde. Seine Grundaxiome sind formale Gleichheit und nahezu - Ausnahmen finden sich lediglich in den §§ 134, 138 BGB - unbegrenzte Vertragsfreiheit.<sup>144</sup> Der historische Gesetzgeber ging mit der seinerzeit vorherrschenden wirtschaftsliberalistischen Lehre davon aus, dass optimale Bedarfsbefriedigung am besten durch weitestgehende Regelungsabstinz des Staates zu erreichen sei.<sup>145,146</sup> Der Markt biete ein hinreichendes Instrument zur (Selbst-)Kontrolle.<sup>147</sup> Folgerichtig wird der vertragliche Interessenausgleich dem freien Spiel der Kräfte auf dem Markt überlassen. Aus diesen Prämissen ist für den vorvertraglichen Informationsaustausch zu folgern: Der mündige, verantwortungsbewusste Bürger ist schon per definitionem in der Lage, seine Interessen - und zu denen gehören auch die Informationsinteressen - selbst wahrzunehmen. Anderenfalls würde die Idee des „freien Spiels der Kräfte auf dem Markt“ ad absurdum geführt: Wenn der einzelne - in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB - versuchen darf, seine Angelegenheiten zu seinem eigenen Vorteil zu regeln, kann er jedenfalls nicht regelmäßig

---

<sup>144</sup> Vgl. z. B. Wieacker, Industriegesellschaft, S. 16; Limbach, JuS 1985, S. 10 ff. (11); Hönn, JuS 1990, S. 953 ff. (954); Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, 1. Teilbd., S. 3 f.; Zöllner, AcP 188 (1988), S. 85 ff. (insb. 94 ff.). Dieses Leitbild geht auf die Rechtslehre Kants zurück, dazu Hönn, Kompensation, S. 5 ff.; Raiser, JZ 1958, S. 1 ff. (2); Kramer, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, S. 23 f.; Eike Schmidt, JZ 1980, S. 153 ff.

<sup>145</sup> In der Sache ebenso diejenigen, die sich heute möglichst wenig weit von den Grundsätzen des formalen Vertragsverständnisses entfernen wollen, vgl. z. B. Reuter, AcP 189 (1989), S. 199 ff. (insb. 201 ff.).

<sup>146</sup> Eike Schmidt spricht recht anschaulich von einer „gesellschaftsemanzipatorisch gemeinten hoheitlichen Distanz“, vgl. Esser-Schmidt, Schuldrecht AT, 1. Teilbd., S. 8 oben. Zu diesem Zusammenhang vgl. ferner bspw. Limbach, JuS 1985, S. 10 ff.; Köndgen, Selbstbindung, S. 119 f.; Raiser, JZ 1958, S. 1 ff.; MünchKomm-Kramer, vor § 145, Rn. 2 ff.

<sup>147</sup> Dazu im Einzelnen z. B. Limbach, JuS 1985, S. 10 ff.; Hönn, Kompensation, S. 5 ff. Vgl. auch die Nachweise in Fn. 144.

zugleich verpflichtet sein, für die Vollständigkeit der Informationsgrundlage seines Verhandlungsgegners zu sorgen. Grundsätzlich trägt somit jeder selbst die Verantwortung dafür, sich die für seine Vertragsschlussentscheidung (subjektiv) erforderlichen Informationen zu beschaffen. Informationsinteresse und Informationslast laufen also in der Regel parallel.<sup>148</sup>

Dass von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen sind, wurde bereits dargelegt. Die vorstehenden Ausführungen machen aber deutlich, dass es sich bei Offenbarungspflichten um begründungsbedürftige Ausnahmen handelt. Dass dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis im formalen Vertragsmodell notwendig angelegt ist, zeigt auch die folgende Überlegung: Der dem freien Spiel der Kräfte überlassene Interessenaustausch ermöglicht es ohne weiteres, eine Vertragsschlussentscheidung ausschließlich von subjektiven, objektiv unvernünftigen und nicht nachvollziehbaren Umständen abhängig zu machen. Wenn die Festlegung der für die Entscheidung maßgeblichen Interessen aber im Belieben der jeweiligen Partei liegt, erscheint es unangemessen und sogar unsinnig, den Verhandlungsgegner für die Vollständigkeit und Richtigkeit dieser Entscheidungsgrundlage verantwortlich zu machen. Denn je weniger die (subjektiv) entscheidungserheblichen Umstände bei objektiver Betrachtung nachvollziehbar sind, desto geringer sind die Chancen des Verhandlungsgegners, den Informationsbedarf auch nur zu erkennen.

Ob und gegebenenfalls inwieweit die modernen Vertragslehren im vorliegenden Zusammenhang Einfluss auf die Statuierung von Offenbarungspflichten haben, ist aus den dargelegten Gründen gesondert zu untersuchen. Im Ergebnis wird das soeben vorgestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis aber - soweit ersichtlich - auch heutzutage nicht grundsätzlich angezweifelt; die verschiedenen heute

---

<sup>148</sup> So im Ergebnis bspw. auch Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 33; Staudinger-Richardi, § 611, Rn. 109; Boemke, AR-Blattei SD Auskunftspflicht (320), Rn. 26; Hümmerich, NZA 2002, S. 1305 ff. (1305).

vertretenen Vertragstheorien wirken sich vielmehr nur hinsichtlich des Umfangs und der Gestaltung der Ausnahmen aus.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Auch den geschriebenen Regeln des Zivilrechts und dem diesem zugrunde liegenden Vertragsmodell lässt sich die Verteilung der Informationslast in ihren Einzelheiten nicht ohne weiteres entnehmen. Den Grundsätzen des formalen Vertragsmodells lässt sich aber (generell) ablesen, dass im Regelfall Informationsinteresse und Informationslast zusammenfallen, Offenbarungspflichten also begründungsbedürftige Ausnahmen sind.

Die Entwicklung der Voraussetzungen für das ausnahmsweise Bestehen von Offenbarungspflichten ist Rechtsprechung und Lehre überlassen. Sie sind dabei jedoch nicht etwa völlig frei. Vielmehr ist darauf zu achten, dass sich die entwickelten Offenbarungspflichten in das vorhandene Regelungssystem einfügen. Das vorgegebene Rechte- und Pflichtensystem darf durch die Statuierung systemfremder Offenbarungspflichten nicht „verdeckt“ verschoben werden.

Daraus kann für das weitere Vorgehen in methodischer Hinsicht geschlossen werden: Zur Lösung der jeweiligen Problemfälle sind im Gesetz und in den allgemeinen Lehren enthaltene Wertungen aufzufinden und auf die Frage nach der Informationslastverteilung zu übertragen. Die Frage nach der Beachtung möglicher Ungleichgewichtslagen ist dabei gesondert zu behandeln.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Dazu im 3. Kapitel unter B sowie im 4. Kapitel unter D.

### 3. Kapitel: Einschränkung der Informationserhebungsmöglichkeiten

Die Lösungskonzepte von Rechtsprechung und Literatur, die eine umfassende Begrenzung der arbeitgeberseitigen Informationserhebung aus nur einem Rechtsgrund zu begründen versuchen, überzeugen - wie im ersten Kapitel dargelegt - nicht.

Die Untersuchung der Grundsätze des allgemeinen Privatrechts hat zu der Erkenntnis geführt, dass in dem sowohl grundrechtlich als auch einfachgesetzlich durch § 123 Abs. 1 BGB geschützten Informationserhebungsrecht selbst keine Grenzen angelegt sind. Auch ein in sich unbeschränkt ausgestaltetes Recht findet jedoch notwendig Grenzen in kollidierenden Rechten. Das gilt auch für die Informationserhebungsfreiheit. Grenzen der Informationserhebungsfreiheit könnten sich daher zum einen aus (allgemeinen) Rechten Dritter ergeben. Weiterhin kommt eine Begrenzung der Informationserhebungsfreiheit durch (arbeitsrechtliche Spezial-) Gesetze und Verfassungsrecht in Betracht.<sup>150</sup> Schließlich ist zu fragen, ob Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Einstellungssituation weitere Grenzen (der arbeitgeberseitigen Informationserhebung) rechtfertigen.

Die in diesem Abschnitt darzustellenden Grenzen für die Informationserhebung durch Befragen des Verhandlungsgegners sind grundsätzlich weder auf die Informationserhebung des Arbeitgebers noch überhaupt auf die Anbahnung von *Arbeitsverträgen* beschränkt. Anderes gilt naturgemäß für diejenigen Schranken, die sich aus arbeitsrechtlichen Spezialgesetzen ergeben und für solche aus Normen, die sich direkt an den Arbeitgeber als Adressaten wenden. Wo es an einer solchen Spezialität fehlt, gelten die Grenzen auch für die Informationserhebung durch den Stellenbewerber und über das Arbeitsrecht hinausgehend für die Anbah-

---

<sup>150</sup> So bspw. auch Mankowski, JZ 204, S. 121 ff. (127); Boemke, NZA 2004, S. 142 ff. (143), die allerdings die umfassende Begrenzung der Informationserhe-

nung jedes Vertragsverhältnisses. Dass im Folgenden dennoch ausschließlich von der Begrenzung der Informationserhebung durch den Arbeitgeber die Rede sein wird, dient lediglich der besseren Lesbarkeit. Angesichts des Umstandes, dass Grenzen der Informationserhebung durch den Stellenbewerber in der Praxis - soweit ersichtlich - keine Rolle spielen<sup>151</sup>, erscheint diese Vorgehensweise vertretbar.

#### **A. Grenzen aus Gesetz und Rechten Dritter**

Grenzen für die Informationserhebung lassen sich in konstruktiver Hinsicht auf verschiedenen Wegen begründen: Sie ergeben sich zunächst aus Beschränkungen für das Auswahlermessen. Soweit ein Verhandlungspartner einen bestimmten Gesichtspunkt bei der Wahl seines Vertragspartners nicht berücksichtigen darf, muss auch sein Informationserhebungsrecht begrenzt sein. Es fehlt an einem rechtlich schutzwürdigen Informationsinteresse, da die Information bei der Entscheidung ohnehin nicht berücksichtigt werden darf. Der betroffene Verhandlungspartner ist zwar faktisch nicht gehindert, den betreffenden Umstand zu erfragen. Im Falle einer wahrheitswidrigen Antwort ist der in seiner Auswahlfreiheit beschränkte Verhandlungspartner aber nicht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB berechtigt. Denn § 123 Abs. 1 BGB muss im Interesse einer systematisch widerspruchsfreien Rechtsordnung in derartigen Fällen objektiv einschränkend interpretiert werden. Erhielte man der in ihrem Auswahlermessen beschränkten Verhandlungspartei das Anfechtungsrecht, bliebe die Begrenzung des Auswahlermessens bedeutungslos. Zudem erscheint eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung in solchen Fällen auch treuwidrig. In der Sache steht sie der Fallgruppe der Ausnutzung einer rechtswidrig erlangten Rechtsposition gleich.

---

bung durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht in Frage stellen.  
<sup>151</sup> So auch Boemke, NZA 2004, S. 142 ff. (143).

Gesetzlich statuierte Grenzen der Auskunftspflicht führen ebenfalls zu einer Begrenzung der Informationserhebungsfreiheit. Soweit das Recht bestimmt, dass ein bestimmter Umstand nicht mitgeteilt werden muss, fehlt es im Falle einer wahrheitswidrigen Antwort auf eine Frage nach einem solchen Umstand an einer „Täuschung“ im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB. Der Tatbestand des § 123 Abs. 1 BGB muss im Einklang mit dem geltenden Recht interpretiert werden. Soweit ein Gesetz bestimmt, dass eine bestimmte, nicht den Tatsachen entsprechende Angabe im Rechtssinne richtig ist, fehlt es notwendigerweise auch an einer Täuschung im Rechtssinne. Anderenfalls liefen Bestimmungen zur Begrenzung der Auskunftspflicht leer.

Schließlich kann sich eine Beschränkung der Informationserhebungsfreiheit reflexhaft aus Rechtsgründen ergeben, die mit dem Auswahlmessen und der Informationserhebung nicht in direktem Zusammenhang stehen. Auch insoweit kann sich ergeben, dass eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu versagen ist.

#### **I. Begrenzung der Informationserhebungsmöglichkeiten durch Gesetze zum Schutz des Arbeitnehmers**

Drei Arten arbeitsrechtlicher Schutznormen, aus denen sich eine Begrenzung der arbeitgeberseitigen Informationserhebungsfreiheit ergeben könnte, sind zu unterscheiden: Zu untersuchen sind normierte Diskriminierungs- und Differenzierungsverbote, das Verbot der Kündigung aufgrund bestimmter Umstände und schließlich die gesetzlich statuierte Umverteilung von Leistungsstörungenrisiken zu Lasten des Arbeitgebers.

## 1. Diskriminierungs- und Differenzierungsverbote

### a) § 611 a BGB<sup>152</sup>

§ 611 a Abs. 1 S. 1 BGB verbietet die Benachteiligung wegen des Geschlechts - unter anderem - bei der Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers. Die Vorschrift beschränkt mithin das Auswahlermessen mit den soeben dargelegten Folgen für die Informationserhebung.

#### aa) Umfang der Begrenzung des Auswahlermessens

§ 611 a Abs. 1 BGB verbietet die Benachteiligung wegen des Geschlechts. Unterschieden werden Fälle der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn das gewählte Differenzierungskriterium ausschließlich eines der beiden Geschlechter betrifft, wobei auch der Fall der geschlechtsneutralen Formulierung erfasst ist (sog. verdeckte Diskriminierung<sup>153</sup>). Als mittelbare Diskriminierung werden nach der beispielsweise in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 97/80/EG<sup>154</sup> enthaltenen Legaldefinition, die die Rechtsprechung des EuGH und auch des BAG widerspiegelt, solche Fälle qualifiziert, in denen „... dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt“. Das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung ist anhand des Einzelfalles festzustellen, da die heranzuziehenden Vergleichsgruppen von Fall zu Fall variieren.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> Zu Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Norm mit der Privatautonomie des Arbeitgebers vgl. Zöllner, FS Strasser, S. 223 ff. (insb. 237 f.).

<sup>153</sup> Vgl. nur Staudinger-Richardi/Annuß, § 611 a, Rn. 30; Schaub, ArbRHdb, § 165, Rn. 8; MünchKomm-Müller-Glöße, § 611 a, Rn. 10.

<sup>154</sup> ABl. EG Nr. L 14/6.

<sup>155</sup> Es besteht weder Einigkeit über die Methode zur Bildung der Vergleichsgruppen noch darüber, wie stark das Überwiegen der Betroffenheit des Geschlechts sein muss, um eine mittelbare Diskriminierung anzunehmen. Auf diese Probleme soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch nicht näher eingegangen werden.

Ausnahmsweise zulässig ist die unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts unter den Voraussetzungen des § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB.

**(1) Allgemeines Verbot unsachlicher Differenzierung aus § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB?**

Vereinzelt wird aus § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB über das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts hinausgehend auf ein allgemeines Verbot unsachlicher Differenzierung geschlossen<sup>156</sup>: § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB - der in seiner konkreten Ausgestaltung als Beweisregel gesetzestechnisch missglückt sei<sup>157</sup> - verlange vom Arbeitgeber den Nachweis, dass die Abweisung des Bewerbers aus sachlichen Gründen erfolgte. In der amtlichen Begründung zu § 611 a BGB heißt es, die „unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen“ bleibe zulässig.<sup>158</sup> Hieraus wird im Umkehrschluss gefolgert, dass jede unsachliche Differenzierung unzulässig sei.<sup>159</sup> Aus dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot folge, dass dieses aus § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB abzuleitende Verbot unsachlicher Auswahlentscheidungen auch dann gelten müsse, wenn die Bewerbergruppe geschlechterhomogen ist.<sup>160</sup>

Folgte man dieser Ansicht, wäre doch noch eine allgemeine, die Einstellungs- und damit aus den dargelegten Gründen auch die Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers begrenzende Norm gefunden. Indes sprechen schon der Gesamtzusammenhang der Formulierung des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB selbst „... dass *nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe* eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen ...“ und die Stellung des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB in unmittelbarem Zusammenhang mit den Sätzen 1 und 2, die explizit nur die Geschlechterdiskrimi-

---

gangen werden. Zum Meinungsstand vgl. Staudinger-Richardi/Annuß, § 611 a, Rn. 36 ff. m. w. N.

<sup>156</sup> Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (27).

<sup>157</sup> Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (27).

<sup>158</sup> BT-Drucks. 353/79, auch abgedruckt in RdA 1980, S. 52 ff. (54).

<sup>159</sup> Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (27).

<sup>160</sup> Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (27).

nierung zum Gegenstand haben, dafür, die „sachlichen Gründe“ im Sinne von Satz 3 ebenfalls ausschließlich auf die Diskriminierung wegen des Geschlechts zu beziehen. Auch die Ratio des 611 a BGB spricht gegen ein weiter gehendes Verständnis: Die Vorschrift wurde im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 76/207/EWG erlassen, die sich ausschließlich mit der Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben beschäftigt.<sup>161</sup> Legt man § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB im Lichte dieser Gesetzesgeschichte aus und nimmt den systematischen Kontext hinzu, so zeigt sich, dass die Norm richtigerweise dahingehend zu verstehen ist, dass auch dieser Teil nur die Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts betrifft.

Ein allgemeines Verbot unsachlicher Differenzierung bei der Einstellungsentscheidung ergibt sich aus § 611 a Abs. 1 BGB nach alledem nicht.<sup>162</sup>

## **(2) Differenzierung „wegen des Geschlechts“**

*Fall 11:* Der Arbeitgeber legt Arbeitnehmerin A einen Einstellungsfragebogen vor. A beantwortet die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft wahrheitswidrig mit „nein“.<sup>163</sup>

*Fall 12:* Der 20jährige B wird im Rahmen eines Einstellungsgesprächs gefragt, ob er bereits Wehr- oder Ersatzdienst abgeleistet habe. B, der aufgrund seiner Ausbildung zunächst zurückgestellt worden war, behauptet, er sei wegen einer allergischen Erkrankung, die für die geforderte Arbeitsleistung ohne Belang, ausgemustert worden.

---

<sup>161</sup> Die amtliche Bezeichnung lautet bezeichnenderweise: Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, vgl. ABl. EG Nr. L 39/40.

<sup>162</sup> Zu demselben Ergebnis kommt MünchArb-Buchner, § 39, Rn. 71 m. w. N.

<sup>163</sup> Vgl. bspw. BAG AP Nr. 15, 24 zu § 9 MuSchG; AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gastarbeiter; AP Nr. 1 zu § 119 BGB; AP Nr. 31, 36 zu § 123 BGB; AP Nr. 8 zu § 611 a BGB.

*Fall 13:* Der pazifistisch gesonnene Arbeitgeber B befragt jeden jüngeren männlichen Stellenbewerber, ob er sich für die Ableistung von Wehrdienst oder von Ersatzdienst entschieden hat bzw. - soweit eine Einberufung noch nicht erfolgt sei - wofür er sich entscheiden wird.

*Fall 14:* A leidet an einem Prostatakarzinom. Ob die durchgeführte Operation erfolgreich war oder ob - mit langfristigen Krankenhausaufenthalten verbundene - weitere Behandlungsmaßnahmen erforderlich sind, ist derzeit nicht abzusehen. Im Rahmen eines Bewerbungsgesprächs beantwortet A die Frage nach zurzeit bestehenden schwerwiegenden Erkrankungen mit „keine“. Er ist der Ansicht, seine Krankheit müsse er nicht offen legen, weil ihre Berücksichtigung bei der Einstellungsentscheidung ohnehin gegen § 611 a Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen würde.

Die Berücksichtigung der erfragten Umstände erscheint jedenfalls auf den ersten Blick in allen Beispielfällen als unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts und damit als Verstoß gegen § 611 a Abs. 1 BGB, soweit der Bewerber im Übrigen objektiv für die Stellung geeignet ist.<sup>164</sup> Die Schwangerschaft kann nur Frauen betreffen, Prostatakarzinom sowie die Wehrpflicht treffen dagegen ausschließlich Männer.<sup>165</sup>

Dennoch käme ein Teil der Lehre in einigen der Ausgangsfälle zu dem Ergebnis, die Differenzierung verstoße nicht gegen § 611 a Abs. 1 BGB und entsprechende Fragen an den Stellenbewerber seien zulässig<sup>166</sup>:

---

<sup>164</sup> Letzteres ergibt sich für die hier interessierenden Fallgestaltungen unproblematisch aus dem Umstand, dass der jeweilige Bewerber eingestellt wurde.

<sup>165</sup> Zum Teil wird aufgrund eines streng formalen Ansatzes zur Abgrenzung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung die Auffassung vertreten, es handele sich um Fälle der mittelbaren Diskriminierung. Denn es werde nicht an den Unterschied Mann - Frau angeknüpft, sondern - beispielsweise - an die Eigenschaft „schwanger“, vgl. dazu bspw. Wank, Anm. zu BAG AP Nr. 36 zu § 123 BGB, Bl. 5 R.

<sup>166</sup> Staudinger-Richardi, § 611 a, Rn. 31 und 42 ff.; Soergel-Raab, § 611 a, Rn. 25 ff.

*Richardi* vertritt die Auffassung, dass die Fragen in den Fällen 11 und 13 zulässig seien, weil nicht an das Geschlecht als solches, sondern an die Verwirklichung einer geschlechtsspezifischen Disposition angeknüpft werde<sup>167</sup>. Das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter verlange aber nur die „... Gleichheit der Lebenschancen bei - abgesehen von der unterschiedlichen Geschlechtszugehörigkeit - Gleichheit der spezifischen Lebenssituation ...“<sup>168</sup>. Eine solche Gleichheit der Ausgangsposition liege bei der Verwirklichung einer geschlechtsspezifischen Disposition gerade nicht vor.<sup>169</sup>

*Richardi* übersieht indes, dass die biologischen Unterschiede zwischen Mann und Frau nur dann zur Rechtfertigung einer Abweichung von der Gleichbehandlungsregel ausreichen, wenn sie das zu regelnde Lebensverhältnis so entscheidend prägen, dass eventuelle vergleichbare Elemente dahinter vollkommen zurücktreten, anders formuliert: Neben der objektiven Verschiedenheit der Geschlechter bedarf es eines „einleuchtenden Grundes“ für die Ungleichbehandlung.<sup>170</sup> Entscheidend kommt es dabei darauf an, ob die geschlechtsspezifische Besonderheit gerade im Zusammenhang - hier - mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses erheblich ist.<sup>171</sup> Maßgeblicher Lebenssachverhalt ist vorliegend die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit einer schwangeren Bewerberin oder mit einem Bewerber, der seinen Wehrdienst noch nicht abgeleistet hat. Diese Umstände führen zwar zu (finanziellen) Lasten für den Arbeitgeber. Zu berücksichtigen ist aber,

---

<sup>167</sup> Staudinger-Richardi, § 611 a, Rn. 43. Auch in Beispielsfall 14 müsste er konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen, dass die Frage aus diesem Grunde zulässig ist. Das Anknüpfen an den Wehrdienst stellt dagegen nach der Ansicht Richardis eine unmittelbare Männerdiskriminierung dar, da die Wehrpflicht nur Männer erfasse. Mit derselben Begründung kommt Meilicke, BB 1986, S. 1288 f. (S. 1289) zu dem Ergebnis, das Anknüpfen an die Schwangerschaft verstoße nicht gegen § 611 a BGB.

<sup>168</sup> Staudinger-Richardi, § 611 a, Rn. 31.

<sup>169</sup> Staudinger-Richardi, § 611 a, Rn. 31.

<sup>170</sup> BVerfGE 3, S. 225 ff. (S. 242); 5, S. 9 ff. (S. 12); 6, S. 389 ff. (S. 422); 10, S. 59 ff. (S. 74); 15, S. 337 ff. (S. 343); 21, S. 329 ff. (S. 343 f.); 31, S. 1 ff. (S. 4); 37, S. 217 ff. (S. 249); 43, S. 213 ff. (S. 225); Maunz u.a.-Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2, Rn. 18; Schmidt/Bleibtreu-Klein GG, Art. 3 Rn. 37.

<sup>171</sup> So auch Coester, Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB, Bl. 6 R.

dass der Arbeitgeber diese nach dem Willen des Gesetzgebers zu tragen hat und dass sie nur vorübergehender Natur sind.<sup>172</sup> Im Übrigen leisten die betroffenen Arbeitnehmer die gleiche Arbeit wie andere Arbeitnehmer. Die finanziellen Belastungen verändern das Arbeitsverhältnis im Vergleich zu dem anderer Arbeitnehmer nicht.<sup>173</sup> Die vergleichbaren Elemente stehen folglich im Vordergrund. Auf diesem Wege lässt sich deshalb die von *Richardi* vorgenommene Differenzierung nicht begründen.

Zu rechtfertigen wäre die Ausgrenzung der geschlechtsspezifischen Dispositionen aus dem Diskriminierungstatbestand allenfalls noch mit einer strengen Wortlautinterpretation des Satzteils „wegen des Geschlechts“. Eine Benachteiligung unmittelbar wegen der Geschlechtszugehörigkeit liegt in den geschilderten Fällen in der Tat nicht vor.<sup>174</sup> Die Schwangerschaft ist aber eine mit dem weiblichen Geschlecht unauflösbar verbundene Eigenschaft. Das Anknüpfen an sie stellt deshalb bei vernünftiger Betrachtung auch eine Differenzierung „wegen des Geschlechts“ dar. Nichts anderes kann für geschlechtsspezifische Umstände gelten, die wie die Wehrpflicht erst durch das Recht begründet werden.<sup>175</sup> Die Ansicht *Richardis* überzeugt nach alledem nicht.

*Raab* hält die Differenzierung aufgrund von Schwangerschaft und noch nicht erfüllter Wehrpflicht für zulässig, weil in beiden Fällen der wesentliche Grund für die Ablehnung des Bewerbers nicht in dem Umstand selbst, sondern in den mit ihm notwendig verbundenen Ausfallzeiten des Bewerbers liege.<sup>176</sup> Auf diesen übergeordneten Gesichtspunkt müsse richtigerweise abgestellt werden.

---

<sup>172</sup> Die finanzielle Belastung des Arbeitgebers durch § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG ist nach dem Urteil des BVerfG vom 18.11.2003, NZA 2004, S. 33 ff. ohnehin verfassungswidrig und bis spätestens zum 31.12.2005 durch eine verfassungsmäßige (in der Sache: den einzelnen Arbeitgeber weniger belastende) Regelung zu ersetzen.

<sup>173</sup> Ebenso Walker, DB 1987, S. 273 ff. (277).

<sup>174</sup> Das gilt allerdings auch für die Anknüpfung an die Erfüllung der Wehrpflicht. Mit welcher Begründung *Richardi* (*Staudinger-Richardi*, § 611 a, Rn. 43) insoweit zu einem anderen Ergebnis kommen will, bleibt unverständlich.

<sup>175</sup> Zum Vorstehenden Coester, Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB, Bl. 7.

<sup>176</sup> Soergel-Raab, § 611 a, Rn. 27; ebenso Donat, BB 1986, S. 2413 ff. (S. 2414).

Eine nähere Begründung für diese Behauptung liefert *Raab* nicht. Stattdessen verdeutlicht er die - angebliche - Konsequenz der gegenteiligen Auffassung: Diese führe im Ergebnis dazu, dass zukünftige Ausfallzeiten immer unberücksichtigt bleiben müssten, wenn sie auf geschlechtsspezifischen Umständen beruhen, als Beispiel werden geschlechtsspezifische Vorerkrankungen genannt. In der Tat erscheint es im obigen Beispielfall 14 wenig überzeugend, die Anfechtbarkeit gemäß § 123 Abs. 1 BGB mit der Begründung auszuschließen, die Berücksichtigung der Erkrankung bei der Einstellungsentscheidung sei unzulässig gewesen. Es besteht aber ein entscheidender Unterschied zwischen diesem und den drei anderen Fällen, der eine unterschiedliche Beurteilung rechtfertigt: Für die Schwangerschaft auf der einen und die Erfüllung der Wehrpflicht auf der anderen Seite gibt es kein Pendant beim anderen Geschlecht. Männer und Frauen können dagegen gleichermaßen von geschlechtsspezifischen Erkrankungen betroffen werden. Damit fehlt es aber an der nur ein Geschlecht treffenden Benachteiligung. Die Benachteiligung trifft hier gegebenenfalls jeden an einer geschlechtsspezifischen Krankheit leidenden Bewerber unabhängig von der Geschlechtszugehörigkeit. Eine Differenzierung „wegen des Geschlechts“ liegt in derartigen Fällen mithin nicht vor. Der Argumentation *Raabs* ist im Übrigen ebenso wie der *Richardis* entgegenzuhalten, dass Schwangerschaft oder ausstehende Erfüllung der Wehrpflicht untrennbar mit einem Geschlecht verknüpfte Umstände sind, so dass hier - auch wenn es dem Arbeitgeber um das im Übrigen geschlechtsneutrale Risiko eventueller Ausfallzeiten geht - im konkreten Fall eine Differenzierung wegen des Geschlechts erfolgt.<sup>177</sup>

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: Die falsche Beantwortung von Fragen nach dem Bestehen einer Schwangerschaft und danach, ob Wehr- oder Ersatzdienst bereits abgeleistet sind sowie die Frage, ob der Bewerber sich für die Ableistung von Wehr- oder Ersatzdienst entschlossen habe, berechtigt den Arbeitgeber -

---

<sup>177</sup> So auch Coester, Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB, Bl. 7.

wenn kein Fall des § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt - nicht zu einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

### **(3) Abgrenzung der mittelbaren Diskriminierung von der freien Unternehmerentscheidung**

*Fall 15:* C bewirbt sich für eine Stellung als Pförtner/-in in einem Krankenhaus. Im Rahmen des Einstellungsgesprächs bejaht sie wahrheitswidrig die Frage, ob sie über handwerkliche Fähigkeiten, insbesondere im Bereich Metall- und Maurerarbeiten, verfügt. Als sie ihre „Lüge“ kurz nach der Einstellung einem Kollegen gegenüber eingesteht, der die Information an den Arbeitgeber weiter trägt, ficht dieser wegen arglistiger Täuschung an.

Unterstellt man im Beispielfall 15, dass ein erheblich geringerer Anteil der Frauen als der Männer in der relevanten Vergleichsgruppe über die geforderten Fähigkeiten verfügt, liegt eine mittelbare Diskriminierung im Sinne der obigen Definition auf den ersten Blick vor. Indes ließe sich die Entscheidung des Arbeitgebers, welche Anforderungen er an den künftigen Arbeitnehmer stellen möchte, auch ohne weiteres als Teil seiner - der Einstellungsfreiheit vorgelagerten - Unternehmerfreiheit qualifizieren, die von § 611 a BGB unberührt bleiben soll. § 611 a BGB erfasst lediglich die individuelle Auswahlentscheidung, die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung hinsichtlich der Betriebsorganisation soll dagegen bestehen bleiben.<sup>178</sup>

Da die Entscheidung, ob es sich um eine mittelbare Diskriminierung oder um eine der freien Unternehmerentscheidung unterfallende Maßnahme handelt, maßgeblich von der Intention und Motivation des Arbeitgebers im jeweiligen Fall abhängt, lässt sich dieser Konflikt nicht abstrakt-generell lösen. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an: Lassen sich sachliche Gründe

---

<sup>178</sup> Soergel-Raab, § 611 a, Rn. 24; in der Sache ebenso MünchArb-Buchner, § 40, Rn. 174 ff.; Hanau/Preis, ZfA 1988, S. 177 ff. (197).

für die Anforderung finden<sup>179</sup>, sind sie dem Bereich der freien Unternehmerentscheidung zuzuordnen. Erweist sich aber, dass dieser sachliche Grund nur vorgeschoben ist, um die Besetzung des Arbeitsplatzes aus vermeintlich sachlichen Gründen mit dem Bewerber des bevorzugten Geschlechts zu gewährleisten<sup>180</sup>, liegt eine mittelbare Diskriminierung vor.<sup>181</sup>

#### **bb) Folgen für die Informationserhebung durch den Arbeitgeber**

Soweit das Auswahlermessen des Arbeitgebers durch § 611 a Abs. 1 BGB beschränkt ist, berechtigt ihn die wahrheitswidrige Antwort auf eine entsprechende Frage nicht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Ist die geschlechtsbezogene Differenzierung ausnahmsweise gemäß § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB zulässig,<sup>182</sup> muss der Bewerber die Frage wahrheitsgemäß beantworten.

Zu klären bleibt, wer das Risiko der Erkennbarkeit eines solchen Ausnahmefalles trägt. Da es um die Erkennbarkeit einer eigenen Pflicht für den Stellenbewerber geht, muss dieser grundsätzlich naturgemäß auch das Risiko der Erkennbarkeit. Etwas anderes

---

<sup>179</sup> Man muss sich dabei allerdings dessen bewusst sein, dass dies einem Arbeitgeber, der es darauf anlegt, häufig gelingen wird. Ein - möglicherweise nur vorgeschobener - sachlicher Zusammenhang lässt sich über unbestimmte Anforderungen wie Zuverlässigkeit, Einpassung in ein vorhandenes Team pp. in vielen Fällen herstellen.

<sup>180</sup> Eine solche Gestaltung lag bspw. der Entscheidung BVerfG SAE 1995, S. 221 ff. zugrunde. Dort verfügte die weibliche Bewerberin über die geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten, wurde aber trotz im Übrigen besserer Qualifikation nicht eingestellt.

<sup>181</sup> Im Ergebnis ebenso Soergel-Raab, § 611 a, Rn. 24.

<sup>182</sup> Zu denken ist hier vor allem an die in §§ 3 ff. MuSchG verankerten Beschäftigungsverbote, denen die angebotene Tätigkeit unterfallen kann. Jedenfalls dann, wenn die Stellung zeitlich begrenzt ist, wird man diese Fälle unter § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB subsumieren müssen. Bei unbefristeter Einstellung geht das BAG dagegen im Anschluss an die Entscheidung EuGH NZA 1994, S. 609 ff. inzwischen davon aus, dass mutterschutzbedingte Beschäftigungsverbote aufgrund ihrer vorübergehenden Natur bedeutungslos seien, vgl. BAG NZA 2003, S. 848 f. Vgl. zu den möglichen Ausnahmefällen bspw. Coester, Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB, Bl. 7 R.; ein anderes Verständnis der Ausnahmeregelung vertritt Paul, DB 2000, S. 974 ff., er hält jedoch bei befristeten Arbeitsverhältnissen eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB wegen „vorgetäuschten Arbeitswillens“ für zulässig, so dass in der Sache keine abweichenden Ergebnisse erzielt werden. Zur Entwicklung der Rechtsprechung auch Thüsing/ Lambrich, BB 2002, S. 1194 ff.

gilt, wenn der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Stellenbewerber die den Ausnahmetatbestand begründenden Umstände mitzuteilen. Auch wenn eine derartige Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nicht besteht, trägt er in Sache das Erkennbarkeitsrisiko, wenn die fehlende Kenntnis des Bewerbers von den den Ausnahmetatbestand begründenden Umständen dazu führt, dass eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen einer wahrheitswidrigen Antwort auf die entsprechende Frage ausgeschlossen ist:

Eine Mitteilungspflicht des Arbeitgebers könnte sich aus § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB ergeben. Der Arbeitgeber trägt indes gemäß § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB zwar die Beweislast für das Vorliegen eines Ausnahmefalles. Aus dieser Norm lässt sich aber nicht auf eine Mitteilungspflicht zu seinen Lasten dergestalt schließen, dass er den Bewerber auf die Gründe für die ausnahmsweise Zulässigkeit seiner Frage hinweisen müsste. Ein solcher Schluss würde über den Regelungsgehalt des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB deutlich hinausgehen. Denn er hätte zur Folge, dass die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei Versäumen einer entsprechenden Mitteilung auch dann ausgeschlossen wäre, wenn dem Arbeitgeber der erforderliche Beweis gelänge. Eine solche Regelung lässt sich § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB aber nicht entnehmen.

Gegen das Bestehen einer echten Mitteilungspflicht, also eine vorvertragliche Informationspflicht, sprechen auch allgemeine rechtskonstruktive Überlegungen: Vorvertragliche Informationspflichten sind inhaltlich auf die Willensbildung des Gegenübers ausgerichtet. Folgerichtig gibt das Gesetz dem Getäuschten die Möglichkeit, seine Willenserklärung zu beseitigen oder - jedenfalls nach herrschender Meinung<sup>183</sup> - im Falle der bloß fahrlässigen Informationspflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch in Gestalt eines Anspruchs auf Vertragsbeseitigung. Die hier zu lösende Problemkonstellation liegt aber anders: Es geht um die Frage, ob eine Täuschung des Arbeitgebers durch den *Bewerber*

---

<sup>183</sup> Zu den Einzelheiten im 5. Kapitel.

bei mangelnder Kenntnis von den den Ausnahmetatbestand begründenden Umständen dazu führt, dass der *Arbeitgeber* aus dem (Täuschungs-)Verhalten des Bewerbers keine Konsequenzen ziehen kann, obwohl seine Willensbildung durch das Verhalten des Bewerbers (nachteilig) beeinflusst wurde. Das ist aber aus rechtskonstruktiver Sicht nicht die typische Situation einer Informationspflicht, sondern die einer entsprechenden Obliegenheit. Obliegenheiten zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Verletzung nicht zu Ansprüchen des Gegenübers führen, sondern die Versagung eines Anspruchs desjenigen nach sich ziehen, den die Obliegenheit trifft. Um in der hier zu beurteilenden Situation eine Informationsobliegenheit des Arbeitgebers zu bejahen, müsste man aus seinem Verhalten - da die Obliegenheit eine besondere Ausprägung des in § 242 BGB verankerten Grundsatzes „venire contra factum proprium“ ist - den Schluss ziehen können, der Arbeitgeber wolle auf die Möglichkeit einer Vertragsbeendigung wegen arglistiger Täuschung verzichten. Das erscheint indes eher abwegig: Denn der Arbeitgeber gibt mit seiner Frage gerade zu erkennen, dass der erfragte Umstand für seine Entscheidung tragend ist. Seine Frage impliziert bei vernünftiger Betrachtung auch geradezu, dass er im Fall einer wahrheitswidrigen Antwort eine Vertragsbeendigung anstreben wird - anderenfalls wäre eine entsprechende Befragung des Bewerbers überflüssig.

Überzeugender als die Konstruktion einer Informationsobliegenheit des Arbeitgebers erscheint es demgegenüber, im Tatbestand des § 123 Abs. 1 BGB selbst anzusetzen: Beantwortet der Stellenbewerber die Frage nach einem geschlechtsspezifischen Umstand wahrheitswidrig, obwohl der Arbeitgeber diesen Umstand ausnahmsweise bei seiner Einstellungsentscheidung hätte berücksichtigen dürfen, liegt auf den ersten Blick eine arglistige Täuschung im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB vor. Der Bewerber hat den Arbeitgeber getäuscht und Bezugspunkte der „Arglist“ sind lediglich die Unrichtigkeit der gemachten Angaben und die Einflussnahme auf die Entscheidung des Gegenübers. Der Stellen-

bewerber weiß, dass er eine wahrheitswidrige Angabe gemacht hat und er rechnet auch damit, dass der Arbeitgeber bei wahrheitsgemäßer Antwort eine andere Entscheidung getroffen hätte. Dass er nicht weiß, ob die Berücksichtigung des betreffenden Umstandes überhaupt zulässig gewesen wäre, scheint keine Rolle zu spielen.

Genau hier liegt aber das Problem begründet: Es wird dem Bewerber in den allermeisten Fällen aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sein, sich allein über die - ausnahmsweise - Zulässigkeit der Berücksichtigung des erfragten Umstandes Klarheit zu verschaffen. Denn die Umstände, die die Berücksichtigung eines geschlechtsspezifischen Umstandes bei der Einstellungsentscheidung ausnahmsweise zulässig machen, stammen typischerweise aus der Sphäre des Arbeitgebers und werden für den Stellenbewerber ohne entsprechenden Hinweis in der Regel nicht erkennbar sein. Wer sich aber im Rahmen eines Einstellungsgespräches erkundigt, ob Gründe vorliegen, die die Frage ausnahmsweise zulassen, macht sich naturgemäß jedenfalls „verdächtig“. Der Bewerber wird dieses Dilemma lösen, indem er entsprechende Frage immer wahrheitswidrig beantwortet und eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gegebenenfalls in Kauf nimmt.

Man könnte nun meinen, dem Bewerber erwachsen aus dieser Strategie keine Nachteile, da er im Falle einer wahrheitsgemäßen Antwort ohnehin nicht eingestellt worden wäre und mit dieser Begründung einen Regelungsbedarf verneinen. Diese Argumentation greift indes - abgesehen davon, dass es unbefriedigend erscheint, jemanden auf ein pflichtwidriges Verhalten verweisen zu müssen - zu kurz. Dass dem Bewerber durchaus auch wirtschaftliche Nachteile entstehen können, zeigt folgender

*Beispielfall 16:* A sucht seit einigen Wochen nach einer Stellung als Arzthelferin. Sie hat etliche Bewerbungen geschrieben und wird schließlich bei X und Y zu Vorstellungsgesprächen eingeladen. Am Tag vor dem ersten Gespräch erfährt A,

dass sie schwanger ist. Sowohl X als auch Y legen ihr einen Einstellungsfragebogen vor, in dem unter anderem nach dem Bestehen einer Schwangerschaft gefragt wird. A antwortet jeweils mit „nein“. A erhält von X und von Y ein Angebot zum Abschluss eines auf 6 Monate befristeten Arbeitsvertrages - sie entscheidet sich für den Arbeitsplatz bei Y. Als dieser von der Schwangerschaft der A erfährt, ficht er den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Da in der Praxis des Y - was A zum Zeitpunkt des Einstellungsgesprächs nicht bekannt gewesen war - mit hochinfektiösem Material gearbeitet wird, durfte er das Bestehen einer Schwangerschaft ausnahmsweise bei seiner Entscheidung berücksichtigen.<sup>184</sup> X hätte eine Schwangerschaft der A dagegen bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigen dürfen.

Der Beispielsfall zeigt, dass auf Seiten des Bewerbers ein berechtigtes Interesse daran bestehen kann, über das Vorliegen eines Ausnahmefalles informiert zu sein. Im Beispielsfall 16 hätte A bei Kenntnis der Sachlage vernünftigerweise das Angebot des X angenommen. Nun wird sie aller Voraussicht nach vor dem Problem stehen, dass der Arbeitsplatz bei X bereits anderweitig besetzt wurde.

Dass für das Merkmal „Arglist“ im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB keine Kenntnis vom Bestehen der Pflicht zu wahrheitsgemäßer Beantwortung einer Frage erforderlich ist, hat einen einfachen Grund: Das Gesetz geht davon aus, dass die Pflicht zu wahrheitsgemäßer Antwort auf eine Frage des Verhandlungsgegners immer besteht. Der Befragte hat nur die Möglichkeit, die Antwort zu verweigern. Antwortet er wahrheitswidrig und war diese Täuschung

---

<sup>184</sup> Vgl. dazu BAG NZA 2003, S. 848 ff. Das Gericht gab in dieser Entscheidung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH seine bisherige Auffassung, auch bei unbefristeter Einstellung dürfe der Arbeitgeber eine Schwangerschaft berücksichtigen, wenn diese dazu führe, dass die Bewerberin die vorgesehene Tätigkeit aufgrund der Schwangerschaft gar nicht erst aufnehmen könne – so noch BAG AP Nr. 36 zu § 123 BGB - ausdrücklich auf. Zur Entwicklung der Rechtsprechung zur Frage nach der Schwangerschaft vgl. v. Koppenfels-Spies, AuR 2004, S. 43 ff. (44 f.).

für die Entschließung seines Gegenübers kausal, besteht ein Anfechtungsrecht. Die hier zu beurteilende Frage stellt sich also für gewöhnlich nicht.

Vorliegend ist die Ausgangssituation eine andere: Es wurde dargelegt, dass das Anfechtungsrecht aus § 123 Abs. 1 BGB im Regelfall im Wege objektiv einschränkender Interpretation ausgeschlossen ist, wenn der Bewerber eine § 611 a BGB unterfallende Frage falsch beantwortet. Das hat zur Folge, dass in den Ausnahmefällen des § 611 a Abs. 1 S.2 BGB das Bestehen der Pflicht zu wahrheitsgemäßer Antwort (alternativ: Antwortverweigerung) nicht ohne weiteres aus der Frage selbst folgt, sondern dass weitere Umstände - nämlich diejenigen, die den Ausnahmetatbestand ausfüllen - vorliegen müssen. Dieser Besonderheit ist auf der subjektiven Seite des § 123 Abs. 1 BGB Rechnung zu tragen: In konsequenter Fortführung der systemgerechten Interpretation des § 123 Abs. 1 BGB ist für das Tatbestandsmerkmal „Arglist“ zu fordern, dass der Vorsatz auch das Vorliegen der Tatsachen für die Begründung des Ausnahmefalles umfasst. Dass hierfür die abstrakt immer bestehende Möglichkeit nicht ausreichen kann, liegt auf der Hand: Damit wäre in der Sache keine Einschränkung des Tatbestandes des § 123 Abs. 1 BGB verbunden. Der Bewerber muss von den Umständen vielmehr positive Kenntnis haben oder sich dieser Kenntnis grob fahrlässig verschließen.

Im obigen Beispielfall 16 würde man dem Y deshalb ein Anfechtungsrecht zugestehen, wenn A die Praxis des Y anlässlich des Einstellungsgespräches besichtigt und dabei festgestellt hat, dass alle Angestellten mit Handschuhen und Mundschutz arbeiten. Denn bei dieser Sachlage hätte sich ihr die Relevanz der Frage des Y nach dem Bestehen einer Schwangerschaft aufdrängen müssen, zumal es für sie in dieser Situation ohne weiteres die Möglichkeit gegeben hätte, entsprechende Fragen an den Arbeitgeber zu stellen, ohne sich zu „verraten“.

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten: Der Arbeitgeber ist zwar nicht dazu verpflichtet, dem Bewerber von der ausnahmsweisen „Zulässigkeit“ seiner Frage Mitteilung zu machen. Er tut aber gut daran, ihn dahingehend zu informieren, weil er anderenfalls Gefahr läuft, den Arbeitsvertrag mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen nicht wegen arglistiger Täuschung anfechten zu können.

### **cc) Zwischenergebnis**

§ 611 a BGB beschränkt die arbeitgeberseitige Informationserhebung. Hinsichtlich solcher Umstände, deren Berücksichtigung bei der Einstellungsentscheidung als nicht gerechtfertigte unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung zu qualifizieren wären, besteht kein rechtlich schutzwürdiges Informationsinteresse des Arbeitgebers. Erfragt er einen solchen Umstand dennoch, kann er den daraufhin geschlossenen Arbeitsvertrag im Falle einer wahrheitswidrigen Antwort des Stellenbewerbers nicht wegen arglistiger Täuschung anfechten. § 123 Abs. 1 BGB ist insoweit objektiv einschränkend zu interpretieren. Unklarheiten aufgrund fehlender Offenlegung einer - gem. § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB zulässigen - mit der Frage verbundenen Intention gehen in der Sache zu Lasten des Arbeitgebers. Kannte der Stellenbewerber die entsprechenden Umstände nicht und liegt auch kein Fall grob fahrlässiger Unkenntnis vor, fehlt es an der für die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB erforderlichen Arglist.

### **b) § 81 Abs. 2 SGB IX**

Eine in der Sache - und weitgehend sogar im Wortlaut - der Vorschrift des § 611 a BGB entsprechende Regelung enthält § 81 Abs. 2 SGB IX für die Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung. § 81 Abs. 2 SGB IX verbietet die Benachteiligung schwerbehinderter Menschen unter anderem bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen. Die Norm enthält ebenso wie § 611 a BGB eine Begrenzung des arbeitgeberseitigen Auswahlermes-

sens. Die Differenzierung zwischen schwerbehinderten und nicht behinderten Menschen ist nach § 81 Abs. 2 S. 2 SGB IX zulässig, soweit die Schwerbehinderung für die auszuübende Tätigkeit von „wesentlicher und entscheidender“ Bedeutung ist. Satz 3 der Vorschrift enthält schließlich eine mit der des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB übereinstimmende Beweisregel.

Bei der Prüfung, welche Folgen sich aus dieser Vorschrift für die Informationserhebung durch den Arbeitgeber ergeben, ist zwischen der Frage nach der *Schwerbehinderteneigenschaft* und nach der *Körperbehinderung* (unabhängig von einer staatlichen Anerkennung und auch unabhängig davon, ob eine solche überhaupt möglich ist) zu unterscheiden:

**aa) Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft**

§ 81 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 S. 2 SGB IX gestattet eine Ungleichbehandlung behinderter und nicht behinderter Menschen nur, soweit die durch die Behinderung beeinträchtigte Körperfunktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende Anforderung für die geplante Tätigkeit ist. Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft zielt indes nicht auf die diese begründende Beeinträchtigung, sondern auf die *Anerkennung* als Schwerbehinderter und die hiermit verbundenen besonderen Rechte des Arbeitnehmers und Pflichten des Arbeitgebers aus dem SGB IX. Die mit der Anerkennung als Schwerbehinderter oder als Gleichgestellter verbundenen (finanziellen) Belastungen des Arbeitgebers vermögen eine Ungleichbehandlung nach dem klaren Wortlaut des § 81 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 S. 2 SGB IX aber in keinem Fall zu rechtfertigen.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> Im Ergebnis ebenso Thüsing/ Lambrich, BB 2002, S. 1146 ff. (1149); Messingschläger, NZA 2003, 301 ff. (303 f.); Joussem, NJW 2003, S. 2857 ff. (2860 f.); v. Koppenfels-Spies, AuR 2004, S. 43 ff. (46). Das BAG hat dagegen bislang die Auffassung vertreten, die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft sei uneingeschränkt zulässig, vgl. bspw. BAG AP Nr. 26 und Nr. 40 zu § 123 BGB. Allerdings ist seit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX am 1.7.2001 kein höchstgerichtliches Urteil zu diesem Themenkreis mehr ergangen, so dass abzuwarten bleibt, ob sich das BAG nicht der hier vertretenen Auffassung anschließt, zumal es seine bisherige Rechtsprechung unter anderem auf die Tatsache stützte, dass

Die von *Schaub* vertretene Gegenauffassung<sup>186</sup> führt entgegen des ersten Anscheins nicht zu abweichenden Ergebnissen: *Schaub* argumentiert, da die Frage nach dem Vorliegen der Schwerbehinderteneigenschaft auch eine andere Intention haben könne als eine Benachteiligung des schwerbehinderten Stellenbewerbers bei der Einstellungsentscheidung, sei die Frage an sich diskriminierungsneutral. Es bestehe lediglich die *Möglichkeit*, dass sie zum Zwecke der Diskriminierung eingesetzt werde.<sup>187</sup> In diesem Falle sei sie zwar unzulässig, das sei aber „eine Frage des Beweises“<sup>188</sup>. *Schaub* - und auch dessen Kritiker<sup>189</sup> - übersehen, dass diese Argumentation keine Ergebnisdivergenzen zur Folge hat: Fragt der Arbeitgeber nach dem Vorliegen der Schwerbehinderteneigenschaft, weil er - so das Beispiel von *Schaub* - prüfen will, ob und welche Maßnahmen er zur Eingliederung des behinderten Bewerbers in seinen Betrieb treffen kann und antwortet der Bewerber nicht wahrheitsgemäß, so fehlt es für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung an der erforderlichen Kausalität für die Einstellungsentscheidung. In allen anderen Fällen muss die Anfechtung daran scheitern, dass die Frage - auch nach Ansicht von *Schaub* - unzulässig war.

Als Zwischenergebnis bleibt daher festzuhalten: Gem. § 81 Abs. 2 SGB IX darf der Arbeitgeber die Anerkennung als Schwerbehinderter oder als Gleichgestellter im Sinne von § 69 SGB IX bei seiner Einstellungsentscheidung - ohne Ausnahme - nicht berücksichtigen. Eine Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 BGB wegen falscher Beantwortung der Frage nach der Anerkennung als Schwerbehinderter oder einer Gleichstellung ist zu versagen. § 123 Abs. 1 BGB ist insoweit im Hinblick auf § 81 Abs. 2 SGB IX objektiv einschränkend zu interpretieren.<sup>190</sup>

---

es an einem gesetzlich normierten Diskriminierungsverbot gefehlt hatte.

<sup>186</sup> *Schaub*, NZA 2003, S. 299 ff.

<sup>187</sup> *Schaub*, NZA 2003, S. 299 ff. (300 f.).

<sup>188</sup> *Schaub*, NZA 2003, S. 299 ff. (301).

<sup>189</sup> Vgl. beispielsweise Jousen, NJW 2003, S. 2857 ff. (2860).

<sup>190</sup> Zu den Einzelheiten der dogmatischen Konstruktion vgl. oben unter A.

## **bb) Die Frage nach der Körperbehinderung**

Anders liegt es bei der Frage nach der Behinderung selbst: Eine Differenzierung ist insoweit unter den Voraussetzungen des § 81 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 S. 2 SGB IX zulässig. Das Tatbestandsmerkmal „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ setzt sachliche Gründe voraus wie zum Beispiel größere Leistungsfähigkeit, bessere Eignung oder bessere Befähigung des nicht behinderten Mitbewerbers.<sup>191</sup>

Für die Informationserhebung des Arbeitgebers folgt aus § 81 Abs. 2 SGB IX, dass eine Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 BGB wegen falscher Beantwortung einer Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung zu versagen ist, soweit die Behinderung im konkreten Fall für die in Aussicht genommene Tätigkeit nicht von wesentlicher und entscheidender Bedeutung ist. § 123 Abs. 1 BGB ist auch hier im Hinblick auf § 81 Abs. 2 SGB IX objektiv einschränkend zu interpretieren.<sup>192</sup> Das Risiko der Erkennbarkeit der Bedeutung für die in Aussicht genommene Tätigkeit trägt aus den bereits im Rahmen der Ausführungen zu § 611 a BGB genannten Gründen, die hier entsprechend gelten, in der Sache der Arbeitgeber. Ebenso wie im Rahmen des § 611 a BGB setzt die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB also voraus, dass der Bewerber (auch) im Hinblick auf das Vorliegen eines Ausnahmefalles arglistig handelte.

In den Anwendungsbereich des § 81 Abs. 2 SGB IX fallen allerdings nur *Schwer*behinderte und ihnen Gleichgestellte. Für Behinderungen unter einem Grad von 30 sowie für solche unter einem Grad von 50, für die eine Gleichstellung nicht erfolgt ist, greift das Diskriminierungsverbot demzufolge nicht ein. Eine Beschränkung der Einstellungsfreiheit und eine daraus resultierende Begrenzung

---

<sup>191</sup> MünchArbErgBand-Cramer, § 236, Rn. 42.

<sup>192</sup> Zu den Einzelheiten der dogmatischen Konstruktion vgl. oben unter A.

der Informationsfreiheit des Arbeitgebers lässt sich für diese Fälle jedenfalls aus § 81 Abs. 2 BGB nicht begründen.<sup>193</sup>

## 2. Kündigungsverbote

Die Rechtsordnung schränkt die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers unter anderem durch Kündigungsverbote ein, die auf bestimmte Umstände beschränkt sind. Derartige Kündigungsverbote finden sich beispielsweise in § 9 MuSchG, § 15 KSchG, § 2 ArbPISchG und § 18 BErzGG.

Ob aus diesen und vergleichbaren Normen Grenzen auch für die Informationserhebung in der Vertragsanbahnungsphase folgen, soll am Beispiel von § 18 BErzGG untersucht werden:

*Fall 17:* Bewerber A, der vor 6 Monaten Vater geworden ist, verneint im Einstellungsgespräch die Frage, ob er beabsichtige, Elternzeit in Anspruch zu nehmen. Am Tag des Antritts der Arbeitsstelle verlangt A Elternzeit für die Dauer von 9 Monaten. Der Arbeitgeber ficht den Vertrag gemäß § 123 Abs. 1 BGB an.

Jeder Arbeitnehmer, der die Voraussetzungen des § 15 BErzGG erfüllt, hat einen Anspruch auf Gewährung von Elternzeit. Ferner genießt er von dem Zeitpunkt des Verlangens von Elternzeit an

---

<sup>193</sup> Das BAG judizierte (bislang - auch insoweit fehlt es an Entscheidungen aus der Zeit nach Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX) ohne weitere Differenzierung, nach einer Behinderung dürfe der Arbeitgeber fragen, wenn „die Behinderung erfahrungsgemäß die Eignung des Stellenbewerbers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt“, vgl. beispielsweise BAG AP Nr. 40 zu § 123 BGB, Bl. 2 R; AP Nr. 26 zu § 123 BGB, Bl. 4 f.; BAG NZA 1996, S. 371 ff. (372). Diese Rechtsprechung steht nicht im Einklang mit § 81 Abs. 2 SGB IX. Zum einen ist sie insoweit, als sie (wohl) jede Beeinträchtigung der Eignung ausreichen lässt, jedenfalls ungenau. Ferner findet der Zusatz „erfahrungsgemäß“ in der von der Rechtsprechung verwendeten Formel, deren praktischer Nutzen ohnehin unklar ist, keine Entsprechung in § 81 Abs. 2 SGB IX. Dieser Zusatz wäre im Übrigen nur dann sinnvoll, wenn das BAG eine Anfechtung auch in solchen Fällen zuließe, in denen sich herausstellt, dass die Schwerbehinderung für die Tätigkeit im konkreten Fall zwar ohne Bedeutung ist, erfahrungsgemäß aber von Bedeutung gewesen wäre. Es erscheint aber angesichts dessen, dass das BAG dem Arbeitgeber eine Anfechtung sogar dann versagt, wenn sich die Bedeutung eines (zulässigerweise) erfragten Umstandes „nur“ erledigt hat, zweifelhaft, ob das Gericht eine derartige Lösung tatsächlich vertreten würde. Schließlich wird die Rechtsprechung nicht umhinkommen, zukünftig danach zu differenzieren, ob eine *Schwerbehinderung* vorliegt oder nur eine solche geringeren Grades.

gemäß § 18 BErzGG Kündigungsschutz dahingehend, dass eine Kündigung wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit unzulässig ist.<sup>194</sup>

§ 18 BErzGG gilt - wie alle anderen Kündigungsverbote aufgrund bestimmter Umstände auch - naturgemäß nur für bestehende Arbeitsverhältnisse. Dieser Umstand allein kann jedoch nicht genügen, um eine entsprechende Begrenzung des arbeitgeberseitigen Auswahlmessens abzulehnen.<sup>195</sup> Denn es geht vorliegend nicht um eine Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Vorschriften, sondern um die Frage, ob die in ihnen zum Ausdruck kommende Risikozuweisung sich auf das Auswahlmessen und damit auf die Informationserhebung auswirkt. Diese Möglichkeit kann aber nicht mit dem schlichten Hinweis auf den Geltungsbereich der Normen abgetan werden.

Der Umfang von Vertragsbegründungs- und Vertragsbeendigungsfreiheit läuft zwar nicht notwendig parallel. So ist der Arbeitgeber beispielsweise unzweifelhaft nicht zu einer Sozialauswahl unter den Bewerbern verpflichtet. In den Fällen der auf bestimmte Umstände bezogenen Kündigungsverbote könnte die Berücksichtigung der betreffenden Umstände bei der Auswahlentscheidung jedoch widersprüchlich erscheinen und eine entsprechende Begrenzung des Auswahlmessens daher aus systematischen Gründen zu bejahen sein.

Mit § 18 BErzGG will der Gesetzgeber erreichen, dass die Entscheidung für die Inanspruchnahme von Elternzeit - neben den nicht zu unterschätzenden anderen Nachteilen in beruflicher Hinsicht - zumindest frei von der Gefahr eines drohenden Arbeitsplatzverlustes getroffen werden kann. Es handelt sich um eine Art Maßregelungsverbot: Die Wahrnehmung des Rechts auf Inanspruchnahme von Elternzeit darf der Arbeitgeber nicht zum Anlass

---

<sup>194</sup> Dasselbe ergibt sich aus dem ArbPISchG für die Einberufung zum Wehrdienst und für Wehrübungen.

<sup>195</sup> So aber Hofmann, ZfA 1975, S. 1 ff (S. 44 f.)

nehmen, den betreffenden Arbeitnehmer in Form einer Kündigung zu benachteiligen.<sup>196</sup> Allgemein formuliert: Dem Arbeitgeber wird das Risiko des Ausfalls der Arbeitskraft durch Inanspruchnahme von Elternzeit auferlegt.<sup>197</sup>

Der Versuch des Arbeitgebers, dieses Risiko vorvertraglich durch eine entsprechende Bewerberauswahl zu minimieren, könnte als unzulässig zu bewerten sein. Man könnte argumentieren, wenn der Gesetzgeber dem Arbeitgeber ein bestimmtes Risiko zumute, erscheine es widersprüchlich, dem Arbeitgeber gleichzeitig die Möglichkeit der Risikominimierung zu belassen.<sup>198</sup> Vorvertragliche Information dient allerdings gerade der Abschätzung von mit dem intendierten Vertrag verbundenen Chancen und Risiken. Von diesem Standpunkt aus ließe sich genau umgekehrt argumentieren, gerade weil das Gesetz dem Arbeitgeber bestimmte Risiken zuweist, müsse er sich über diese auch informieren dürfen.

Die Entscheidung zwischen diesen beiden Positionen erfordert eine genauere Analyse des dem Arbeitgeber zugewiesenen Risikos. Dem BErzGG lässt sich Genaueres über den Umfang des dem Arbeitgeber zugewiesenen Risikos nicht entnehmen. Zu berücksichtigen ist, dass die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers ebenso wie die Vertragsbegründungsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt ist. Die Auslegung einer dieses Recht beschränkenden Norm muss an einer möglichst weitgehenden Erhaltung der Freiheit orientiert sein. Vor diesem Hintergrund muss § 18 BErzGG dahingehend interpretiert werden, dass der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls infolge der Inanspruchnahme von Elternzeit nur bezogen auf den konkreten, von ihm eingestell-

---

<sup>196</sup> Nichts anderes gilt für die anderen eingangs erwähnten Normen, wobei es sich teilweise allerdings nicht um die Wahrnehmung von Rechten handelt, sondern - wie im Fall des ArbPISchG - um die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen.

<sup>197</sup> An dieser Stelle wird deutlich, dass sich die hier behandelten speziellen und auf einen Umstand begrenzten Kündigungsverbote von den allgemeinen Beschränkungen der Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers unterscheiden. Hier wird (nur) ein bestimmter Beweggrund für die Kündigung für unzulässig erklärt, im Übrigen wird die Vertragsbeendigungsfreiheit durch diese Vorschriften nicht berührt.

ten Arbeitnehmer trägt. Das bedeutet zugleich, dass er versuchen darf, das Risiko im Vorfeld durch eine entsprechende Auswahlentscheidung zu minimieren. Dementsprechend lässt sich auch ein diesbezügliches Informationserhebungsverbot aus § 18 BErzGG nicht ableiten.

Dieses Ergebnis erscheint bei näherer Betrachtung auch nicht widersprüchlich. Der Stellenbewerber läuft bei geplanter Inanspruchnahme von Elternzeit - nur - Gefahr, seine Einstellungs-chance zu verlieren. Demjenigen, der bereits eingestellt ist, droht dagegen die Gefahr des Arbeitsplatzverlustes. Gesicherte Rechtspositionen werden durch das Recht aber durchgehend stärker und umfassender geschützt als bloße Aussichten und Chancen<sup>199</sup>.

Das gefundene Ergebnis lässt sich verallgemeinern: Da jedes Verbot der Kündigung aufgrund eines bestimmten Umstandes in die verfassungsrechtlich geschützte Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers eingreift, muss das Kündigungsverbot immer als ein solches bezogen auf den konkreten - durch den Arbeitgeber ausgewählten - Arbeitnehmer interpretiert werden.

Eine Begrenzung der Auswahlfreiheit und damit der Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers lässt sich aus derartigen Kündigungsverboten nach alledem nicht begründen.

### **3. Zuweisung von Leistungsstörungsrisiken durch Gesetz**

*Fall 18:* Bewerber B leidet unter einer chronischen Darmerkrankung. Infolge dieser Krankheit war er in den letzten drei Jahren im Durchschnitt jeweils vier Mal jährlich zwischen 7 und 21 Tagen arbeitsunfähig erkrankt. Es ist zu erwarten, dass B auch in Zukunft mit derselben Häufigkeit seiner Arbeit nicht

---

<sup>198</sup> So wohl MünchArb-Buchner, § 41, Rn. 60 ff. für das Entgeltfortzahlungsg.

<sup>199</sup> Der Schutz von Aussichten und Chancen durch das Recht ist minimal und setzt immer zumindest das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses voraus. Eine Zwischenstellung nehmen die Anwartschaften ein.

wird nachgehen können. Im Einstellungsfragebogen erklärt er, unter keiner chronischen Erkrankung zu leiden. Nachdem der Arbeitgeber von den wahren Umständen erfährt, ficht er den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an.

§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz verpflichtet den Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit für die Dauer von 6 Wochen. In der Terminologie des Leistungsstörungsrechts formuliert werden dem Arbeitgeber bei beiderseits unverschuldeter Unmöglichkeit für eine bestimmte Zeitspanne Leistungs- und Gegenleistungsrisiko auferlegt.

Auch hier stellt sich die Frage, ob mit der Argumentation, wenn das Gesetz dem Arbeitgeber dieses Risiko aufbürde, dürfe er im Vorfeld nicht versuchen, es zu minimieren, eine Beschränkung des Auswahlermessens begründet werden kann.

Die Problemstellung und die Struktur ihrer Lösung entsprechen der für die soeben behandelten Kündigungsverbote: Auch hier muss das dem Arbeitgeber auferlegte Risiko genauer bestimmt werden. Nur auf diesem Wege lässt sich ermitteln, ob nicht richtigerweise zu argumentieren ist, dass der Arbeitgeber berechtigt sein muss, sich über die ihm übertragenen Risiken zu informieren und seine Entscheidung darauf auszurichten. Nach den Grundsätzen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts trägt im Fall unverschuldeter Unmöglichkeit jede Seite das eigene Vertragsrisiko. Das Entgeltfortzahlungsgesetz ändert diese Risikoverteilung aus sozialen Gründen. Als Ausnahmeregelung ist das Gesetz richtigerweise eng zu interpretieren. Das Entgeltfortzahlungsgesetz ist deshalb dahingehend zu verstehen, dass die Risikoumverteilung nur im bestehenden Arbeitsverhältnis, bezogen auf den konkreten, vom Arbeitgeber (insoweit) frei ausgewählten und eingestellten Arbeitnehmer erfolgt.

Diese Argumentation gilt gleichermaßen für alle anderen Vorschriften, die die im Leistungsstörungsrecht festgelegte Verteilung

von Leistungs- und Gegenleistungsrisiko zu Lasten eines Vertragspartners verschieben.<sup>200</sup>

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Normen, die das Vertragsrisiko zu Lasten des Arbeitgebers verschieben, haben keine - einschränkenden - Auswirkungen auf das Auswahlmessen und die Informationserhebungsfreiheit. Das hat vor allem Bedeutung für die praktisch besonders relevante Fallgruppe der Frage nach bestehenden Krankheiten. Die von der Rechtsprechung vertretene Beschränkung des arbeitgeberseitigen Fragerechts nach Krankheiten auf die Fälle, in denen die Krankheit dauerhaft oder periodisch wiederkehrend die Eignung für den Arbeitsplatz einschränkt oder in denen durch die Erkrankung die Gefährdung anderer Mitarbeiter droht<sup>201</sup>, lässt sich jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung zu Lasten des Arbeitgebers im Entgeltfortzahlungsg nicht herleiten. Vorbehaltlich etwaiger Einschränkungen aus anderen Gründen<sup>202</sup> bleibt es deshalb insoweit - im Gegensatz zu den Ergebnissen der Rechtsprechung - bei den allgemeinen Grundsätzen: Der Stellenbewerber müsste Fragen des Arbeitgebers nach bestehenden Erkrankungen wahrheitsgemäß beantworten oder die Antwort auf die Frage verweigern.

## II. § 53 Abs. 1 BZRG

§ 53 Abs. 1 BZRG sieht vor, dass ein Verurteilter sich als unbestraft bezeichnen darf, wenn die Verurteilung in ein Führungszeugnis nicht aufzunehmen oder zu tilgen ist. Der Gesetzgeber hat damit eine positivrechtliche Grenze für die Mitteilungspflicht zwischen Privaten geschaffen. Versäumt es ein Arbeitgeber, seine

---

<sup>200</sup> In diese Gruppe gehört beispielsweise § 616 BGB, der allerdings im Arbeitsrecht aufgrund der Überlagerung durch das Entgeltfortzahlungsg keine allzu große Rolle spielt. § 615 BGB wird im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls nicht relevant, da sich keine Gründe in der Person oder auch nur aus der Sphäre des Stellenbewerbers denken lassen, die einen Annahmeverzug des Arbeitgebers oder ein Betriebsrisiko zur Folge hat (letzteres schließt eine Ursache in der Sphäre des Arbeitnehmers sogar begrifflich bereits aus).

<sup>201</sup> Vgl. BAG AP Nr. 26 zu § 123 BGB Bl. 3 R.

<sup>202</sup> Vgl. insoweit die nachfolgenden Ausführungen, (geringfügige) Einschränkungen können sich im Ergebnis allenfalls aus dem Persönlichkeitsrecht des Bewerbers ergeben.

Frage entsprechend zu beschränken oder fragt er sogar explizit auch nach getilgten Vorstrafen, so fehlt es im Falle einer wahrheitswidrigen Antwort an einer „Täuschung“ im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB.<sup>203</sup>

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass darüber hinausgehend die Frage nach Vorstrafen nur dann wahrheitsgemäß beantwortet werden muss, wenn die Vorstrafe für das in Aussicht stehende Arbeitsverhältnis relevant erscheint.<sup>204</sup> Eine solche weitergehende Einschränkung lässt sich jedenfalls aus § 53 Abs. 1 BZRG nicht herleiten.<sup>205</sup>

### **III. Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention**

#### **1. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG**

Eine grundgesetzliche Grenze für die Informationserhebung des Arbeitgebers folgt aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG.<sup>206</sup> Unabhängig davon, ob man mit der herrschenden Meinung<sup>207</sup> davon ausgeht, dass es sich bei Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG um eine Norm mit unmittelbarer Drittwirkung handelt oder ob man sie für eine „zivilrechtliche

---

<sup>203</sup> Allgemeine Ansicht, vgl. z. B. Schaub, ArbRHdb, § 26, Rn. 29; MünchArb-Buchner, § 41, Rn. 151; Hofmann, ZfA 1975 S. 1 ff. (29 ff.); Staudinger-Richardi, § 611 a, Rn. 107 f.; Soergel-Kraft, § 611, Rn. 29; MünchKomm-Kramer, § 123, Rn. 16. Zur dogmatischen Konstruktion vgl. oben unter A.

<sup>204</sup> Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB, Bl. 2 R; aus neuerer Zeit BAG NZA 1999, S. 975 ff.; ebenso Staudinger-Richardi, § 611, Rn. 107 f.; Soergel-Kraft, § 611, Rn. 29; MünchKomm-Kramer, § 123, Rn. 16.

<sup>205</sup> Eine derartige weitergehende Einschränkung müsste auf anderem Wege begründet werden, dazu unter B. Im Schrifttum wird teilweise vertreten, § 53 Abs. 1 BZRG stünde als abschließende Regelung einer weiteren Einschränkung der arbeitgeberseitigen Informationserhebung entgegen, vgl. Hofmann, ZfA 1975, S. 1 ff. (32 f.); Otto, Personale Freiheit, S. 53 f.; Degener, Fragerecht, S. 109; dieser Auffassung im Ergebnis ebenfalls zuneigend MünchArb-Buchner, § 41, Rn. 150.

<sup>206</sup> Es sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass die hier ermittelten Grenzen für die Informationserhebung prinzipiell nicht nur den Arbeitgeber, sondern auch den Stellenbewerber oder sogar alle Privaten treffen und dass die Beschränkung auf die Person des Arbeitgebers im Text einzig der besseren Lesbarkeit dient. So wird bspw. die Informationserhebung des Stellenbewerbers aus denselben Gründen durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG beschränkt wie die des Arbeitgebers, so auch Boemke, NZA 2004, S. 142 ff. A. A: BAG NZA 2003, S. 1207, das diese Entscheidung indes nicht begründet.

<sup>207</sup> BVerfGE 57, 220 ff. (235); Dreier/Bauer, GG Bd. I, Art. 9, Rn. 88 f.; Sachs-Höfling, GG, Art. 9, Rn. 124 f.; Jarass/Pieroth, GG; Art. 9, Rn. 34; v.

Vorschrift mit Verfassungsrang<sup>208</sup> hält, ist ihr jedenfalls ein im Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten ohne weiteres geltendes Verbot der Beschränkung der Koalitionsfreiheit zu entnehmen.

Hieraus folgt für den vorliegenden Problemkomplex, dass die Auswahlfreiheit des Arbeitgebers durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG beschränkt wird. Er darf weder die Gewerkschaftszugehörigkeit noch die fehlende Zugehörigkeit zu einem Arbeitnehmerverband<sup>209</sup> bei seiner Entscheidung berücksichtigen. Hieraus könnte auf eine entsprechende Begrenzung auch der Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers zu schließen sein.<sup>210</sup>

Gegen die Bewertung der Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit als „unzulässig“<sup>211</sup> wird eingewandt, eine diesbezügliche Nachfrage ziele in aller Regel nicht auf eine Diskriminierung ab. Sie diene vielmehr der Befriedigung eines rein informatorischen Interesses, da an die Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers auch Folgen für den Arbeitgeber geknüpft seien, beispielsweise die Pflicht zur tariflichen Entlohnung.<sup>212</sup>

Es erscheint allerdings äußerst fragwürdig, ob diese Konsequenzen für den Arbeitgeber bei der Einstellungsentscheidung tatsächlich ohne Relevanz sind: Ein wirtschaftlich denkender Arbeitgeber, der mit seinen nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern einen untertariflichen Lohn vereinbart, wird den Umstand der Tarifgebundenheit eines Stellenbewerbers bei seiner Einstellungsentscheidung durchaus berücksichtigen. Denn er wird entschei-

---

Münch/Kunig-Löwer, GG Bd. I, Art. 9, Rn. 76.

<sup>208</sup> So Ipsen, Staatsrecht, Rn. 668.

<sup>209</sup> Richtigerweise gehört auch die negative Koalitionsfreiheit zum Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG, vgl. dazu bspw. BVerfGE 50, S. 290 ff. (367); 93, S. 37 ff. (83); v. Münch/Kunig-Löwe, Art. 9, Rn. 85.

<sup>210</sup> Zur dogmatischen Begründung unter A.

<sup>211</sup> Zu der dogmatischen Konzeption der Fragerechtsbegrenzung durch die herrschende Meinung, der die im Folgenden vorgestellte Ansicht Knevels' folgt, vgl. im 1. Kapitel unter B I 1.

<sup>212</sup> Knevels, BB 1965, S. 336. Dagegen Rüthers, BB 1966, S. 824 ff. mit einer Erwiderung von Knevels auf S. 826.

den müssen, ob er bereit ist, den höheren - tariflichen - Lohn zu zahlen.

Man könnte zudem meinen, bei all den vorstehenden Überlegungen handele es sich um eine juristisches Scheingefecht, weil der wegen arglistiger Täuschung anfechtende Arbeitgeber ja unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass er die - falsche - Information des Bewerbers hinsichtlich der Gewerkschaftszugehörigkeit bei seiner Einstellungsentscheidung berücksichtigt hat. Dieses auf den ersten Blick einleuchtende Argument vernachlässigt allerdings die vorab zu klärende Frage, ob ein (theoretisch denkbare) anderweitiges, berechtigtes Informationsinteresse des Arbeitgebers übergangen werden darf. Diese Frage wird man jedenfalls dann bejahen können, wenn dem Arbeitgeber kein Nachteil daraus entsteht, dass er die betreffende Information erst nach Abschluss des Arbeitsvertrages erhält. Das ist vorliegend der Fall. Wenn es dem Arbeitgeber tatsächlich nur um die organisatorischen und administrativen Folgen der Gewerkschaftszugehörigkeit geht, so reicht die Information nach Vertragsschluss zur Wahrung seiner Interessen völlig aus.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten: Die Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers<sup>213</sup> wird durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG begrenzt. Beantwortet ein Stellenbewerber die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit nicht der Wahrheit entsprechend, so berechtigt dieser Umstand den Arbeitgeber nicht zur Anfechtung des Arbeitsvertrages gemäß § 123 Abs. 1 BGB.

Anderes gilt selbstverständlich für Tendenzbetriebe. Dass die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit für diese ausnahmsweise zulässig ist, wird - soweit ersichtlich - nicht bestritten.<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> Sowie des Stellenbewerbers, vgl. die Ausführungen in Fn. 206.

<sup>214</sup> MünchArb-Buchner, § 41, Rn. 16 ff.; Staudinger-Richardi, § 611, Rn. 99 f.; Kasseler Hdb-Künzl, Sektion 2.1, Rn. 106.

## 2. andere Grundrechte

Dass die Grundrechte abgesehen von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG zwischen Privatrechtssubjekten nach richtiger Ansicht keine unmittelbare Wirkung haben, wurde bereits ausgeführt. Anerkannt ist jedoch, dass die Grundrechte auch im Privatrecht Bedeutung erlangen. Daher ist zu klären, ob und inwieweit die Grundrechte Einfluss auf den Umfang der Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers haben. Von besonderer praktischer Relevanz ist in diesem Zusammenhang Art. 3 Abs. 3 GG, der deshalb stellvertretend für alle anderen Grundrechte näher untersucht sei<sup>215</sup>:

Ursprünglich war der Theorie von der unmittelbaren Drittwirkung die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte entgegengesetzt worden. In neuerer Zeit wird der Einfluss der Grundrechte im Privatrecht mit der unmittelbaren Bindung des (Privatrechts-)Gesetzgebers sowie der Zivilgerichte an die Grundrechte über Art. 1 Abs. 3 GG begründet.<sup>216</sup> Diese Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte, die den Privatrechtsgesetzgeber sowie - subsidiär - die Zivilgerichte verpflichtet, für einen Ausgleich kollidierender Grundrechtspositionen dergestalt Sorge zu tragen, dass sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden<sup>217</sup>, führt für die hier zu behandelnde Fragestellung in der Sache nicht zu anderen Ergebnissen als die Theorie von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Die inhaltlichen Neuerungen betreffen die Frage nach der Gewährleistung materialer Vertragsfreiheit. Es geht um den Ausgleich von Ungleichgewichtslagen, die zu einem übermäßigen Freiheitsgebrauch durch die eine und die dadurch bedingte Einschränkung der Vertragsfreiheit bis hin zur Fremdbe-

---

<sup>215</sup> Art. 3 Abs. 2 GG wird einfachgesetzlich von § 611 a BGB überlagert, zu dem sich aus dieser Norm ergebenden Beschränkungen der Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers bereits oben unter 1. Für andere Grundrechte gilt das nachfolgend Ausgeführte entsprechend. Zur Frage des Grundrechtsverzichts in diesem Zusammenhang (bezogen auf Art. 4 Abs. 1 GG) vgl. Adam, NZA 2003, S. 1375 ff. (insb. 1377 f.).

<sup>216</sup> BVerfG NJW 1990, S. 1496 ff. (sog. Handelsvertreter-Entscheidung); NJW 1994, S. 36 ff. (sog. Bürgschafts-Entscheidung); diese Lehre wurde maßgeblich beeinflusst durch Canaris, AcP 184 (1984) S. 201 ff. (insb. S. 225 ff.).

<sup>217</sup> BVerfG NJW 1994, S. 36 ff. (38); dies klingt auch schon in NJW 1990, S.

stimmung für die andere Seite führen. Instrumente für die Herstellung der für die tatsächliche Freiheitsverwirklichung erforderlichen Parität sind vor allem die Vertragsinhaltskontrolle, daneben auch die Statuierung (zusätzlicher) vorvertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten. Bezugspunkt ist der Vertragsinhalt.<sup>218</sup>

Vorliegend geht es hingegen um das Auswahlermessen als Teil der Vertragsabschlussfreiheit. Auch insoweit ist denkbar, dass aufgrund besonderer Umstände ein übermäßiger Freiheitsgebrauch durch den Arbeitgeber zu begrenzen ist.<sup>219</sup> Bevor der Frage nach der Begrenzung des übermäßigen Freiheitsgebrauchs nachgegangen wird, ist aber zu klären, ob und inwieweit die Abschlussfreiheit unabhängig von eventuellen Machtungleichgewichten durch die Grundrechte begrenzt wird. Insoweit bleibt es im Ergebnis dabei, dass die Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Normen - Anwendungsfeld sind vor allem die Generalklauseln - zu beachten sind. Lediglich die dogmatische Begründung für die Einwirkung der Grundrechte hat sich geändert<sup>220</sup>, nicht aber Qualität und Intensität.

Eine Beschränkung der arbeitgeberseitigen Informationserhebung könnte sich auch hier aus einer entsprechenden Begrenzung des Auswahlermessens ergeben.<sup>221</sup> Eine allgemeine oder verallgemeinerungsfähige Norm zur Regulierung der Vertragsabschlussfreiheit, die im Lichte der Grundrechte auszulegen wäre, enthält das Privatrecht ebenso wenig wie das Arbeitsrecht. Daher muss auf die zivilrechtlichen Generalklauseln zurückgegriffen werden.

---

1496 ff. (1497) an.

<sup>218</sup> Vgl. dazu die vorstehend zitierten Urteile sowie Preis, AuR 1994, S. 139 ff.; Grün, WM 1994, S. 713 ff. Allgemein zu diesem Themenkomplex Preis, Grundfragen, S. 37 ff., der auch die Bedeutung dieser Lehre für das Arbeitsrecht behandelt, sowie die Nachweise in Fn. 107. Klargestellt sei allerdings, dass - zumindest bislang - in die Aushandlung von Leistung und Gegenleistung i. e. S. selbst nicht eingegriffen wird, es geht vielmehr um benachteiligende Klauseln u. ä. Vgl. Ritgen, JZ 2002, S. 114 ff. zu den Tendenzen des Gesetzgebers, auch in den Kernbereich des Vertrages einzugreifen.

<sup>219</sup> Dazu unter B.

<sup>220</sup> Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich, S. 23, spricht von einer „Entmystifizierung“.

<sup>221</sup> Zur dogmatischen Konstruktion vgl. oben unter A.

Die durch einen der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Umstände motivierte Ablehnung eines Stellenbewerbers könnte als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB zu qualifizieren sein. Eine abstrakt-generelle Beschränkung des Auswahlermessens dahingehend, dass die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Umstände bei der Einstellungsentscheidung nicht berücksichtigt werden dürfen und eine dem entsprechende Beschränkung der Informationserhebungsfreiheit kommen indes nur in Betracht, wenn der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG ohne weiteres immer zum Verdikt der Sittenwidrigkeit führt.<sup>222</sup>

Das Vorliegen einer sittenwidrigen Schädigung im Sinne von § 826 BGB ist grundsätzlich anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.<sup>223</sup> Das muss auch dann gelten, wenn gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen wurde oder die Berücksichtigung eines Umstandes mit einem Freiheitsrecht kollidiert. Anderenfalls würde zum einen auf dem Umweg über § 826 BGB eine zumindest faktische - aus den genannten Gründen abzulehnende - unmittelbare Bindung des Privaten an die Grundrechte begründet. Zum anderen zeigen aber auch folgende Überlegungen, dass eine von den Umständen des Einzelfalls unabhängige, starre Bindung zu weit ginge: Nicht jeder Fall, in dem unter Art. 3 Abs. 3 GG fallende Umstände zur Entscheidungsgrundlage gemacht werden, ist als sittenwidrig zu verurteilen. Im Arbeitsrecht ist vordringlich an die so genannten Tendenzbetriebe zu denken. Wer als politischer Redakteur eingestellt werden möchte, muss sich die Frage nach seiner politischen Einstellung gefallen lassen. Ebenso wenig erscheint es sittenwidrig, wenn eine kirchliche Einrichtung die Einstellungsentscheidung von der Mitgliedschaft des Bewerbers in der entsprechenden Glaubensgemeinschaft abhängig macht. Es verstößt auch nicht gegen das allgemeine Anstandsgefühl, wenn ein Arbeitgeber die Entschei-

---

<sup>222</sup> So auch Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 232 ff. (insb. S. 233).

<sup>223</sup> Palandt-Thomas, § 826, Rn. 2; MünchKomm-Mertens, § 826, Rn. 40 ff.; Soergel-Hönn/Dönneweg, § 826, Rn. 38.

derung für einen von zwei im übrigen gleich qualifizierten Bewerbern von einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Umstände abhängig machen möchte. Noch deutlicher wird das Gesagte, wenn man den Blick einmal weg vom Abschluss von Arbeitsverträgen auf andere zivilrechtliche Verträge richtet: Warum sollte eine in der katholischen Hochschulgemeinde aktive Wohngemeinschaft ein frei werdendes Zimmer nicht ausschließlich an einen Studenten vermieten dürfen, der mit der katholischen Kirche zumindest sympathisiert?<sup>224</sup> Ein überzeugendes Beispiel bildet auch *Dürig*: „... So kann ein Privatunternehmer, wenn er sich diesen Luxus wirtschaftlich leisten kann, seine Zulieferer nach konfessionellen Gesichtspunkten aussuchen ...“<sup>225</sup>.

Nach alledem muss die Entscheidung, ob die Ausrichtung der zum Vertragsschluss führenden Willensbildung an einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale als „sittenwidrig“ zu qualifizieren ist, anhand der Umstände des Einzelfalls gefällt werden. Der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG führt mithin nicht immer zugleich zum Verdikt der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 826 BGB.<sup>226</sup>

Es bleibt im Ergebnis daher bei der bloßen *Möglichkeit* einer sittenwidrigen Schädigung durch Berücksichtigung von unter Art. 3 Abs. 3 GG oder andere Grundrechte fallenden Merkmalen bei der Vertragsschlussentscheidung durch den Arbeitgeber. Das reicht nicht aus, um eine abstrakt-generelle, von den Umständen des Einzelfalls abgelöste Begrenzung der Informationserhebungsfreiheit zu begründen. Auch die Formulierung abstrakt-genereller Ausnahmetatbestände ist nicht möglich.

Zu klären bleibt, ob in den Fällen, in denen aufgrund der Umstände des Einzelfalls die Ablehnung des Bewerbers wegen eines in

---

<sup>224</sup> Im Ergebnis ebenso Larenz, BGB AT, S. 84 f.: „Grundsätzlich muss es jedoch im Bereich des ‚privaten‘ Geschäftsverkehr dem einzelnen überlassen bleiben, ob und mit wem er vertragliche Beziehungen aufnehmen will.“

<sup>225</sup> Maunz u.a.-Dürig, GG Bd. 1, Art. 3 I, Rn. 512.

<sup>226</sup> Für andere Grundrechte kann nichts Abweichendes gelten.

den Schutzbereich eines Grundrechts fallenden Umstandes sittenwidrig gewesen wäre, eine Anfechtung wegen diesbezüglicher nicht wahrheitsgemäßer Angaben gemäß § 123 Abs. 1 BGB im Wege der objektiv einschränkenden Interpretation dieser Vorschrift zu versagen ist. Eine solche Lösung scheint auf den ersten Blick im Widerspruch zu der freien Kündbarkeit von Arbeitsverhältnissen in den ersten sechs Monaten zu stehen. Indes haben die Gerichte auch die „freie“ Kündigung unter den Vorbehalt von Treu und Glauben gestellt und im Einzelfall judiziert, eine Kündigung sei wegen ihrer Grundrechtswidrigkeit treuwidrig gewesen.<sup>227</sup> Auch der mit der Versagung der Anfechtung scheinbar verbundene faktische Kontrahierungszwang ist bei näherem Hinsehen kein Hindernis: Erweist sich im Einzelfall, dass die Entscheidung auf den in Rede stehenden Umstand nicht hätte gestützt werden dürfen, folgt daraus zwar noch nicht, dass der Nichtabschluss des Vertrages verboten gewesen und der Schaden deshalb im Wege des Vertragsschlusses bzw. der Aufrechterhaltung des Vertrages zu ersetzen wäre. Denn nur die Entscheidung, gerade aus dem betreffenden Grund den Vertrag nicht abzuschließen, wäre sittenwidrig gewesen. Im Übrigen wäre der Arbeitgeber weiterhin frei gewesen, auch unsachliche Motive zur Entscheidungsgrundlage zu machen. Richtigerweise wäre im Rahmen des § 826 BGB der Schaden im Wege der erneuten Entscheidung ohne Berücksichtigung des betreffenden Umstandes zu ersetzen. Genau diese fiktive Entscheidungssituation lag aber vor, wenn die Frage nach dem nicht berücksichtigungsfähigen Umstand falsch beantwortet wurde. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erfolgt in den angesprochenen Fällen mit der Begründung, dass der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, wenn die Wahrheit bezüglich des betreffenden, Art. 3 Abs. 3 GG unterfallenden Umstandes bekannt gewesen wäre. Ist aber die Berücksichtigung dieses Umstandes

---

<sup>227</sup> Vgl. bspw. BAG NJW 1995, S. 275 ff. (Kündigung wegen Homosexualität); BAG EzA § 242 Nr. 39; BAG AP Nr. 2 zu § 242 BGB Kündigung; im Ergebnis ebenso, wenn auch zweifelnd hinsichtlich der dogmatischen Verortung bei § 242 BGB, v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 13, Rn. 92 a.

als sittenwidrig zu qualifizieren und war daher die Entscheidung von Rechts wegen ohnehin ohne die entsprechende Kenntnis zu fällen, lag mithin genau die zu bildende fiktive Entscheidungssituation tatsächlich vor. Wird die Anfechtung in diesen Fällen als treuwidrig versagt, führt das folglich nicht zu einer übermäßigen, über das rechtlich Zulässige hinausgehenden Bindung des Arbeitgebers.

Als Zwischenergebnis sei an dieser Stelle festgehalten: Die Vertragsabschlussfreiheit und damit auch die Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers wird nicht grundsätzlich durch Art. 3 Abs. 3 GG oder andere Grundrechte begrenzt. Die Berücksichtigung eines grundrechtsrelevanten Umstandes bei der Vertragsschlussentscheidung kann zwar im Einzelfall sittenwidrig sein, hieraus kann aber nicht auf ein grundsätzliches Informationserhebungsverbot geschlossen werden. Wird im Einzelfall aber die Sittenwidrigkeit der - potentiellen - Berücksichtigung eines Umstandes festgestellt, ist die Anfechtung wegen wahrheitswidriger Beantwortung einer diesbezüglichen Frage aber im Wege der objektiv einschränkenden Interpretation des § 123 Abs. 1 BGB zu versagen.

Es bleibt - wie schon im Rahmen der Differenzierungsverbote nach § 611 a BGB und § 81 Abs. 2 SGB IX - die Frage zu beantworten, wer das Risiko einer Fehleinschätzung hinsichtlich der Sittenwidrigkeit der Berücksichtigung eines grundrechtsrelevanten Umstandes im konkreten Fall trägt. Prinzipiell muss hier dasselbe gelten wie im Rahmen von § 611 a BGB und § 81 Abs. 2 SGB IX: Da auch hier nicht automatisch aus der Tatsache, dass die Frage gestellt wird, die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Antwort mit der (einzigen) Alternative der Antwortverweigerung folgt, ist auch an dieser Stelle für das Merkmal „Arglist“ im Rahmen von § 123 Abs. 1 BGB zu fordern, dass der Vorsatz diejenigen Tatsachen umfassen muss, die bei der Interessenabwägung zu dem Ergebnis führen, dass die Berücksichtigung des erfragten Umstandes bei der

Auswahlentscheidung nicht sittenwidrig ist.<sup>228</sup> Angesichts der Tatsache, dass diese Interessenabwägung weitaus umfassender und dadurch weniger vorhersehbar ist als die Beurteilung, ob die wesentlich klarer umrissenen Ausnahmetatbestände der § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB und § 81 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 SGB IX vorliegen, sind allerdings an den Nachweis dieses Vorsatzes geringere Anforderungen zu stellen. Bedingter Vorsatz des wahrheitswidrig antwortenden Stellenbewerbers wird hier häufiger zu bejahen sein, letztlich wird es auf die Beurteilung im Einzelfall ankommen. Dennoch wird ein Arbeitgeber gut beraten sein, seine Motivation offen zu legen, wenn er grundrechtsrelevante Umstände erfragt.<sup>229</sup>

### **3. Art. 6 Abs. 2 EMRK**

Eine Grenze für die arbeitgeberseitige Informationserhebung könnte sich schließlich für die Frage nach laufenden Straf- und Ermittlungsverfahren aus der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK ergeben. Auch die Normen der EMRK entfalten keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten.<sup>230</sup>

Dennoch wird vereinzelt davon ausgegangen, die Unschuldsvermutung führe zur Unzulässigkeit arbeitgeberseitigen Fragen nach anhängigen Ermittlungs- und Hauptverfahren.<sup>231</sup> Zur Begründung wird ausgeführt, anderenfalls würde der Bewerber durch die im Regelfall zu erwartende Ablehnung der Einstellung aufgrund eines bloßen Verdachts bereits „bestraft“.<sup>232</sup>

---

<sup>228</sup> Zu § 611 a BGB vgl. insoweit unter A I 1 a bb, zu § 81 Abs. 2 SGB IX unter A I 1 b bb.

<sup>229</sup> Schließlich ist auch nicht rechtzeitig umgesetzten EG-Richtlinien im Wege der richtlinienkonformen Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln, also auch § 826 BGB, Geltung zu verschaffen. Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem an die so genannten Anti-Diskriminierungs-Richtlinien 2000/43/EG (ABl. EG Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22) und 2000/78/EG (ABl. EG Nr. L v. 2.2.2000, S. 16) zu denken. Zu den Voraussetzungen und Einzelheiten der richtlinienkonformen Auslegung vgl. Riesenhuber/ Domröse, RIW 2005, S. 47 ff. sowie Thüsing, NJW 2003, S. 3441 ff.

<sup>230</sup> Vgl. Löwe/Rosenberg-Gollwitzer, StPO Art. 6 MRK, Rn. 108; Frowein, FS Huber, S. 553 ff.; Kühl, FS Hubmann, S. 241 ff. (245 f.); Meyer, FS Tröndle, S. 61 ff. (insb. 63); Rüping, FS Dünnebier, S. 391 ff. (396).

<sup>231</sup> Moritz, NZA 1987, S. 329 ff. (S. 333); ArbG Münster, NZA 1993, S. 461.

<sup>232</sup> So Moritz, NZA 1987, S. 329 ff. (S.333).

Diese Ansicht übersieht zweierlei: Zum einen kann das berechnigte Interesse des Arbeitgebers, über die Verfügbarkeit des einzustellenden Bewerbers informiert zu sein, mit dieser Begründung nicht eliminiert werden. Zum anderen überdehnt sie den Normzweck von Art. 6 Abs. 2 EMRK: Der Vorschrift lässt sich nicht entnehmen, dass dem Betroffenen aus der Tatsache, dass gegen ihn ein Verfahren betrieben wird, überhaupt keine Nachteile entstehen dürfen.<sup>233</sup> Sie soll vielmehr dafür sorgen, dass der Beschuldigte nicht als schuldig im strafrechtlichen Sinne behandelt wird, bevor ihm seine Schuld in einem gesetzlich geregelten Verfahren nachgewiesen wurde.

Art. 6 Abs. 2 EMRK begrenzt die Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers deshalb nicht.

#### **IV. Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Grenze der Informationserhebung**

Als ungeschriebenes Recht könnte schließlich das Persönlichkeitsrecht des Stellenbewerbers der Informationsfreiheit des Arbeitgebers entgegenstehen.

Diesen Lösungsansatz verfolgt der Idee nach - wie bereits dargelegt - auch die arbeitsrechtliche Rechtsprechung und ein Teil der Literatur: Dem Stellenbewerber wird ein „Recht zur Lüge“ bei unzulässigen Fragen des Arbeitgebers zugestanden, weil diese Fragen ihn in seinem Persönlichkeitsrecht verletzen würden, wobei eine solche Persönlichkeitsrechtsverletzung bei jeder Frage vorliegen soll, an der der Arbeitgeber kein objektiv berechtigtes Interesse hat.<sup>234</sup> Dass dieser Lösungsansatz zumindest in dieser Allgemeinheit nicht haltbar ist, wurde ebenfalls bereits dargelegt.<sup>235</sup>

Entscheidend kommt es zunächst darauf an, in welchen Fällen die Informationserhebung durch den Arbeitgeber mit dem Persönlich-

---

<sup>233</sup> So richtigerweise BAG NZA 1999, S. 975 ff. (S. 976); Hofmann, ZfA 1975, S. 1 ff. (S. 35); Raab, RdA 1995, S. 36 ff. (45).

<sup>234</sup> Zu den Einzelheiten im 1. Kapitel unter B I 1.

<sup>235</sup> 1. Kapitel B I 1.

keitsrecht des Stellenbewerbers überhaupt kollidieren kann. Betrachtet man die Einstellungssituation in tatsächlicher Hinsicht, so kommen theoretisch drei verschiedene Verletzungs“handlungen“ des Arbeitgebers in Betracht: Die Fragestellung, die Kenntniserlangung und die Verwertung der erfragten Information bei der Einstellungsentscheidung:

### **1. Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Fragen des Arbeitgebers**

Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch die bloße Fragestellung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Allein eine Frage - ohne Hinzudenken der Antwort und eventueller weiterer Konsequenzen - kann nur dann in das Persönlichkeitsrecht eingreifen, wenn sie beleidigenden, ehrverletzenden Charakter hat, mit anderen Worten, wenn die mit der Frage zum Ausdruck kommende Aussage bereits eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellt. Das ist aber eben nur der Fall, wenn die in der Frage enthaltene Äußerung ehrverletzenden, beleidigenden Charakter hat.<sup>236</sup> Hierher gehören insbesondere Fragen aus dem Intimbereich wie die nach der praktizierten Verhütungsmethode, nach dem letzten Geschlechtsverkehr<sup>237</sup> oder ob überhaupt schon einmal Geschlechtsverkehr stattgefunden habe.<sup>238</sup>

Angesichts dessen, dass schon in der Frage selbst die Verletzung des Persönlichkeitsrechts liegt, erscheint allerdings zweifelhaft, ob eine Begrenzung der Informationserhebungsfreiheit das geeignete Mittel ist, um derartigen Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht zu begegnen. Wenn der Bewerber eine beleidigende Frage falsch beantwortet, kann er sich nicht darauf berufen, er habe auf diese Weise sein Persönlichkeitsrecht schützen wollen. Denn die Ver-

---

<sup>236</sup> Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (49); BGHZ 39, S. 124; Wiese, JuS 1990, S. 359 ff. (360); Larenz/Canaris, Schuldrecht II, § 72, Fn. 130; Wank, Anm. zu BAG EzA Nr. 23 zu § 123 BGB.

<sup>237</sup> LAG Bremen, BB 1960, S. 743; LAG Düsseldorf, BB 1972, S. 706 f. (Frage nach der letzten Menstruation).

<sup>238</sup> Ebenso Erman<sup>9</sup>-Ehmann, Anh. z. § 12, Rn. 357; Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 140; Thees, Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht, S. 225.

letzung lag bereits vor und kann durch eine wahrheitswidrige Antwort nicht wieder beseitigt werden. Mit dieser Begründung kann dem Arbeitgeber die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB nicht versagt werden. Die Verletzung könnte nur verhindert werden, indem die Frage selbst unterbunden wird. Die sicherste Möglichkeit zur Durchsetzung des Informationserhebungsverbotes wäre natürlich eine Unterbindung der Frage selbst. Eine derartige Unterbindung von Fragen nach bestimmten Umständen wäre aber nur durchsetzbar, wenn man dem Arbeitgeber den Einstellungsvorgang komplett entziehen und staatlichen Stellen übertragen würde. Eine solche Lösung erscheint jedoch weder rechtspolitisch wünschenswert noch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit des Mittels vertretbar.

Dennoch ist dem Arbeitgeber das Anfechtungsrecht in diesen Fällen zu versagen. Richtiger dogmatischer Anknüpfungspunkt für eine Versagung der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist aber nicht die Vorstellung, der Bewerber handele bei seiner falschen Antwort in Notwehr zur Verteidigung seines Persönlichkeitsrechts und seine Täuschung sei demzufolge nicht rechtswidrig.<sup>239</sup> Anzukuüpfen ist vielmehr an den Grundsatz von Treu und Glauben: Der Arbeitgeber, der eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auf den Umstand stützt, dass ein Stellenbewerber eine sein Persönlichkeitsrecht verletzende Frage falsch beantwortet hat, handelt treuwidrig. Denn er beruft sich auf einen Sachverhalt, den er durch sein eigenes rechtswidriges Verhalten in Gang gesetzt hat. Ein solches Verhalten verstößt gegen § 242 BGB.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> So mit ausführlicher Begründung Neumann-Duesberg, JR 1967, S. 1 ff. und v. Lübtow, FS Bartholomeyczik, S. 249 ff. Dem hat sich das BAG, das ursprünglich die Arglist der Täuschung verneint hatte (vgl. z. B. BAG AP Nr. 15 zu § 123, Bl. 2), zwischenzeitlich angeschlossen. In neueren Urteilen ist nicht mehr vom Fehlen der Arglist, sondern von der fehlenden Rechtswidrigkeit der Täuschung die Rede, vgl. z. B. BAG AP Nr. 38 zu § 123 BGB, Bl. 2 R; BAG AP Nr. 40 zu § 123 BGB, Bl. 4 R.

<sup>240</sup> Darüber besteht in der Sache Einigkeit, lediglich die genauere dogmatische bzw. begriffliche Einordnung im Rahmen von § 242 BGB variiert. So sprechen z. B. Esser/Schmidt, SchuldR AT, 2. Teilbd., S. 179 in diesem Zusammenhang von einem „Einwand der Arglist“; Palandt-Heinrichs, § 242, Rn. 42, subsumiert diese Fälle dagegen unter dem Stichwort „unzulässige Rechtsausübung“;

Als Zwischenergebnis bleibt daher festzuhalten: Soweit eine Frage des Arbeitgebers, die wegen ihres Inhalts oder der Art und Weise der Fragestellung das Persönlichkeitsrecht des Stellenbewerbers verletzt, von diesem wahrheitswidrig beantwortet wird, ist dem Arbeitgeber eine auf diese Täuschung gestützte Anfechtung des Arbeitsvertrages gem. § 123 Abs. 1 BGB als treuwidrig zu versagen.

## **2. Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Kenntnis des Arbeitgebers von bestimmten Umständen**

In der arbeitsrechtlichen Literatur wird - wie bereits dargestellt - teilweise die Auffassung vertreten, ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht sei in der Kenntniserlangung des Arbeitgebers von bestimmten erfragten Umständen zu sehen. Auf die konstruktiven Mängel dieses Lösungsansatzes wurde bereits hingewiesen. Entscheidend spricht gegen diese Ansicht, dass das bloße Wissen des Arbeitgebers für den Stellenbewerber keinen persönlichkeitsrechtlich relevanten Nachteil bedeutet.<sup>241</sup> Ein solcher kann nur durch die Verwertung der entsprechenden Information entstehen, zum Beispiel bei der (ablehnenden) Einstellungsentscheidung aufgrund des betreffenden Umstandes.<sup>242</sup>

---

MünchKomm-Roth, § 242, Rn. 217 ff., schließlich unter das Stichwort „missbilligtes früheres Verhalten“.

<sup>241</sup> Dieses Ergebnis steht nicht in Widerspruch zu dem vom BVerfG entwickelten Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Denn das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beinhaltet nur die „Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden ...“, BVerfG NJW 1984, S. 419 ff. (421) m. w. N. Sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann der Stellenbewerber durch die Verweigerung einer Antwort in ausreichender Form wahren. Nicht überzeugend sind aus diesen Gründen die Entscheidungen des BVerfG NZA 1998, S. 588 ff. und des LAG Berlin NZA 1992, S. 1131 ff. Ausführlich zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Auswirkungen auf das Zivilrecht Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 219 ff. (insb. S. 229 ff.).

<sup>242</sup> Ebenso Erman<sup>9</sup>-Ehmann, Anh. zu § 12, Rn. 354 ff. Zu den Einzelheiten im 1. Kapitel B I 1.

### **3. Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Verwertung bestimmter Informationen bei der Einstellungsentscheidung**

Eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts könnte schließlich in der Verwertung bestimmter Informationen bei der Einstellungsentscheidung liegen.

Das BAG hat - in anderem Zusammenhang - die Ansicht vertreten, dass die sachlich nicht gerechtfertigte Ablehnung eines Stellenbewerbers das Persönlichkeitsrecht dieses Bewerbers regelmäßig verletze. Das Gericht hatte Stellenbewerbern, die aufgrund ihres Geschlechtes nicht eingestellt worden waren, über § 611a Abs. 2 BGB a. F. hinausgehend einen Schadensersatzanspruch gem. § 847 BGB a. F. zugesprochen. Die grundlose Differenzierung wegen des Geschlechts bei der Einstellungsentscheidung verletzt nach Ansicht des Gerichts das Persönlichkeitsrecht des abgelehnten Bewerbers. Zur Begründung führt das Gericht aus, jedermann habe ein Recht darauf, im Arbeitsleben nach sachangemessenen Maßstäben beurteilt zu werden, anderenfalls werde die berufliche Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Die sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung nach dem Geschlecht durch den Arbeitgeber bei der Einstellungsentscheidung würdige die beruflichen Fähigkeiten des betroffenen Bewerbers herab und sei demzufolge regelmäßig eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts.<sup>243</sup>

Ausdrücklich geht es in dieser Entscheidung zwar nur um die Diskriminierung wegen des Geschlechts. Die Argumentation, mit der das Gericht die Persönlichkeitsrechtsverletzung bejaht, muss aber auch in allen anderen Fällen der nicht sachgerechten Einstellungsentscheidung gelten. Denn sie weist kein Kriterium auf, das eine Begrenzung auf die Geschlechterdiskriminierung rechtferti-

---

<sup>243</sup> BAG AP Nrn. 5, 6 zu § 611a BGB.

gen würde.<sup>244</sup> Wäre dem BAG zu folgen und tatsächlich jede nicht sachangemessene Einstellungsentscheidung als Persönlichkeitsrechtsverletzung zu qualifizieren, wären auch die Informationserhebungsmöglichkeiten des Arbeitgebers entsprechend zu begrenzen: Eine wahrheitswidrige Antwort auf eine Frage nach einem Umstand, der bei seiner Verwertung zu einer nicht sachangemessenen Entscheidung in diesem Sinne führt, würde nicht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung berechtigen.<sup>245</sup>

Jedoch überzeugt die vom BAG vertretene Konzeption des Persönlichkeitsrechts im Ergebnis nicht. Sie ist schon im Hinblick auf ihre Vorgehensweise bei der Tatbestandsbildung zu kritisieren: Das Gericht setzt sich über die allgemein anerkannten Regeln bei der Konkretisierung des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrecht ohne weiteres hinweg. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht birgt als Rahmenrecht die Gefahr, konturlos und damit uferlos zu werden. Dem begegnet man herkömmlicherweise, indem die Feststellung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts eine einzelfallbezogene Güter- und Interessenabwägung voraussetzt. Demgegenüber bildet das BAG eine abstrakte Regel, wenn es urteilt, in der sachwidrigen Ablehnung des Stellenbewerbers liege „regelmäßig“ eine Persönlichkeitsrechtsverletzung.<sup>246</sup>

Auch inhaltlich stellt die Ansicht des BAG eine bedenkliche Ausweitung des Persönlichkeitsschutzes dar: Als verletzte Persönlichkeitssphäre kommt hier nur die Individualsphäre in Frage<sup>247</sup>, die die persönliche Eigenart des Menschen in seiner Beziehung zur

---

<sup>244</sup> Im Ergebnis ebenso Käßler, AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidungen 84 - 86, Bl. 9. Zu demselben Ergebnis kommt auch Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. mit einer extensiven Auslegung des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB, dazu gleich unter 2 a.

<sup>245</sup> Zur dogmatischen Konstruktion unter A.

<sup>246</sup> Ebenso Käßler, AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidungen 84 - 86, S. 9; Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (43, 48 f.). Kritisch zu dieser Rechtsprechung auch Thees, Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht, S. 51 f.

<sup>247</sup> Ebenso Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (49); zu den einzelnen Sphären des Persönlichkeitsrechts ausführlich Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 129 ff.; ferner MünchKomm-Schwerdtner, § 12, Rn. 215 ff.; Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich, S. 175 ff.; Staudinger-Hager, § 823, Rn. C 186 ff.

Umwelt, seinem öffentlichen, wirtschaftlichen und beruflichen Wirken schützt<sup>248</sup>. Dass diese Persönlichkeitssphäre durch eine unsachgemäße Einstellungsentscheidung *berührt* wird, ist nicht von der Hand zu weisen.<sup>249</sup> Vergleicht man aber die vom BAG entschiedenen Fälle mit denen, in denen herkömmlicherweise eine *Verletzung* der Individualsphäre angenommen wird, so wird der qualitative Unterschied deutlich: Normalerweise müssen zu der *Berührung* der Individualsphäre noch weitere, integritätsverletzende Umstände - beispielsweise der diffamierende Charakter des Eingriffs<sup>250</sup> - hinzutreten, um eine *Verletzung* des Persönlichkeitsrechts zu bejahen.<sup>251</sup> Das BAG setzt dagegen die Berührung der Persönlichkeit mit der Verletzung des Persönlichkeitsrechts gleich.<sup>252</sup> Ein die Persönlichkeit herabwürdigendes Verhalten kann aber in der ablehnenden Einstellungsentscheidung aus unsachlichen Gründen allein nicht gesehen werden.<sup>253</sup> Jede andere Entscheidung käme einer Totalverrechtlichung des Privatrechts gleich. In den Worten *Herrmanns*: „Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts wäre der Abschlussfreiheit immanent.“<sup>254</sup> Der Ansatz des BAG führt letztlich zu einer umfassenden Bindung der privatautonomen Abschlussfreiheit, die üblicherweise auch und gerade die Freiheit zu unsachlicher, willkürlicher Entscheidung beinhaltet, an Art. 3 GG. Eine derartige Verengung der Privatautonomie ist nicht akzeptabel.<sup>255</sup>

---

<sup>248</sup> Palandt-Thomas, § 823, Rn. 178.

<sup>249</sup> Ebenso Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (49).

<sup>250</sup> So Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (49).

<sup>251</sup> Ebenso Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (49 f.); Käßler, AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidungen 84 - 86, S. 9 R.; Ehmann/Emmert, SAE 1997, S. 253 ff. (257).

<sup>252</sup> Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (49); Käßler, AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidungen 84 - 86, S. 8 R.

<sup>253</sup> Im Ergebnis ebenso Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (41 ff.); Käßler, AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidungen 84 - 86; Scholz, Gem. Anm. zu BAG AP Nrn. 6 u. 7 zu § 611a BGB.

<sup>254</sup> Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (49).

<sup>255</sup> Ebenso Käßler, AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidungen 84 - 86, S. 9 f.; in der Sache verwandte Bedenken auch bei Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (50 f.) und Scholz, Gem. Anm. zu BAG AP Nrn. 6 u. 7 zu § 611a BGB, Bl. 7.

Das vom BAG vertretene Persönlichkeitsrechtsverständnis passt schließlich auch nicht zur Dogmatik des § 823 Abs. 1 BGB: § 823 Abs. 1 BGB verlangt die Vermeidung einer Schädigung fremder Rechtsgüter. Die Ansicht des BAG, die unsachgemäße Auswahlentscheidung stelle eine schadensersatzpflichtige Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar, geht dagegen hierüber hinaus. Sie verlangt nicht nur die Nicht-Schädigung, sondern die Ermöglichung der Entfaltung der Persönlichkeit. Es geht also nicht mehr um bloßen Integritätsschutz, sondern um ein Teilhaberecht.<sup>256</sup>

Das vom BAG kreierte Persönlichkeitsrecht des Stellenbewerbers auf sachangemessene Einstellungsentscheidung ist aus diesen Gründen abzulehnen. Eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Stellenbewerbers durch eine ablehnende Einstellungsentscheidung erscheint zwar nicht in jedem Fall ausgeschlossen. Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung kommt nur dort in Betracht, wo in der ablehnenden Entscheidung zugleich eine integritätsverletzende Herabwürdigung der Person des Stellenbewerbers liegt.<sup>257</sup> Insoweit besteht aber kein Zusammenhang mit der Informationserhebung des Arbeitgebers. Denn in diesen Fällen geht es nicht um die Verwertung unsachlicher Informationen an sich, sondern um die Art und Weise der Verwertung.

Auch auf diesem Wege lässt sich eine weitere Begrenzung der arbeitgeberseitigen Informationserhebungsmöglichkeiten mithin nicht begründen.

## **V. Zwischenergebnis**

Gesetzliche Grenzen für die Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers ergeben sich aus § 611 a BGB, § 81 Abs. 2 SGB IX, § 53 BZRG sowie aus Art. 9 Abs. 3 GG. Eine Grenze für das

---

<sup>256</sup> Ebenso Herrmann, ZfA 1996, S. 19 ff. (52); Käßler, AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidungen 84 - 86, S. 9 R.; Brossette, Der Wert der Wahrheit, S. 141. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken an dem Persönlichkeitsrechtsverständnis des BAG vgl. Scholz, Gem. Anm. zu BAG AP Nrn. 6 u. 7 zu § 611a BGB.

Auswahlermessen kann ferner je nach Lage des Einzelfalles bestehen, wenn die Berücksichtigung des erfragten Umstandes den Tatbestand von § 826 BGB verwirklicht, das kommt vor allem in Betracht bei den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Umständen.

Eine Begrenzung der arbeitgeberseitigen Informationserhebungsmöglichkeiten durch das Persönlichkeitsrecht des Stellenbewerbers lässt sich - entgegen der herrschenden Meinung - nur in wenigen Fällen begründen: Sie kommt nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber im Rahmen der Einstellungsverhandlungen Fragen stellt, die aufgrund ihres Inhalts oder der Art und Weise der Fragestellung beleidigenden, den Bewerber in seiner Persönlichkeit herabwürdigenden Charakter haben. In diesen Fällen ist ihm eine Anfechtung wegen einer wahrheitswidrigen Antwort auf die solche Frage als treuwidrig zu versagen.

## **B. Begrenzung der Informationserhebungsmöglichkeiten des Arbeitgebers aufgrund von Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Einstellungssituation**

### **I. Verhandlungsungleichgewicht beim Abschluss von Arbeitsverträgen**

Teile der Literatur und der Rechtsprechung gehen davon aus, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. Stellenbewerber ein Verhandlungsungleichgewicht bestünde.<sup>258</sup> Nach der an anderer Stelle bereits vorgestellten<sup>259</sup> Rechtsprechung des Bun-

---

<sup>257</sup> Ebenso Käßler, AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidungen 84 - 86, S.10.

<sup>258</sup> Vgl. bspw. BVerfGE 85, S. 191 ff. (212 f.); 98, S. 365 ff. (395 ff.); Dieterich, RdA 1995, S. 129 ff. (134 f.); Schumacher, fahrlässige Irreführung, S. 90; BAGE 1, S. 136 ff. (138); Konzen/ Rupp, Gewissenskonflikte, S. 119; Schaub, ArbRHdb, § 31, Rn. 3; Soergel-Wolf, Vorb. § 145, Rn. 36; wohl auch Westermann, AcP 178 (1978), S. 150 ff. (159); kritisch Zöllner, AcP 196 (1996), S. 1 ff. (S. 19 f.); Martens, JuS 1987, S. 337 ff. (S. 342).

<sup>259</sup> Vgl. zu den Einzelheiten in diesem Kapitel unter A III 2 sowie im 2. Kapitel unter B. In der Literatur variiert der dogmatische Anknüpfungspunkt zur Rechtfertigung der Beseitigung von Verhandlungsungleichgewichten: Teils wird auf das Sozialstaatsprinzip abgestellt, vgl. z. B. Schumacher, fahrlässige Irreführung, S. 79 ff.; Esser/Schmidt; SchR AT, 2. Teilbd., S. 8 ff., 18 ff., 137 - ablehnend zu dem dort vorgestellten „sozialen Obligationsmodell“ J. Schmidt, AcP 176 (1976), S. 381 ff. Andere vertreten eine mehr verfahrenstechnische Be-

desverfassungsgerichts sind Gesetzgeber und - subsidiär - Rechtsprechung verpflichtet, derartigen Verhandlungsungleichgewichten entgegenzuwirken. Die dieser Rechtsprechung zugrunde liegende Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte wird im Privatrecht vor allem zur Rechtfertigung von Vertragsinhaltskontrollen und -korrekturen herangezogen.<sup>260</sup> Ferner wird auf diese Weise die Statuierung von (zusätzlichen) Offenbarungspflichten zur Beseitigung so genannter „informationeller“ Ungleichgewichtslagen begründet.<sup>261</sup>

Angesichts des vielfach behaupteten Verhandlungsungleichgewichts beim Abschluss von Arbeitsverträgen und der Tatsache, dass auch Auswahlermessen und Informationserhebungsfreiheit Aspekte der Vertragsfreiheit sind, drängt sich die Frage, ob sich dieses Grundrechtsverständnis und das aus ihm folgende Verständnis von Vertragsfreiheit als nicht nur formaler, sondern materialer Freiheit, auch auf den Umfang der arbeitgeberseitigen Informationserhebung auswirkt, geradezu auf.

Grundvoraussetzung für ein regulierendes Eingreifen in das Vertragsgeschehen auf der Grundlage der Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte ist das Bestehen einer Ungleichgewichtslage. Festzustellen ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass richtigerweise nicht jede irgendwie geartete Imparität ein Eingreifen des Rechts in das Vertragsgeschehen rechtfertigen kann: Wollte man jedes wirtschaftliche, soziale, intellektuelle usw. Ungleichgewicht ohne weiteres für beachtlich halten, so wäre es ausgeschlossen, dass überhaupt einmal ein Verhandlungsgleichgewicht zwischen zwei Verhandlungspartnern besteht. Die Berücksichtigung jeglicher Ungleichgewichte würde mithin zu erheb-

---

gründung, die auf den von Schmidt-Rimpler „entdeckten“ Vertragsmechanismus zurückgeht, wonach ein relativer Gerechtigkeitsgehalt eines frei ausgehandelten Vertrages nur bei (relativem) Verhandlungsgleichgewicht zu erwarten sei, vgl. MünchKomm-Kramer, vor § 145, Rn. 5; wohl auch Preis, AuR 1994, S. 139 ff. (141). Eine ausführliche Zusammenstellung der verschiedenen hierzu vertretenen Konstruktionen findet sich bei Singer, Selbstbestimmung, S. 8 ff.

<sup>260</sup> Preis, AuR 1994, S. 139 ff.; Grün, WM 1994, S. 713 ff.

<sup>261</sup> Vgl. bspw. Grün WM 1994, S. 713 ff. (S. 721).

licher Rechtsunsicherheit führen, da sich niemand auf eine vertragliche Abrede verlassen könnte, bevor diese nicht staatlicherseits überprüft worden wäre - eine nicht zuletzt auch praktisch kaum zu bewältigende Aufgabe. Das erkennt auch das Bundesverfassungsgericht und fordert deshalb ein „strukturelles“ Ungleichgewicht. Es muss mit anderen Worten eine für eine bestimmte Gruppe typische Imparität vorliegen.<sup>262</sup>

Der Frage nach der genauen Beschaffenheit der Ungleichgewichtslage vorgelagert ist die Feststellung, ob ein Machtungleichgewicht überhaupt vorliegt. Die Rechtsprechung behilft sich in der Sache letztlich damit, dass sie den - unausgewogenen - Vertragsinhalt als Indiz heranzieht und von diesem ausgehend prüft, ob der konkrete Vertragsinhalt die Folge eines (strukturellen) Ungleichgewichts ist.<sup>263</sup>

Dieser Weg kann für die vorliegende Fragestellung nicht beschritten werden. Denn der Vertragsinhalt spiegelt weder den (tatsächlichen) Umfang des Auswahlermessens noch den der Informationserhebung. Das aus tatsächlichen Gründen besonders umfang-

---

<sup>262</sup> BVerfG NJW 1994, S. 36 ff. (39). Im Ergebnis ähnlich diejenigen, die auf das Leitbild „Verbraucher“ und dessen Unterlegenheit abstellen, vgl. z. B. Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, 1. Teilbd., S. 10, kritisch dazu bspw. Dauner-Lieb, Verbraucherschutz, insb. S. 146 ff. Noch stärker einschränkend Singer und Canaris, die ein Eingreifen zwar auch bei Einzelfällen vom Imparität, aber nur bei „gravierenden“ Ungleichgewichten für zulässig halten, vgl. Canaris, FS Lerche, S. 883 f.; Singer, Selbstbestimmung, S. 43. Kritisch zur Lösung des BVerfG: Wiedemann, JZ 1990, 695 ff. (697); Loritz, DNotZ 1994, S. 543 ff. (545); Rittner, NJW 1994, S. 3330; Hesse/Kaufmann, JZ 1995, S. 219 ff. (219); Preis/Rolfs, DB 1994, S. 261 ff. (264 ff.). Insgesamt kritisch zu den modernen Vertragslehren: Zöllner, JuS 1988, S. 329 ff.; ders., AcP 176 (1976), S. 221 ff.; Limbach, JuS 1985, S. 10 ff. (insb. 13 f.); Medicus, Abschied, insb. S. 19 ff.; Singer, Selbstbestimmung, S. 33 u. 14; Lieb, DNotZ 1990, S. 274 ff.; Reuter, AcP 189 (1989), S. 199 ff. Der Kritik an den Ansätzen der modernen Vertragslehre ist entgegenzuhalten, dass bei allen - zugestandenen - Schwierigkeiten, insbesondere im Zusammenhang mit einer exakten Grenzziehung zwischen Parität und Imparität, der tatsächliche Befund, dass es im Vertragsgeschehen Machtungleichgewichte gibt, die zu eklatant ungerechten Verträgen führen, nicht unter Hinweis auf diese Schwierigkeiten ignoriert werden darf; ebenso Singer, JZ 1995, S. 1133 ff. (1138); ders., Selbstbestimmung, S. 33; Medicus, Abschied, S. 24; im Ergebnis wohl auch Preis/Rolfs, DB 1994, S. 261 ff. (264).

<sup>263</sup> Vgl. BVerfG NJW 1994, S. 36 ff. (S. 39): „Ist aber der Inhalt eines Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: ‚Vertrag ist Vertrag‘. Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist ...“.

reiche Auswahlermessen und die dadurch bedingte besonders umfassende Erhebung von Informationen durch den Arbeitgeber haben gegebenenfalls vielmehr zur Folge, dass es gar nicht erst zum Vertragsschluss kommt.

Hier muss deshalb umgekehrt verfahren werden: Ausgangspunkt der Überlegungen muss der tatsächliche Umstand sein, der das (eventuelle) Verhandlungsungleichgewicht auslöst. In Betracht kommt vorliegend das unausgewogene Verhältnis von Angebot und Nachfrage auf etlichen Sektoren des Arbeitsmarkts. Die Auswirkungen der tatsächlichen Situation auf dem Arbeitsmarkt auf die hier relevanten Aspekte der Vertragsfreiheit sind mit der Situation des - fiktiven - ausgewogenen Marktes zu vergleichen.

### **1. Auswirkung von Marktstörungen auf Umfang und Gebrauch von Auswahlermessen und Informationserhebungsfreiheit**

Die seit Jahren kontinuierlich steigende Arbeitslosenquote belegt, dass der Arbeitsmarkt zumindest partiell gestört ist.<sup>264</sup> Ob und wie in diesem Zusammenhang der Umstand zu berücksichtigen ist, dass in einigen Branchen dennoch Arbeitskräftemangel herrscht, sei an dieser Stelle zurückgestellt und zunächst die Auswirkungen von Marktstörungen auf den Gebrauch von Auswahlermessen und Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers generell untersucht:

Das allgemeine Zivilrecht garantiert der Willensbildung und der entsprechenden Informationserhebung mit § 123 Abs. 1 BGB grundsätzlich umfassenden Schutz. Der Private ist bei der Aufstellung des „Anforderungsprofils“ für den gewünschten Vertragspartner - bis auf die wenigen im vorangegangenen Abschnitt genannten, allgemeingültigen Grenzen - frei. Sogar eine arglistige Täuschung hinsichtlich solcher Umstände, die bei objektiver Betrachtung

---

<sup>264</sup> Die Arbeitslosenquote betrug nach den Erhebungen des Statistischen Bundesamts im Jahr 1999 9,7 %, 2000 9,1 %, 2001 9,0 %, 2002 9,8 %, 2003 10,5 %, 2004 schwankten sie zwischen 13,6 % (Februar) und 11,7 % (Oktober).

tung für den konkreten Vertragsschluss völlig irrelevant erscheinen, berechtigt den Getäuschten bei Vorliegen des erforderlichen Kausalzusammenhangs zur Anfechtung. Anfechten darf also auch derjenige, der seinen Gebrauchtwagen erklärtermaßen nur an einen passionierten Briefmarkensammler verkaufen will und vom Käufer in diesem Punkt getäuscht wird.

Diese - im Interesse möglichst umfassender Verwirklichung persönlicher Freiheit gewährleistete - Möglichkeit, die Voraussetzungen des eigenen Willensentschlusses rein subjektiv zu bestimmen und den Verhandlungsgegner entsprechend zu befragen, begegnet grundsätzlich keinen Bedenken. Den Interessen des Verhandlungsgegners ist mit der Möglichkeit, die Antwort auf Fragen seines Gegenübers zu verweigern, genüge getan. Ein weitergehendes Schutzbedürfnis besteht für ihn nicht. Denn das Recht, die Voraussetzungen des Willensentschlusses subjektiv zu bestimmen und sie durch Fragen zu eruieren, wird im allgemeinen Zivilrecht durch Markt und Wettbewerb ausreichend flankiert<sup>265</sup>: Wer sich auf die Vorstellungen seines Verhandlungsgegners nicht einlassen will und/ oder ihnen nicht entspricht, hat in der Regel die Möglichkeit, auf einen konkurrierenden Anbieter auszuweichen.<sup>266</sup> Wer sich trotz dieser Ausweichmöglichkeit auf die von seinem Verhandlungspartner aufgestellten Voraussetzungen scheinbar einlässt und ihn sodann arglistig täuscht, erscheint nicht schutzwürdig.

Die Freiheit, die Willensgrundlage subjektiv zu bestimmen und entsprechende Fragen an den Verhandlungsgegner zu richten, wird also auf dem funktionierenden Markt durch die Möglichkeiten von Verhandlungsabbruch und Antwortverweigerung ausreichend begrenzt.

---

<sup>265</sup> Zur Bedeutung des Wettbewerbs für das Funktionieren von Privatautonomie auch Singer, Selbstbestimmung, S. 15 f.; Hopt, Kapitalanlegerschutz, S. 238 f.; Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 109 ff.

<sup>266</sup> Vgl. auch Mankowski, JZ 2004, S. 121 ff. (123), der umfassend darlegt, welche Risiken für den Fragenden mit dem Entschluss, die Information zu erbitten, verbunden sind (S. 122 ff.).

Funktionierender Markt und Wettbewerb können darüber hinaus auch auf die Bildung der Entscheidungsgrundlage selbst regulierend wirken: Findet sich im obigen Beispiel kein Käufer, der passionierter Briefmarkensammler ist, wird der Verkäufer, wenn er ernsthaft an dem Geschäft interessiert ist, von dieser Voraussetzung über kurz oder lang abrücken. Wer Umstände zur Entscheidungsgrundlage machen will, die in der Gesellschaft sogar allgemein als unbillig empfunden werden, wird darüber hinaus die Erfahrung machen, dass ihm eine Antwort unabhängig davon verweigert wird, ob der Umstand bei der betreffenden Person vorliegt oder nicht. Das mag zum Beispiel der Fall sein, wenn der Gebrauchtwagenverkäufer nicht mit Vorbestraften kontrahieren will oder nicht mit Homosexuellen. Hier wird ihm auch mancher nicht vorbestrafte oder heterosexuelle Verhandlungspartner eine Antwort verweigern oder die Verhandlungen abbrechen.

Wo Markt und Wettbewerb fehlen oder nur eingeschränkt funktionieren, versagt das geschilderte System: Wer keine oder nur sehr begrenzte Ausweichmöglichkeiten auf konkurrierende Anbieter hat, ist den Anforderungen seines Gegenübers weitgehend ausgeliefert. Die Freiheit, die Anforderungen an die Willensentschließung rein subjektiv zu bestimmen und dem Verhandlungsgegner entsprechende Fragen zu stellen, wird - wie dargelegt - durch die Freiheit des Gegenübers, die Antwort zu verweigern, begrenzt. Diese Freiheit hat zwar auch der Stellenbewerber, soweit Ausweichmöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt fehlen, bleibt sie aber weitgehend formal. Zu einer echten Freiheit würde sie erst bei Bestehen von Ausweichmöglichkeiten.<sup>267</sup>

Auch die geschilderte regulierende Einwirkung von Markt und Wettbewerb auf die Bildung der Entscheidungsgrundlage selbst entfällt auf dem gestörten Arbeitsmarkt: Der Arbeitgeber wird sich in der Regel nicht dazu genötigt sehen, von seinen Vorstellungen

---

<sup>267</sup> Insofern ist der Befund der h. M., der Bewerber befinde sich in einer „Druck-situation“, durchaus richtig. Nur lässt sich eine Verknüpfung dieses Befundes mit dem Persönlichkeitsrecht nicht herstellen.

abzuweichen, um den Arbeitsplatz zu besetzen. Ihm werden genügend Bewerber zur Verfügung stehen, unter denen er einen finden kann, der seinen subjektiven Vorstellungen entspricht. Ebenso wenig ist mittelbarer gesellschaftlicher Druck auf den Arbeitgeber zu erwarten, er ist jedenfalls stark verringert: Das große Interesse eines Bewerbers, den Arbeitsplatz zu erhalten, wird in aller Regel dazu führen, dass er auch solche Fragen, die ihm indiskret, zusammenhangslos oder sogar unverschämt erscheinen, dennoch beantwortet, wenn er nicht Gefahr läuft, durch die Antwort seine Chancen zu verschlechtern. Dem Begehren des Arbeitgebers, sämtliche - auch getilgte - Vorstrafen und Ordnungswidrigkeiten offen zu legen, wird ein Stellenbewerber, der sich nichts hat zu Schulden kommen lassen, nur in den seltensten Fällen entgegenhalten, das gehe den Arbeitgeber (zumindest in diesem Umfang) nichts an. Aus diesem Umstand resultiert auch die Tatsache, dass der Arbeitgeber aus einer Antwortverweigerung in bestimmten Fällen in der Tat die gewünschte Information ablesen kann.<sup>268</sup> Verstärkt werden die geschilderten Effekte durch die Tatsache, dass der Arbeitgeber selbst ein nur begrenztes „Warenangebot“ hat. Er hat nur eine bestimmte, begrenzte Anzahl an Arbeitsplätzen zu besetzen. Damit entfällt auf seiner Seite das Interesse, möglichst viel von seiner „Ware“ abzusetzen; ein weiterer Grund, von den (subjektiv) gebildeten Anforderungen seiner Entscheidungsgrundlage nicht abzuweichen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich: Ein Überangebot von Bewerbern für eine zu besetzende Arbeitsstelle führt im Vergleich zum funktionierenden Markt dazu, dass der Arbeitgeber seine Vorstellungen von dem einzustellenden Bewerber eher verwirklichen kann. Bei der Festlegung und Durchsetzung des Anforderungsprofils - mit der (theoretischen) Möglichkeit, die Entscheidung an

---

<sup>268</sup> Siehe dazu bereits oben im 1. Kapitel unter B I 2 b. Auch insoweit gilt aber, dass eine Verknüpfung dieses Befundes mit dem Persönlichkeitsrecht nicht vertretbar ist.

sachfremden Erwägungen auszurichten<sup>269</sup> - begegnet er seltener faktischen Begrenzungen durch ablehnende Reaktionen seines Verhandlungsgegners als dies bei funktionierendem Wettbewerb zu erwarten wäre.

Auswahlfreiheit und Informationserhebungsfreiheit können also bei eingeschränktem oder fehlendem Wettbewerb des Arbeitgebers in höherem Maße verwirklicht werden.

Fraglich ist aber, ob dieser Umstand ein regulierendes Eingreifen - in Form einer Beschränkung der arbeitgeberseitigen Informationserhebung – erfordert:

## **2. Vorliegen einer regulierungsbedürftigen Ungleichgewichtslage?**

Bisher wurde lediglich festgestellt, dass der Arbeitgeber ohne funktionierenden Wettbewerb in größerem Umfang von seiner Auswahl- und Informationserhebungsfreiheit Gebrauch machen kann als auf dem funktionierenden Markt. Diese Abweichung rechtfertigt ein regulierendes Eingreifen in Form einer Begrenzung des arbeitgeberseitigen Auswahlermessens und damit auch seiner Informationserhebungsfreiheit jedoch nur, wenn sie zugleich

---

<sup>269</sup> Vergegenwärtigt man sich den in der Praxis üblichen Umfang der Befragung von Stellenbewerbern, könnte man meinen, der Arbeitgeber richte seine Entscheidung sogar recht häufig an objektiv irrelevanten Gesichtspunkten aus. Diese Sichtweise wird unterstützt von der Rechtsprechung des BAG, die die objektive Relevanz eines Umstandes für das in Aussicht genommene Arbeitsverhältnis zum entscheidenden Kriterium bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Frage erhebt. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass sich theoretisch für fast jeden denkbaren Umstand eine objektive Relevanz begründen ließe. Das folgt aus der besonderen Struktur des Arbeitsverhältnisses. Die „Ware“ Arbeitskraft ist für Störungen besonders anfällig. Zudem ist das Arbeitsverhältnis typischerweise auf längere Dauer angelegt, woraus sich ein weiterer Unsicherheitsfaktor ergibt. Schließlich ist der einzustellende Arbeitnehmer bei seiner Tätigkeit oft nicht auf sich gestellt, sondern muss in einem Team mitarbeiten oder doch zumindest neben Kollegen tätig werden. Für die Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers kommt es deshalb neben der fachlichen Qualifikation des Bewerbers auch auf dessen Eigenschaften in menschlicher und sozialer Hinsicht an. Auch Umstände, die auf den ersten Blick mit der angebotenen Tätigkeit scheinbar nicht in Zusammenhang stehen, können der Ermittlung von Anforderungen wie „Zuverlässigkeit“, „Einpassung in ein vorhandenes Team“, „Belastbarkeit“ usw. dienen. Einen sachlichen Zusammenhang zwischen seinem Informationswunsch und der angebotenen Stellung wird der Arbeitgeber demzufolge in den allermeisten Fällen zumindest konstruieren können.

als Ungleichgewichtslage im Sinne der Lehre von der Herstellung materialer Vertragsfreiheit zu qualifizieren ist.

Die erforderliche Qualität der Ungleichgewichtslage ergibt sich aus dem Rechtsgrund für das Eingreifen: Das Eingreifen dient der Herstellung materialer Vertragsfreiheit. Eine relevante Ungleichgewichtslage liegt also vor, wenn der Gebrauch der Vertragsfreiheit der einen Seite zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit für die andere Seite führt.<sup>270</sup> Es gilt also zu prüfen, welche Auswirkungen im Vergleich zur Situation im funktionierenden Markt die übermäßige Auswahl- und Informationserhebungsmöglichkeit auf die Situation des Stellenbewerbers hat:

Dass der Arbeitgeber in der Regel nicht aufgrund eines begrenzten Angebotes an Arbeitskräften genötigt sein wird, von seinen Vorstellungen über seinen künftigen Arbeitnehmer abzurücken, bedeutet aus Sicht des Bewerbers eine faktische Verringerung seiner Möglichkeiten, Einfluss auf das Anforderungsprofil des Arbeitgebers zu nehmen. Die Möglichkeit, die Vorstellungen des Verhandlungsgegners von seinem zukünftigen Vertragspartner zu beeinflussen, ist jedoch nicht Bestandteil der Vertragsfreiheit. Das ergibt sich bereits zwingend aus der Tatsache, dass Vertragsfreiheit immer auch die Freiheit bedeutet, von einem geplanten Vertragsschluss wieder Abstand zu nehmen, beispielsweise wenn sich kein für geeignet erachteter Vertragspartner findet. Die festgestellten Abweichungen zugunsten des Arbeitgebers aufgrund der Störungen des Arbeitsmarktes führen mithin nicht zu Einschränkungen der Vertragsfreiheit des Stellenbewerbers in einem material verstandenen Sinn. Unter dem Gesichtspunkt der Herstellung materialer Vertragsfreiheit lässt sich eine (weitere) Begrenzung des arbeitgeberseitigen Auswahlermessens mithin nicht begründen.

Dass es bei der Frage nach der Begrenzung des Auswahlermessens des Arbeitgebers nicht um die Verwirklichung tatsächlicher

Vertragsfreiheit für den Stellenbewerber geht, sondern um eine ganz andere Frage, machen folgende Überlegungen deutlich: Eine Begrenzung des Auswahlmessens hätte zur Folge, dass Bewerber trotz tatsächlich bestehender Unterschiede in bestimmten Punkten gleich gestellt würden. Sie hätten also - was die betreffenden Umstände angeht - identische Chancen, den Arbeitsplatz zu erhalten. Das ändert aber nichts daran, dass nur so viele Bewerber eingestellt werden, wie freie Arbeitsplätze zur Verfügung stehen. Hier geht es also nicht um *Vertragsfreiheit*, sondern um *Verteilungsgerechtigkeit*. Eine Änderung der Verteilungsgerechtigkeit lässt sich aber jedenfalls mit der Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte nicht rechtfertigen.

## II. Änderung der Verteilungsgerechtigkeit *de lege lata*?

Möglicherweise ist aber *de lege lata* auch eine Änderung der Verteilungsgerechtigkeit erforderlich: Zur ihrer Verwirklichung wäre - wie im vorangehenden Abschnitt dargelegt - die (weitere) Begrenzung des Auswahlmessens und damit der Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers ein geeignetes Instrument.

Eine Änderung der Verteilungsgerechtigkeit *de lege lata* setzt aber zunächst voraus, dass sich dem geltenden Recht entnehmen lässt, dass knappe Güter im Allgemeinen oder speziell das knappe Gut „Arbeitsplatz“ - in den bis hierher festgestellten Grenzen - nicht nach Belieben oder zumindest nicht nach bestimmten (weiteren) Kriterien zugeteilt werden dürfen. Zu denken wäre an eine Gesamtanalogie zu den bereits normierten Diskriminierungsverboten. Eine Gesamtanalogie lässt sich jedoch nur rechtfertigen, wenn sich aus der Gesamtschau dieser Normengruppe ein der Rechtsordnung immanentes Prinzip ablesen lässt.<sup>270</sup> Das erscheint bereits deshalb zweifelhaft, weil es sich bei den vorgestellten Diskriminierungsverboten um die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben handelt.

---

<sup>270</sup> BVerfG NJW 1994, S. 36 ff.

<sup>271</sup> Ausführlich dazu bspw. Larenz/ Canaris, Methodenlehre, S. 204 ff.

Vor allem aber zu bedenken, dass eine isolierte Betrachtung der Diskriminierungsverbote unserer Privatrechtsordnung nicht gerecht wird. Ausgangspunkt der Überlegungen muss vielmehr richtigerweise das Prinzip der Privatautonomie sein. Vor dem Hintergrund dieses Grundprinzips stellen sich die Diskriminierungsverbote indes als Ausnahmetatbestände dar, die einer Analogiebildung nicht zugänglich sind.

Schließlich bestehen erhebliche rechtspraktische Bedenken: Konstruktiv wären zwei Wege für eine über das bislang festgestellte Maß hinausgehende Beschränkung des Auswahlermessens des Arbeitgebers denkbar: Zum einen eine generelle Beschränkung dahingehend, dass bei der Einstellungsentscheidung nur bestimmte Umstände berücksichtigt werden dürfen, z. B. „nur für den Arbeitsplatz objektiv relevante Umstände“. Zum anderen kommt - inhaltlich weniger weitgehend - die Statuierung (zusätzlicher) Verbote, bestimmte Umstände zu berücksichtigen, in Betracht. Zu denken wäre beispielsweise an ein Verbot, den „Gesundheitszustand“ des Bewerbers zu berücksichtigen oder das „bisher bezogene Gehalt“.

Die generelle Beschränkung des arbeitgeberseitigen Auswahlermessens auf „sachliche Gesichtspunkte“<sup>272</sup> ist angesichts der Tatsache, dass sich ein solcher „sachlicher Zusammenhang“ in aller Regel zumindest konstruieren lassen wird<sup>273</sup>, hinsichtlich ihres praktischen Nutzens zweifelhaft. Zudem entstünde für die Beteiligten erhebliche Unsicherheit. Denn die Entscheidung, ob der Arbeitgeber einen Umstand im konkreten Fall berücksichtigen durfte, würde häufig erst ex post durch den (subjektiven) Richter gefällt. Auch die Statuierung weiterer, spezieller Diskriminierungsverbote birgt erhebliche praktische Probleme. Es stellt sich die Frage, *welche* (weiteren) Umstände richtigerweise dem Auswahlermessen

---

<sup>272</sup> Ob man hier von „objektiv relevanten Umständen“ oder „sachlichen Gesichtspunkten“ spricht oder noch eine andere Umschreibung findet, ist ohne Belang. Es handelt sich lediglich um unterschiedliche Formulierungen, in der Sache meinen alle dasselbe.

<sup>273</sup> Vgl. dazu bereits ausführlich in Fußnote 262.

des Arbeitgebers zu entziehen wären. Die Entscheidung müsste notgedrungen willkürlich erscheinen. Denn das Recht enthält insoweit keine Anhaltspunkte.

Es bleibt daher festzuhalten: Eine über die geltenden Gesetze hinausgehende Änderung der Verteilungsgerechtigkeit ist im geltenden Recht nicht angelegt. Diese Aufgabe bleibt dem Gesetzgeber überlassen.<sup>274</sup>

### **III. Ergebnis**

Eine (weitere) Begrenzung des Auswahlermessens des Arbeitgebers und damit auch seiner Informationserhebung lässt sich mit dem Missverhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt nicht begründen.

### **C. Zusammenfassung**

Nach geltendem Recht ist die Informationserhebungsfreiheit des Arbeitgebers in deutlich geringerem Umfang zu begrenzen als dies nach den in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Konzeptionen der Fall ist. Beispielhaft seien folgende „Fragengruppen“ genannt: Keine Einschränkung der Informationserhebungsfreiheit besteht nach geltendem Recht für den Komplex „Krankheiten“. Die Rechtsprechung hält dagegen nur Fragen nach dauerhaften und periodisch wiederkehrenden Krankheiten für zulässig, ferner nach solchen, die andere Mitarbeiter gefährden können.<sup>275</sup> Auch für Fragen nach Körperbehinderungen unter einem Grad von 30 sowie solche unter einem Grad von 50, für die eine Gleichstellung nicht erfolgt ist, lässt sich eine „Unzulässigkeit“ nach geltendem Recht nicht begründen. Anders die Rechtsprechung, die in allen Fällen der Frage nach Körperbehinderungen darauf abstellen will, ob „die Behinderung erfahrungsgemäß die Eignung des Stellenbewerbers für die vorgesehene die Eignung des Stellenbewerbers

---

<sup>274</sup> Zu der Frage, ob eine Änderung der Verteilungsgerechtigkeit überhaupt angezeigt ist, grundlegend Zöllner, Gutachten D zum 52. DJT.

<sup>275</sup> Vgl. BAG AP Nr. 26 zu § 123 BGB Bl. 3 R.

für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt“.<sup>276</sup> Insoweit bleibt allerdings abzuwarten, ob das Inkrafttreten von § 81 Abs. 2 SGB IX eine Änderung der Rechtsprechung bewirkt. Das gilt auch für die Frage nach der (nach hier vertretener Ansicht nicht bei der Einstellungsentscheidung berücksichtigungsfähigen) Schwerbehinderteneigenschaft, die von der Rechtsprechung bislang uneingeschränkt für zulässig gehalten wird.<sup>277</sup> Erhebliche Differenzen ergebe sich schließlich für den Fragenkreis „Vorstrafen“: Während die Rechtsprechung die Frage nach Vorstrafen nur für zulässig hält, soweit diese für das in Aussicht genommene Arbeitsverhältnis relevant erscheinen<sup>278</sup>, ist die Informationserhebungsfreiheit nach der hier vertretenen Auffassung nur insoweit beschränkt, als es um Vorstrafen geht, die gem. § 53 Abs. 1 BZRG nicht in ein Führungszeugnis aufzunehmen oder zu tilgen sind.

Die vorstehend ermittelten Grenzen bleiben notwendigerweise auf die jeweiligen Fallgruppen bzw. erfragten Umstände beschränkt. Auf andere Fallgestaltungen lassen sie sich nicht übertragen. Dieser scheinbare Nachteil gegenüber den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen umfassenden Konzepten, die zur Überprüfung aller denkbaren Fallgestaltungen angewendet werden können, ist indes bei richtiger Betrachtung des Problems bedeutungslos: Es geht nicht darum, die Zulässigkeit einer Frage des Arbeitgebers zu begründen, sondern im Gegenteil darum, die ausnahmsweise Unzulässigkeit zu rechtfertigen. Soweit sich aus dem geltenden Recht für eine Fallkonstellation keine Grenze für die Informationserhebung ergibt, bleibt es bei dem Grundsatz, dass die Informationserhebung insoweit zulässig ist.

Die hier gefundene Lösung hat gegenüber den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Lösungskonzepten zudem den Vorteil,

---

<sup>276</sup> Vgl. beispielsweise BAG AP Nr. 40 zu § 123 BGB, Bl. 2 R; AP Nr. 26 zu § 123 BGB, Bl. 4 f.; BAG NZA 1996, S. 371 ff. (372).

<sup>277</sup> Vgl. bspw. BAG AP Nr. 26 und Nr. 40 zu § 123 BGB.

<sup>278</sup> Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB, Bl. 2 R; aus neuerer Zeit BAG NZA 1999, S. 975 ff.; ebenso Staudinger-Richardi, § 611, Rn. 107 f.; Soergel-Kraft, § 611, Rn. 29; MünchKomm-Kramer, § 123, Rn. 16.

zu großen Teilen tatbestandsmäßig fixiert zu sein. Das Ergebnis ist zumeist von den Umständen des Einzelfalls unabhängig. Das bietet den Rechtsadressaten die Möglichkeit, ihr Verhalten am geltenden Recht auszurichten und fördert zudem die Einheit der Rechtsprechung und damit die Gerechtigkeit der Entscheidungen.

## **4. Kapitel: Offenbarungspflichten der Arbeitsvertragsparteien**

Im vorstehenden Kapitel ist deutlich geworden, dass die Informationserhebung durch Befragen des Verhandlungsgegners zwar Grenzen unterliegt, dennoch dürfte dieser Weg auch bei der Anbahnung von Arbeitsverträgen jedenfalls für den Arbeitgeber primäres Mittel der Informationsgewinnung sein. Die Informationserhebung durch Befragen des Gegenübers birgt für den Informationsinteressierten allerdings den Nachteil, dass die Verantwortung für die Vollständigkeit der für die Vertragsschlussentscheidung für nötig erachteten Informationsgrundlage bei ihm selbst liegt. Versäumt er es - aus welchen Gründen auch immer<sup>279</sup> - einen Umstand zu erfragen, treffen ihn die Folgen dieses Versäumnisses.

Dass diese Verteilung der Verantwortung für die Vollständigkeit der Entscheidungsgrundlage im Regelfall hinzunehmen und im Vertragsmodell des Privatrechts angelegt ist, wurde im zweiten Kapitel bereits ausgeführt. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass von diesem Grundsatz Ausnahmen (Offenbarungspflichten) zu machen sind. Den Umfang und die Voraussetzungen für die Statuierung von Offenbarungspflichten gilt es im Folgenden zu ermitteln.

### **A. Vorüberlegungen**

Weder dem geschriebenen Recht noch den diesem zugrunde liegenden allgemeinen Lehren lassen sich im einzelnen Voraussetzungen für die Statuierung von Offenbarungspflichten ablesen, sondern lediglich der Grundsatz, dass Informationslast und -interesse in der Regel in einer Hand liegen und dass Offenbarungspflichten demgemäß begründungsbedürftige Ausnahmen

---

<sup>279</sup> Zu denken ist an schlichtes Vergessen, aber auch an Fälle, in denen der Informationsinteressierte gar nicht auf den Gedanken kommt, einen bestimmten Umstand zu erfragen.

sind.<sup>280</sup> Auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, der als Anknüpfungspunkt für die Verankerung von Offenbarungspflichten im geltenden Recht nicht in Frage gestellt werden soll, lassen sich keine Anhaltspunkte für die Voraussetzungen, unter denen Offenbarungspflichten statthaft sind, entnehmen.<sup>281</sup>

Eine dogmatisch überzeugende, systemkonforme Entwicklung von Offenbarungspflichten muss sich aus den dargelegten Gründen an den Wertungen und Entscheidungen der Rechtsordnung orientieren und in diese einfügen.<sup>282</sup>

Wertentscheidungen, die sich für die Entwicklung von Offenbarungspflichten fruchtbar machen lassen, könnten sich Normen entnehmen lassen, die denselben Gegenstand behandeln wie Offenbarungspflichten. Zunächst soll deshalb der Regelungsgegenstand der Offenbarungspflichten bestimmt werden:

### **I. Regelungsgegenstand der Offenbarungspflicht**

Allgemein formuliert, verschafft vorvertragliche Information Kenntnis von für den intendierten Vertrag relevanten Umständen. Regelungsbedarf in Form von Offenbarungspflichten besteht aber - wie an anderer Stelle bereits dargelegt - nur hinsichtlich wertverringender Informationen.<sup>283</sup>

Eine weitere Eingrenzung des möglichen Gegenstandes von Offenbarungspflichten ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, dass eine Rechtspflicht nur verbindlich ist, soweit sie für den Verpflichteten auch erfüllbar ist.<sup>284</sup> Gegenstand von Offenbarungs-

---

<sup>280</sup> Hierzu ausführlich im 2. Kapitel unter B.

<sup>281</sup> Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 141, formuliert diese Tatsache besonders treffend: „In der Rechtswissenschaft herrscht üblicherweise die Meinung, die Aufklärungspflicht bestehe nur, wenn der Vertragspartner die Offenbarung nach Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung redlicherweise erwarten dürfe. Das ist freilich keine weiterführende Erkenntnis, sondern nur eine Wiederholung dessen, was bereits aus § 242 BGB folgt.“

<sup>282</sup> Dazu ebenfalls im 2. Kapitel unter B.

<sup>283</sup> Vgl. im 1. Kapitel unter A.

<sup>284</sup> Eine Ausprägung dieses Grundsatzes findet sich bspw. in § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG (Nichtigkeit von Verwaltungsakten, den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann); vgl. ferner die Entscheidung BVerwGE 86, S. 18 ff. (20): „Ein Befehl, dessen Ausführung objektiv unmöglich ist, ist unverbindlich.“

pflichten können deshalb nur objektiv erhebliche Umstände sein. Denn die Relevanz eines Umstandes für die Entscheidung des Gegenübers ist für den - potenziell - Verpflichteten ohne weiteren Hinweis nur erkennbar, soweit es sich um einen vernünftigen, objektiv relevanten Umstand handelt.

Gegenstand einer Offenbarungspflicht können demzufolge (nur) für die Vertragsschlussentscheidung objektiv relevante, nachteilige Umstände sein. Nachteilig in diesem Sinne sind Umstände, die aus Sicht des Informationsinhabers die Aussichten verringern, den angestrebten Vertrag überhaupt bzw. zu den gewünschten Konditionen abzuschließen.

Aus Sicht des Informationsinteressierten formuliert handelt es sich um Umstände, die sein Vertragsinteresse - die Leistung der anderen Seite - (negativ) betreffen, mit anderen Worten: Umstände in der Sphäre des Verhandlungsgegners, die die störungsfreie Erbringung der von ihm geschuldeten Leistung gefährden oder verhindern. Solche Umstände werden im Folgenden kurz als „Störungsgefahren“ bezeichnet.

## **II. Störungen als Regelungsgegenstand im geltenden Recht**

Das geltende Recht enthält zwar keine Vorschriften über die Verteilung der Informationslast betreffend derartiger Störungsgefahren. Es finden sich aber Normen, die sich mit den Folgen der Realisierung solcher Gefahren, also mit den Folgen eingetretener Störungen befassen. Diese Normen sollen im Folgenden daraufhin untersucht werden, ob die ihnen zu Grunde liegenden Wertentscheidungen auch zur Begründung einer ausnahmsweisen Umverteilung der Informationslast und damit für die Statuierung von Offenbarungspflichten fruchtbar gemacht werden können.

## 1. Leistungsstörungenrecht

Mit den Rechtsfolgen eingetretener Störungen befasst sich zunächst das Leistungsstörungenrecht. Bereits die vom BAG in ständiger Rechtsprechung für die Bestimmung von Offenbarungspflichten verwendete Formel, offenbarungspflichtig seien Umstände, die „die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Leistung unmöglich machen oder sonst für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind“<sup>285</sup>, deutet auf den Zusammenhang von Offenbarungspflichten und Leistungsstörungenrecht hin.

Der Regelungsgegenstand des Leistungsstörungenrechts entspricht in der Tat dem der Offenbarungspflichten: In beiden Fällen geht es um Störungen - in verschiedenen (Abwicklungs-)Stadien des Vertrages.<sup>286</sup>

Das Leistungsstörungenrecht beschäftigt sich mit der Frage, wer unter welchen Voraussetzungen welche (wirtschaftlichen) Folgen der Realisierung einer Störung im obigen Sinne - in der Terminologie des Leistungsstörungenrechts: einer Pflichtverletzung - tragen muss.

Als Ausgangspunkt wählt das Gesetz eine Risikoteilung: Hat keine der Vertragsparteien den Eintritt der Pflichtverletzung zu vertreten und liegt auch sonst kein Sonderfall<sup>287</sup> vor, trägt der Gläubiger das Leistungsrisiko und der Schuldner das Gegenleistungsrisiko. Für das Informationsrisiko gilt nach dem bereits Dargelegten grundsätzlich, dass die Informationslast den Informationsinteressierten trifft. Diese Informationslastverteilung ist mit der im Leistungsstö-

---

<sup>285</sup> Zitat nach BAG AP Nr. 35 zu § 123 BGB, Bl. 3; ebenso bspw. BAG AP Nr. 19 und Nr. 30 zu § 123 BGB; AP Nr. 6 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluss.

<sup>286</sup> Das Leistungsstörungenrecht wird punktuell von Sondervorschriften für einzelne Vertragstypen überlagert. Für den vorliegend zu behandelnden Themenkomplex wären neben den Regelungen des Leistungsstörungenrechts arbeitsrechtliche Sondervorschriften, die die Verteilung von Vertragsrisiken zum Gegenstand haben, von Bedeutung.

<sup>287</sup> Zu denken ist hier an die besondere Risikoverteilung für die Zeit des Verzuges, § 287 BGB.

rungsrecht vorgesehenen Risikoteilung ohne weiteres vereinbar. Sie erscheint sogar folgerichtig, denn die Information dient ja gerade der Kenntniserlangung von mit dem Vertrag für den Informationsinteressierten verbundenen Risiken.

Fraglich ist indes, ob diese - grundsätzlich überzeugende - Verteilung des Informationsrisikos - Zuweisung der Informationslast an den Informationsinteressierten - auch in denjenigen Fällen sinnvoll und systemkonform ist, in denen das Leistungsstörungsrecht eine (vollständige oder teilweise) Umverteilung des Vertragsrisikos vorsieht: Hat eine Vertragspartei den Eintritt der Störung zu vertreten, ist sie verpflichtet, Schadensersatz zu leisten (§§ 280 ff. BGB). Der anderen Seite wird also der Teil des Vertragsrisikos, der ihr nach der Grundkonzeption des Gesetzes im Normalfall zugewiesen ist, zumindest im Hinblick auf die konkrete Pflichtverletzung abgenommen. Durch den Schadensersatzanspruch wird sie von den nachteiligen Folgen der eingetretenen Störung frei gestellt. Wer den Eintritt einer Pflichtverletzung zu vertreten hat, trägt also (insoweit) ausnahmsweise nicht nur den ihm ohnehin zugewiesenen Teil des Vertragsrisikos, sondern zusätzlich auch den Teil des Vertragsrisikos, den nach der Grundkonzeption des Gesetzes im Normalfall sein Vertragspartner zu tragen hätte.

Es stellt sich die Frage, ob und wie sich die in dieser Zuweisung des gesamten Vertragsrisikos an eine Vertragspartei zum Ausdruck kommende Wertentscheidung des Gesetzes auf die Verteilung der Informationslast auswirkt. Die Frage wird klarer, wenn man sich vergegenwärtigt, wer in den hier interessierenden Fällen „Informationsinhaber“ und wer „Informationsinteressierter“ ist. Informationsinhaber ist derjenige, dessen Leistung gestört wird, an der Information über den störungsverursachenden Umstand interessiert ist naturgemäß der andere Teil. Aus den Wertungen des Leistungsstörungsrechts folgt also: Hat der Informationsinhaber die Störung seiner Leistung zu vertreten, trägt er auch den eigentlich dem Informationsinteressierten zugewiesenen Teil des Ver-

tragsrisikos. Präzisiert lautet die oben aufgeworfene Frage also: Ist es mit dieser Verteilung des Vertragsrisikos vereinbar, dem Informationsinteressierten dennoch die Verantwortung dafür zuzuweisen, dass er von der (drohenden) Störung der Leistung seines Gegenübers Kenntnis erlangt? Eine in sich widerspruchsfreie und an den vorhandenen Wertentscheidungen orientierte Lösung könnte eine Umverteilung des Informationsrisikos erfordern mit der Folge, dass eine entsprechende Offenbarungspflicht besteht.

Die Zuweisung der Informationslast an den Informations*inter-*essierten ist in diesen Fällen jedenfalls nicht zwingend. Für eine Verschiebung der Informationslast spricht vor allem die Überlegung, dass das Recht nicht nur die Aufgabe hat, die Folgen eingetretener Störungen abzuwickeln, sondern den Eintritt von Störungen nach Möglichkeit verhindern soll. Beliebte man es auch in den Fällen, in denen das Vertragsrisiko abweichend verteilt wird, bei der Zuweisung der Informationslast an den Informationsinteressierten, hätte das zudem zur Folge, dass dieser sich mit der Begründung, er hätte sich bei Kenntnis von der (drohenden) Störung gegen den Vertragsschluss entschieden, im Wege der Anfechtung nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 BGB und vor allem nur mit der Schadensersatzfolge des § 122 BGB vom Vertrag lösen kann. Er trüge also die wirtschaftlichen Folgen und damit das Risiko seines Irrtums. Das widerspricht aber der Entscheidung des Leistungsstörungenrechts, das Vertragsrisiko - im Wege der Schadensersatzpflicht - gerade der anderen Seite zuzuweisen.

Dieser Widerspruch besteht allerdings nur, soweit das Leistungsstörungenrecht als Rechtsfolge der Pflichtverletzung „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“ vorsieht. Soweit eine Pflichtverletzung lediglich zur Folge hat, dass der aus der konkreten Pflichtverletzung entstandene Schaden zu ersetzen, der Vertrag im Übrigen aber durchzuführen ist - so genannter „einfacher Schadensersatz“ gem. § 280 Abs. 1 BGB sowie gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286

BGB -, fehlt es dagegen von vornherein an der für die Übertragung der leistungsstörungsrechtlichen Wertentscheidungen erforderlichen Parallelität: Der Vertragspartner hat in diesen Fällen zwar Anspruch darauf, von den Folgen der konkreten Pflichtverletzung frei gestellt zu werden, er muss sich nach der Wertentscheidung des Leistungsstörungsrechts aber an dem Vertrag festhalten lassen. Dass eine Vertragsbeendigung nur unter den Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 BGB möglich ist und dass dem Informationsinteressierten das finanzielle Risiko einer solchen Vertragsbeendigung zugewiesen ist, stellt in diesen Fällen mithin keinen Widerspruch zu den Wertentscheidungen des Leistungsstörungsrechts dar. Denn das Leistungsstörungsrecht sieht eine für den Informationsinteressierten folgenlose Beendigung der gegenseitigen Leistungspflichten gar nicht vor.

Anderes gilt in den Fällen, in denen das Leistungsstörungsrecht als Rechtsfolge „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“ vorsieht. Diese Rechtsfolge impliziert den Wegfall der gegenseitigen Leistungspflichten (vgl. §§ 275, 326 I, 280 IV BGB), die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsbeendigung trägt derjenige, der die Leistungsstörung zu vertreten hat - er schuldet Ersatz desjenigen Schadens, der der Gegenseite aus der Nichtdurchführung des Vertrages entsteht.

Dass die Rechtsfolge „einfacher Schadensersatz“ gem. § 280 Abs. 1 BGB - ggf. in Verbindung mit § 286 BGB - zur Begründung einer Wertungsparallele und damit für die Übertragung der Risikoverteilungsregeln des Leistungsstörungsrechts auf die Informationslastverteilung nicht ausreichen kann, wird auch deutlich, wenn man sich die Folgen der Statuierung einer Offenbarungspflicht vergegenwärtigt: Die Verletzung einer Offenbarungspflicht führt potenziell immer zu einer schadensersatzpflichtigen Vertragsbeendigung. Eine arglistige Verletzung und damit die Erfüllung der Voraussetzungen für eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB sowie Ansprüche gem. § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. § 263 StGB ist

in jedem Fall denkbar. Die Entscheidung über die Umverteilung der Informationslast und damit für das Bestehen einer Offenbarungspflicht beinhaltet also wegen der mit ihr verbundenen Rechtsfolgen immer die umfassende und endgültige Übertragung des gesamten Störungsrisikos auf den Offenbarungspflichtigen. Die in § 280 Abs. 1 BGB vorgesehenen Schadensersatzpflicht lässt den Vertrag dagegen in seinem Bestand unberührt. Sie betrifft nur den Schaden, der aus der konkreten Pflichtverletzung erwächst. Mit der Rechtsfolge „einfacher Schadensersatz“ wird also nur ein Teil des Vertragsrisikos umverteilt. Dasselbe gilt im Ergebnis für § 287 BGB, der die Verantwortlichkeit für Störungsrisiken während des Verzugs regelt: Zwar ist der Schuldner während des Verzuges auch für zufällige Leistungshindernisse verantwortlich. Die Vorschrift sieht aber keine endgültige, sondern eine nur temporäre Risikoumverteilung vor. Einer Übertragung des gesamten Störungsrisikos entspricht im Leistungsstörungsrecht nach alledem nur die Rechtsfolge „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“.

Zusammenfassend bleibt an dieser Stelle festzuhalten: Eine Übertragung der Wertungen des Leistungsstörungsrechts kommt nur in Betracht, soweit eine Pflichtverletzung zur Folge hat, dass Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu gewähren ist. Insoweit ist

zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen das - für den „Normalfall“ gerechtfertigte - Zusammenfallen von Informationslast und -interesse im Interesse einer in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung aufzulösen ist, ob die Informationslast in diesen Fällen also ausnahmsweise dem Informationsinhaber zuzuweisen ist mit der Folge, dass ihn eine entsprechende Offenbarungspflicht trifft. Das bedeutet allerdings nicht zugleich, dass in allen anderen Fällen die Statuierung von Offenbarungspflichten von vornherein als systemwidrig auszuschließen ist, sondern nur, dass den Regelungen des Leistungsstörungsrechts für

die Frage solchen weiteren Offenbarungspflichten nichts abgelesen werden kann.<sup>288</sup>

## 2. Kündigungsrecht

In der Praxis des Arbeitsrechts erfolgt die Störungsbewältigung allerdings in aller Regel nicht durch das Leistungsstörungsrecht, sondern durch Kündigung. Bevor auf die Frage nach den Auswirkungen der leistungsstörungsrechtlichen Risikoverteilung auf die Informationslastverteilung im Einzelnen eingegangen wird, gilt es deshalb, einen nahe liegenden denkbaren Einwand zu entkräften: Den Einwand, für die Frage nach den Offenbarungspflichten der Arbeitsvertragsparteien sei die Heranziehung der Wertungen des Kündigungsrechts - vor allem des KSchG - nahe liegender:

Zunächst ist ganz grundlegend festzustellen, dass das Kündigungsrecht auch im Bereich des Arbeitsrechts das Leistungsstörungsrecht nicht etwa verdrängt. Zwar befassen sich beide Regelungskomplexe mit den Folgen eingetretener Störungen, jedoch unter verschiedenen Aspekten: Das Kündigungsrecht ist zukunftsgerichtet, es regelt das Schicksal des Vertrages für die Zukunft. Das Leistungsstörungsrecht fragt dagegen nach der Bewältigung der durch die Störung bereits eingetretenen (wirtschaftlichen) Folgen.

Ein (vorrangiger) Rückgriff auf die Wertentscheidungen des Kündigungsrechts im vorliegenden Zusammenhang setzt voraus, dass das Kündigungsrecht überhaupt Wertentscheidungen enthält, die sich für die Frage nach der Informationslastverteilung fruchtbar machen lassen können. Konkret müsste sich aus dem Kündigungsrecht etwas über die Verteilung der Verantwortlichkeit für die mit der realisierten Störung verbundenen (wirtschaftlichen) Nachteile entnehmen lassen. Denn Informationslastverteilung ist Risikoverteilung, mit der Zuweisung der Informationslast verbunden ist die Entscheidung, dass der für die Informationserhebung

---

<sup>288</sup> Zur Frage weitergehender Offenbarungspflichten unter dem Gesichtspunkt

Zuständige das Risiko der Unvollständigkeit der Entscheidungsgrundlage des Informationsinteressierten trägt. Die Information selbst dient dem Informationsinteressierten dazu, das Risiko - man könnte auch formulieren: die Wahrscheinlichkeit - abschätzen zu können, inwieweit die Gefahr einer Störung des Vertrages besteht und ihm aus dieser Störung nachteilige (wirtschaftliche) Folgen erwachsen. Die Zuweisung der Informationslast an den Informationsinteressierten erscheint deshalb jedenfalls gerechtfertigt, solange die Rechtsordnung diesem auch die (wirtschaftlichen) Folgen der Störung auferlegt. Denn solange es dem Informationsinteressierten um die Minimierung eines ihn treffenden Risikos geht, entspricht die Zuweisung der Informationslast dem bereits im zweiten Kapitel dargelegten Grundsatz, dass jeder für die Wahrnehmung seiner eigenen Interessen selbst verantwortlich ist. Über eine Änderung der Informationslastverteilung lässt sich - wie bereits dargelegt - nachdenken, wenn die Verantwortung für die Störungsfolgen nicht den Informationsinteressierten trifft.

Für die Frage nach der Informationslastverteilung ist also nach Wertentscheidungen im Gesetz zu suchen ist, die sich mit der Verteilung von mit dem Eintritt der Störung verbundenen (wirtschaftlichen) Nachteilen beschäftigen. Solche Wertentscheidungen enthält das Kündigungs(schutz)recht aber nicht. Das Kündigungs(schutz)recht enthält lediglich eine zukunftsbezogene Aussage des Inhalts, dass der Kündigende die mit einer Störung verbundenen nachteiligen Folgen *nicht mehr* tragen muss. Damit ist aber keine Umverteilung der Verantwortung für diese Folgen verbunden. Es geht vielmehr lediglich um die Beendigung der Situation, aus der diese Folgen erwachsen können. Rechtsfolge einer Kündigung ist aber nicht, dass die andere Seite für die dem Kündigenden aus der Störung erwachsenen nachteiligen Folgen einstehen muss. Es geht vielmehr ausschließlich darum, die Entstehung (weiterer) Nachteile zu verhindern.

Auf den Punkt gebracht geht es im Kündigungsrecht nicht um die Zuweisung der Verantwortung für Risiken, sondern um Risikobeseitigung. Die Richtigkeit dieser Feststellung zeigt sich auch in folgender Kontrollüberlegung: Wird ein an sich bestehendes Kündigungsrecht nicht ausgeübt, kommt es zu keiner Risikoumverteilung.

Nach alledem lassen sich die Wertentscheidungen des Kündigungsrechts nicht für die Frage fruchtbar lassen, in welchen Fällen eine Umverteilung der Informationslastverteilung angezeigt ist.

## **B. Auswirkungen der leistungsstörungsrechtlichen Risikoverteilung auf die Informationslastverteilung**

Der Kreis der für die Statuierung von Offenbarungspflichten nach dem bisher Dargelegten grundsätzlich in Betracht zu ziehenden Störungsgefahren - alle Störungen, bei deren Eintritt das Leistungsstörungsrecht als Rechtsfolge „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“ vorsieht<sup>289</sup> - ist im Folgenden daraufhin zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Umverteilung der Informationslast aus Gründen der Systemkonformität vorzunehmen ist.

### **I. Offenbarungspflichtigkeit von Störungen, die zum Ausschluss der Leistungspflicht führen**

Nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sind die früheren Haupttypen der Leistungsstörung - Unmöglichkeit, Verzug und pVV - zwar nicht mehr von eigenständiger Bedeutung.<sup>290</sup> Die an dieser Stelle zu untersuchenden Vorschriften - § 311 a und § 283 BGB - regeln jedoch ausschließlich die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit in all ihren Erscheinungsformen.

---

<sup>289</sup> Vgl. dazu unter A II 1.

<sup>290</sup> Sie wurden abgelöst von den Grundtypen „Nichterfüllung“ und „Schlechterfüllung, teilweise wird die Verletzung von Nebenpflichten als dritter, eigenständiger Grundtypus genannt, dazu Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 275, Rn. 2.

In der Sache geht es an dieser Stelle also um die Frage, ob Umstände, die zur Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung führen, offenbarungspflichtig sind. Dabei ist in zweierlei Hinsicht zu differenzieren: Zunächst erfordert der Verweis auf § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB sowohl in § 311 a Abs. 2 S. 3 BGB als auch in § 283 S. 2 BGB eine Differenzierung von vollständiger und teilweiser Unmöglichkeit, da diese Fälle unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen. Die zweite Differenzierung ergibt sich aus der Natur der Offenbarungspflicht als ex ante zu bestimmende und bestehende Pflicht: Im Erfüllungszeitpunkt steht nicht notwendig fest, ob der potenziell offenbarungspflichtige Umstand überhaupt eintreten wird. Es muss deshalb ferner zwischen bei Vertragsschluss feststehender und zu diesem Zeitpunkt „drohender“ Unmöglichkeit unterschieden werden.

**1. Bei Vertragsschluss feststehende Störungen, die zu vollständiger Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung führen**

*Fall 19:* A leidet unter einer Mehlstauballergie. Dennoch bewirbt sie sich um eine Anstellung als Bäckerin. Zum Zeitpunkt ihrer Einstellung ist sie im 4. Monat schwanger. A ist aufgrund ihrer allergischen Erkrankung überhaupt nicht in der Lage, die vereinbarten Tätigkeiten zu verrichten. Der Arbeitgeber ficht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an.

*Fall 20:* Arbeitgeber B ist die Befugnis zur Einstellung und Ausbildung von Auszubildenden entzogen worden. Dennoch schließt er mit C einen Ausbildungsvertrag ab. Auf diese Weise will er sich zumindest für einige Zeit eine billige Arbeitskraft verschaffen. C klagt, nachdem er von dem Verbot erfährt, auf Schadensersatz mit der Begründung, er hätte zum gleichen Zeitpunkt in einem anderen Unternehmen mit einer Ausbildung beginnen können.

*Abwandlung:* Die Entziehung der Befugnis zur Einstellung und Ausbildung von Auszubildenden ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht rechtskräftig. Der Arbeitgeber hat sich jedoch entschlossen, die Rechtsmittelfrist ungenutzt verstreichen zu lassen, so dass das Verbot eine Woche nach Abschluss des Ausbildungsvertrages mit C rechtskräftig wird.

*Fall 21:* Der Arbeitgeber beschließt Mitte 2005, seinen Betrieb zum Ende des Jahres aus Altersgründen aufzugeben. Dennoch schließt er im September 2005 mit dem D einen Ausbildungsvertrag ab.

Da das Arbeitsverhältnis in aller Regel Dauerschuldverhältnis ist, werden die Fälle andauernder vollständiger Unmöglichkeit zwar selten sein. Die geschilderten Beispielfälle zeigen aber, dass sie immerhin denkbar sind - von größerer Relevanz mag diese Fallgruppe bei befristeten Arbeitsverträgen sein. Eine Untersuchung dieser Fallgruppe ist aber jedenfalls im Hinblick auf die zwar praktisch relevanteren, jedoch weniger eindeutig zu lösenden (nachfolgend noch zu behandelnden) Fälle der Teilunmöglichkeit sowie der bei Vertragsschluss „drohenden“ Unmöglichkeit von Interesse, weil sie für ihre Behandlung Anhaltspunkte bieten kann.

#### **a) anfängliche Unmöglichkeit**

In den Beispielfällen 19 und 20 liegt ein Leistungshindernis bei Vertragsschluss im Sinne des § 311 a BGB vor. Schadensersatz statt der Leistung ist gemäß § 311 a Abs. 2 BGB zu leisten, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss kannte oder seine Unkenntnis zu vertreten hat. Unter diesen Voraussetzungen trägt der Schuldner mithin bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das gesamte Vertragsrisiko. Der Schuldner muss dem Gläubiger also alle Nachteile ersetzen, die für diesen daraus entstanden sind, dass er glaubte, er werde die versprochene Leistung erhalten. Das bedeutet zugleich, dass der Gläubiger nach

der Wertentscheidung des Gesetzgebers auch glauben *durfte*, er werde die Leistung erhalten.

Für die Frage nach der Informationslastverteilung bedeutet das: Wusste der Gläubiger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichts von der bestehenden Störung, so wirkt sich dieses Informationsdefizit aufgrund der Risikoverteilung im Leistungsstörungsrecht ausnahmsweise nicht dahingehend aus, dass der Gläubiger die Verantwortung für die Unvollständigkeit seiner Entscheidungsgrundlage dergestalt trägt, dass er die mit der Fehlentscheidung verbundenen nachteiligen Folgen tragen muss. Die Entscheidung, ihm dennoch die Informationslast zuzuweisen, stünde im Widerspruch zu dieser gesetzgeberischen Entscheidung. Denn sie hätte (wenn auch nur theoretisch) im Falle einer Anfechtung eine Schadensersatzpflicht des Gläubigers gemäß § 122 BGB zur Folge.

In diesen Fällen ist die Bejahung einer entsprechenden Offenbarungspflicht deshalb nicht nur mit den Wertungen des Leistungsstörungsrechts vereinbar, sondern im Interesse einer in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung sogar erforderlich. Dass die Informationslast in der Regel den Informationsinteressierten trifft, findet seine Rechtfertigung in der Tatsache, dass er auch das entsprechende Vertragsrisiko trägt, über das er informiert werden will. In den Fällen des § 311 a BGB ist das gesamte Vertragsrisiko dagegen bereits bei Vertragsschluss dem - potenziell - Offenbarungspflichtigen zugewiesen. Die Ablehnung einer Offenbarungspflicht würde hier folglich zu einem - seinerseits begründungsbedürftigen - Auseinanderfallen von Risiko und Informationslast führen. Für eine derartige Ausnahme ist aber kein Grund ersichtlich.

Da Offenbarungspflichten naturgemäß nur solche Umstände betreffen können, die dem Pflichtigen positiv bekannt sind, ist auch das maßgebliche Zurechnungskriterium erfüllt. Ob und unter welchen Voraussetzungen - zu denken ist vor allem an Fälle der grob fahrlässigen Unkenntnis - den Pflichtigen im Einzelfall eine Informationsbeschaffungspflicht trifft, ist eine andere Frage, auf

die im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden soll, da es im vorliegenden Zusammenhang bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen in erster Linie um persönliche und damit präsente, also positiv bekannte Informationen geht.<sup>291</sup>

Es bleibt festzuhalten: Umstände, die ein endgültiges, bei Vertragsschluss bereits vorliegendes Leistungshindernis im Sinne von § 311 a Abs. 1 BGB begründen und dem Offenbarungspflichtigen bekannt sind, sind offenbarungspflichtig.

### **b) nachträgliche Unmöglichkeit**

Zumindest auf den ersten Blick weniger eindeutig ist die Behandlung der Abwandlung von Fall 20 und von Fall 21, in denen die Unmöglichkeit nicht schon bei Vertragsschluss vorliegt, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt eintritt.<sup>292</sup> Auch für die Fälle nachträglicher, andauernder und damit endgültiger Unmöglichkeit sieht das Leistungsstörungenrecht die endgültige Umverteilung der Vertragsrisiken vor: Derjenige, der den zur Unmöglichkeit führenden Umstand zu vertreten hat, ist schadensersatzpflichtig. Er hat also Leistungs- und Gegenleistungsrisiko zu tragen.

#### **aa) Zeitpunkt der Risikoumverteilung**

Die Risikoumverteilung nach Leistungsstörungenrecht findet allerdings naturgemäß erst in dem Moment statt, in dem die Unmöglichkeit eintritt. Zu klären ist, ob die in dieser Risikoverteilung zum Ausdruck kommenden Wertungen dennoch zur Begründung entsprechender Offenbarungspflichten herangezogen werden können:

---

<sup>291</sup> Zu Informationsbeschaffungspflichten vgl. bspw. Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 153 ff.

<sup>292</sup> Unter § 311 a BGB fallen nur die Fälle, in denen das Leistungshindernis bei Vertragsschluss bereits eingetreten ist. So ist z. B. nachträgliche Unmöglichkeit gegeben, wenn das Leistungshindernis bei einem bedingte oder befristeten Vertrag nach Vertragsschluss, aber vor Eintritt der Bedingung bzw. der Befristung auftritt, dazu Palandt-Heinrichs, § 311 a, Rn. 4. Auch die Abwandlung von Fall 20 sowie Fall 21 sind demzufolge als solche nachträglicher Unmöglichkeit zu behandeln.

Entscheidend *für* die Übertragbarkeit spricht der Umstand, dass in den hier in Frage kommenden Fällen der Eintritt der Unmöglichkeit dem Offenbarungspflichtigen bei Vertragsschluss notwendigerweise bereits bekannt ist. Ansonsten kommt die Statuierung einer Offenbarungspflicht - wie eben dargelegt - ohnehin nicht in Betracht. Es erschiene widersprüchlich, die andere Verhandlungspartei auf ihre eigene „Pflicht“ zur Informationserhebung zu verweisen, obwohl der Gegenüber in der Sache die Verantwortung für den betreffenden Umstand trägt. Wollte man anders entscheiden, käme man zu dem wenig einleuchtenden Ergebnis, dass der Schuldner, der das Leistungshindernis zu vertreten hat, hierfür erst ab dem Moment verantwortlich ist, in dem es sich realisiert, obwohl bereits bei Vertragsschluss feststeht, dass es sich realisieren wird und er dies weiß. Für ein solches „Splitting“ der Verantwortlichkeiten ist kein vernünftiger Grund ersichtlich. Wer sich im Bewusstsein seiner sicher feststehenden künftigen Leistungsunfähigkeit auf Vertragsverhandlungen einlässt, erscheint zu diesem Zeitpunkt nicht schutzwürdiger als im Zeitpunkt des tatsächlichen Eintritts des Leistungshindernisses.

Der Zeitpunkt der Realisierung der Unmöglichkeit wird an anderer Stelle relevant: In je größerer zeitlicher Entfernung der Eintritt des Hindernisses liegt, desto weniger kann man in der Regel davon sprechen, dass der Eintritt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sicher feststeht. Denn es ist regelmäßig schon nicht sicher, über welchen Zeitraum hinweg sich das Arbeitsverhältnis erstrecken wird, ob es also überhaupt von dem Leistungshindernis betroffen sein wird. Der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit ist deshalb bei der Entscheidung zu berücksichtigen, ob ein Fall der bei Vertragsschluss feststehenden oder ein solcher der zu diesem Zeitpunkt nur „drohenden“ Unmöglichkeit vorliegt.

**bb) Vertretenmüssen als taugliches Zurechnungskriterium?**

Auslösendes Kriterium für die Risikoumverteilung ist im Leistungsstörungsrecht das Vertretenmüssen des die Unmöglichkeit begründenden Umstandes. Auf den ersten Blick scheint ein Verschulden in den hier interessierenden Konstellationen kaum jemals vorzuliegen. Das zeigen auch die obigen Beispielfälle: In der Abwandlung zu Fall 20 könnte man zwar argumentieren, der Verlust der Ausbildereigenschaft sei von B zu vertreten, da der Verstoß gegen die Regeln des Strafgesetzbuches, der zu dieser Rechtsfolge geführt hat, pflichtwidrig ist. Diese Argumentation erscheint Ergebnis aber wenig überzeugend, weil die Pflicht zu rechtstreuem Verhalten jedenfalls nicht automatisch auch gegenüber dem Arbeitnehmer besteht, zumal wenn der Pflichtenverstoß - wie hier - vor Eingehung des Vertragsverhältnisses lag.<sup>293</sup> Auch in Fall 21 erscheint das Vertretenmüssen zumindest zweifelhaft. Denn der Arbeitgeber hat sein Alter nicht verschuldet. Hier könnte man sich noch damit behelfen, dass man auf die Betriebsschließung abstellt und argumentiert, diese Entscheidung habe der Arbeitgeber zu vertreten. Dieses Argument trifft aber beispielsweise dann nicht mehr zu, wenn die Betriebsschließung durch eine schwere Erkrankung des Arbeitgebers quasi erzwungen wird.

Gegen diese Überlegungen könnte man allerdings vorbringen, dem Arbeitgeber sei doch jedenfalls vorwerfbar, dass er die Einstellung in Kenntnis seiner (künftigen) Leistungsunfähigkeit vornahm. In der Tat wird die Auffassung vertreten, das „Vertretenmüssen“ im Leistungsstörungsrecht diene lediglich der Abgrenzung des zu vertretenden Erfüllungshindernisses vom zufälligen und sei daher dahingehend zu interpretieren, dass Umstände, die in der Person einer Vertragspartei liegen und zur Leistungsstörung

---

<sup>293</sup> Vgl. zur Relativität des Pflichtenbegriffs Grunsky, JuS 1989, S. 593 ff. (insb. S. 596).

führen - wie zum Beispiel Krankheit oder Alter - immer zu vertreten seien. Denn sie sind nicht zufällig.<sup>294</sup>

Auf diesem Wege wäre zumindest die Lösung der Beispielsfälle 20 und 21 in einer dem Rechtsgefühl entsprechenden Weise möglich. Folgendes ist indes zu bedenken: Zum einen fehlt dieser Lösung die dogmatische Absicherung. Die schlichte Übertragung des risikozeuweisenden Merkmals „Vertretenmüssen“ aus dem Leistungsstörungsrecht auf die Statuierung von Offenbarungspflichten kann an dieser Stelle als Begründung nicht ausreichen. Denn dieses Merkmal erfüllt keinen Selbstzweck, sondern dient der Verwirklichung des hinter ihm stehenden Risikozeuweisungsprinzips. Zum anderen zeigen die Überlegungen zu folgendem Beispielsfall, dass die Übertragung des Merkmals „Vertretenmüssen“ vorliegend auch bei weiter Interpretation nicht immer überzeugende, dem Rechtsgefühl entsprechende Ergebnisse liefert:

*Beispielsfall 22:* A bewirbt sich um eine Anstellung als Kraftfahrer zum 1. August. Aufgrund eines Justizirrtums wurde gegen ihn rechtskräftig ein Fahrverbot von 3 Monaten verhängt, seinen Führerschein muss A spätestens am 1. September abgeben. Das verschweigt A bei seiner Bewerbung. Der Arbeitgeber ficht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an.

Hier hat A das zur Unmöglichkeit führende Ereignis auch bei weitem Verständnis des „Vertretenmüssens“ nicht verschuldet. Es handelt sich um ein zufälliges Leistungshindernis. Dennoch erscheint es nicht überzeugend, dass A nicht verpflichtet sein sollte, den dreimonatigen Führerscheinverlust zu offenbaren. Denn es lässt sich nicht begründen, warum ausgerechnet der Arbeitgeber, der mit dem Geschehen überhaupt nichts zu tun hat, die Folgen des Justizirrtums tragen soll. Der sich gegen eine solche Risikoverteilung aufdrängende Einwand ist derselbe wie oben: A hat

---

<sup>294</sup> Im Ergebnis ebenso MünchKomm<sup>3</sup>-Emmerich, § 275, Rn. 72, 77.

sich in Kenntnis seiner zeitweiligen Leistungsunfähigkeit bewerben!

Untersucht man die hinter dem Tatbestandsmerkmal „Vertretenmüssen“ des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB stehende Idee bzw. Wertung, so zeigt sich, dass der beschriebene Einwand auch stichhaltig ist. Um das hinter der Anforderung „Vertretenmüssen“ stehende Prinzip bzw. die dahinter stehende Idee zu abstrahieren, muss ergründet werden, inwiefern das Vertretenmüssen eines Erfüllungshindernisses das Verhältnis der Vertragspartner zueinander verändert: Theoretisch besteht immer die Gefahr, dass der mit dem Vertrag beabsichtigte Leistungsaustausch scheitert. In aller Regel haben beide Seiten selbst die Möglichkeit, ihre Leistung oder sogar auch die Leistung ihres Gegenübers zu vereiteln. § 311 a BGB zeigt aber, dass die Rechtsordnung davon ausgeht, dass ein Leistungsversprechen eingehalten werden kann und soll. Die Besonderheit des die Unmöglichkeit begründenden, zu vertretenden Umstandes liegt in der willentlichen Wahrnehmung der Vereitelungsmöglichkeit, in der Ausnutzung der Herrschaft über die störungsfreie Abwicklung des Vertrages. Das gesamte Risiko trägt also ausnahmsweise derjenige, der von seiner Möglichkeit, den reibungslosen Vertragsablauf zu vereiteln, in zurechenbarer Weise Gebrauch macht, wer sich also zum Herrscher über das Gelingen des Vertrages macht (Korrespondenz von Macht und Verantwortung).

In der hier in Rede stehenden Fallgruppe der bei Vertragsschluss feststehenden Erfüllungshindernisse gelingt der Vertrag nie. Allerdings weiß das nur der potenziell Offenbarungspflichtige. Eine auszuübende Macht über das Gelingen des Vertrages im Sinne einer Einflussnahmemöglichkeit gibt es in diesen Fällen nicht, da der Eintritt der Unmöglichkeit bereits sicher feststeht. Hier muss schon eine Stufe früher angesetzt werden: Der Vorsprung bzw. die Macht liegt hier in der Tatsache des Vertragsschlusses trotz besseren Wissens über dessen Erfüllbarkeit. Die entscheidende,

die Risikozuweisung begründende Einflussnahme besteht bereits in der Abgabe der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung trotz des Wissens, dass der Vertrag nicht gelingen kann.

Richtigerweise ist deshalb zur Begründung von Offenbarungspflichten auch in der Fallgruppe der nachträglichen Unmöglichkeit auf die Kenntnis vom offenbarungspflichtigen Umstand als Risiko-zuweisungskriterium abzustellen.

### **c) Zwischenergebnis**

Bei Vertragsschluss feststehende Umstände, die anfänglich oder nachträglich zur endgültigen und vollständigen Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung führen, sind unter der Voraussetzung offenbarungspflichtig, dass der Offenbarungspflichtige Kenntnis von dem betreffenden Umstand hat. Dieses Ergebnis ließe sich auch auf anderem Wege begründen, nämlich durch die unmittelbare Anwendung des Rechtsprinzips „venire contra factum proprium“. Der vorliegend gewählte technische „Umweg“ über die Heranziehung der tragenden Wertungen des Leistungsstö-rungsrechts bietet jedoch den Vorteil, zugleich Basis für die Lösung der Fälle der bei Vertragsschluss nur „drohenden“ Erfüllungshindernisse zu sein.

## **2. Bei Vertragsschluss „drohende“ Umstände, die zu vollständiger Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung führen**

Neben den soeben behandelten Fallgestaltungen sind die Fallkonstellationen zu behandeln, bei denen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Unmöglichkeit zwar „droht“, ihr Eintritt aber noch nicht sicher ist. Diese Fälle werden in der Realität sogar wesentlich häufiger auftreten als die der soeben behandelten feststehenden Unmöglichkeit. Denn dass sich jemand um einen Arbeitsplatz bewirbt oder - umgekehrt - ein Arbeitgeber jemanden einstellt, obwohl er weiß, dass er die geschuldete Leistung gar nicht erbringen kann, wird ein seltener Ausnahmefall sein. Auch in

der Rechtsprechung sind die Fälle der „drohenden“ Unmöglichkeit häufiger zu finden.

Zur Verdeutlichung der Problematik seien hier zunächst - zusätzlich zu den im Rahmen von Kapitel 1 eingeführten Fallbeispielen - drei weitere Fälle aus der Rechtsprechung vorgestellt:

*Fall 23:* Arbeitnehmerin A bewarb sich im Mai um eine Anstellung als Chefsekretärin, Arbeitsbeginn sollte der 1.7. sein. Zur Zeit der Vertragsverhandlungen war sie bereits seit ca. vier Wochen arbeitsunfähig erkrankt. Sie konnte nach den Urteilsfeststellungen nicht mit Sicherheit damit rechnen, am 1.7. wieder arbeitsfähig zu sein. Kurz nach dem Vorstellungsgespräch, in dem sie ihre Krankheit verschwiegen hatte, teilte man ihr mit, man habe sich für sie entschieden. Zur Vertragsunterzeichnung kam es aber letztlich nicht, weil A die Arbeitsstelle absagte.<sup>295</sup> Die Arbeitgeberin macht unter Berufung auf ein Verschulden bei Vertragsschluss Schadensersatz wegen erneuter Inseratskosten geltend. Die Arbeitnehmerin sei verpflichtet gewesen, ihre Krankheit offen zu legen. In diesem Falle hätte man sich nicht für sie, sondern für eine Mitbewerberin entschieden, so dass die zusätzlichen Inseratskosten nicht entstanden wären.<sup>296</sup>

*Fall 24:* Die Parteien schlossen einen Arbeitsvertrag, in dem sich die B zur Durchführung von Nachtwachen in dem von der Arbeitgeberin betriebenen Altenheim verpflichtete. B war schwanger, die Tätigkeit unterfiel somit § 8 MuSchG. Als sie - nach Arbeitsaufnahme - die Arbeitgeberin von der Schwangerschaft in Kenntnis setzte, teilte sie zugleich mit, das Gewerbeaufsichtsamt habe ihr eine Freistellung vom Nachtarbeitsverbot in Aussicht gestellt, wenn die Arbeitgeberin dies beantrage. Einen solchen Antrag stellte die Arbeitgeberin in-

---

<sup>295</sup> Dem Tatbestand der Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, ob die Absage wegen der Krankheit erfolgte, davon ist aber wohl auszugehen.

<sup>296</sup> BAG AP Nr. 6 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss.

des nicht, sie focht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an.<sup>297</sup>

*Fall 25:* C war als Berufskraftfahrer beschäftigt. Er war alkoholabhängig, hatte dies bei seiner Einstellung aber nicht offen gelegt. Nachdem die Arbeitgeberin von der Alkoholabhängigkeit erfuhr - C hatte zwischenzeitlich eine Entziehungskur gemacht - kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit der Begründung, C sei zwar im Arbeitsverhältnis nicht wegen Alkoholkonsums aufgefallen, er habe es aber pflichtwidrig unterlassen, im Einstellungsgespräch seine Krankheit zu offenbaren.<sup>298</sup>

Das Bestehen einer Offenbarungspflicht wurde in allen drei Fällen bejaht. Die jeweils entscheidenden Gerichte sind im Rahmen ihrer Urteilsbegründung allerdings über allgemeine Treue- und Risikoerwägungen nicht hinausgegangen:

In Fall 23 verzichtete das BAG auf eine eingehende Begründung. Das Gericht beruft sich auf die „Wahrheitspflicht“ als „Teil der Treuepflicht“, die dem Stellenbewerber schon bei den Vertragsverhandlungen obliege.<sup>299</sup> Diese führe dazu, dass die Arbeitnehmerin die bestehende Krankheit hätte offenbaren müssen, „es sei denn, dass sie mit einem Treu und Glauben entsprechenden Grad von Gewissheit davon ausgehen konnte, ihre Krankheit werde am 1.7. ... behoben sein.“<sup>300</sup> Für die Bejahung einer Informationspflicht in Fall 24 beruft sich das BAG darauf, es sei für die Arbeitgeberin „erheblich“ gewesen, von der Schwangerschaft und der noch nicht erteilten Ausnahmegenehmigung zu wissen, da diese Tatsachen „offensichtliche und erhebliche Folgen für die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses“<sup>301</sup> hätten. Fall 25 schließlich entschied das ArbG Kiel unter Berufung auf die Unzumutbarkeit für

---

<sup>297</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG 1968.

<sup>298</sup> ArbG Kiel, BB 1982, S. 804 f.

<sup>299</sup> BAG AP Nr. 6 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss, Bl. 2.

<sup>300</sup> BAG AP Nr. 6 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss, Bl. 2.

<sup>301</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG 1968, Bl. 4 R.

den Arbeitgeber. Schon die abstrakte Gefahr, die sich aus dem Krankheitsbild des Alkoholismus für die Tätigkeit als Berufskraftfahrer ergebe, sei einem Arbeitgeber nicht zuzumuten.

Es wurde bereits angemerkt, dass der Gerechtigkeitsgehalt von solchermaßen - ausschließlich auf allgemeine Treue- und Risikoerwägungen abstellenden - begründeten Entscheidungen gering ist, weil sie kaum Hinweise für die Lösung vergleichbarer Fälle bieten.<sup>302</sup> Abgesehen davon drängt sich die Frage nach einer fundierten Herleitung und Begründung der von den Gerichten jeweils aufgestellten Behauptungen über die Risikoverteilung und den Inhalt von Treuepflichten geradezu auf: Angesichts des Umstandes, dass die Rechtsordnung keine umfassende, erschöpfende Offenbarungspflicht kennt<sup>303</sup>, konnte zur Lösung von Fall 23 der schlichte Hinweis auf die der Stellenbewerberin obliegende „Wahrheitspflicht“ nicht genügen. Vielmehr hätte dargelegt werden müssen, welchen Inhalt und welche Grenzen diese „Wahrheitspflicht“ generell hat. Das ist letztlich keine andere Frage als die nach Inhalt und Grenzen der Offenbarungspflicht, das BAG hat eine solche also schlicht behauptet und nur eine andere Bezeichnung gewählt. In der Urteilsbegründung zu Fall 24 fehlt es an einer Begründung dafür, warum die Arbeitnehmerin für die „erheblichen Folgen“ verantwortlich ist, die aus der fehlenden Information für die Arbeitgeberin resultieren. Hier setzt das BAG ohne weitere Begründung eine bestimmte Risikoverteilung voraus. Ähnliches gilt schließlich für Fall 25: Zum einen setzt die Identifikation eines Risikos als „unzumutbar“ voraus, dass man sich über das gewöhnliche, zumutbare Risiko im Klaren ist, dazu wird in der Urteilsbegründung aber nichts gesagt. Und zum zweiten wäre im Anschluss zu begründen gewesen, warum das für eine Verhandlungspartei „unzumutbare“ Risiko die andere Seite trifft.

---

<sup>302</sup> Vgl. dazu im 1. Kapitel unter B II 2.

<sup>303</sup> Zur Begründung für den Ausnahmecharakter von Offenbarungspflichten vgl. im 2. Kapitel unter B.

Die Urteilsbegründung zu Fall 25 benennt aber immerhin das zentrale Problem - wenn sie es auch nicht einmal im Ansatz löst -: Es geht auch hier um die Verteilung des Vertragsrisikos. Konkret ist also zu fragen, wie die mit dem intendierten Vertrag verbundenen Risiken verteilt sind, wenn die Unmöglichkeit der Leistung „droht“ und welche Folgen sich daraus für die Verteilung der Informationslast ergeben.

**a) „Drohende“ Erfüllungshindernisse und allgemeines Leistungsstörungenrecht**

Zur Beantwortung der Frage nach der Risikoverteilung könnten auch hier die Wertungen des Leistungsstörungenrechts heranzuziehen sein:

Prinzipiell steht einer Übertragung der Wertungen und Risikoverteilungsprinzipien des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf die hier zu behandelnden Fallgestaltungen nichts im Wege: Es geht auch bei den hier in Rede stehenden Offenbarungspflichten darum, Kenntnis von mit dem Vertrag verbundenen Risiken zu verschaffen.<sup>304</sup> Dass es an dieser Stelle um nur eventuell mit dem Vertrag verbundene Risiken geht, spielt für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Wertungen des Leistungsstörungenrechts keine Rolle. Denn insoweit ist nur relevant, dass es um identische Regelungsgegenstände geht. Das ist der Fall, es geht auch hier um die Verteilung von Vertragsrisiken.

Allerdings scheint das Leistungsstörungenrecht Fälle des nur „drohenden“ Erfüllungshindernisses gar nicht zu kennen, so dass es der Problemlösung möglicherweise aus diesem Grund nicht dienen kann. Die Situation der bei Vertragsschluss nur „drohenden“ Unmöglichkeit kann zwar bei jedem Austauschvertrag entstehen, nämlich immer dann, wenn der Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der vereinbarte Leistungszeitpunkt auseinander fallen. Das Leistungsstörungenrecht ist jedoch durch eine ex post-Sicht ge-

---

<sup>304</sup> Zu den Einzelheiten bereits oben unter A I.

prägt, weil eine Entscheidung immer erst ansteht, wenn sich das Leistungshindernis realisiert hat.

Für die Frage nach der Verteilung des Vertragsrisikos *vor* der Realisierung des Leistungshindernisses lässt sich dem Leistungsstörungenrecht mithin jedenfalls unmittelbar nichts ablesen.

Möglicherweise könnte man sich aber bei der Bestimmung der Offenbarungspflichten in den vorliegenden Fällen ebenfalls mit einer Beurteilung *ex post* begnügen. Das hätte zur Folge, dass die für die Fallgruppe „Offenbarungspflichten hinsichtlich bei Vertragsschluss feststehender Unmöglichkeit“ gefundenen Ergebnisse hier ebenfalls gelten: Tritt das bei Vertragsschluss drohende Erfüllungshindernis ein, so bestand - soweit die erforderliche Kenntnis ebenfalls vorliegt - auch eine Offenbarungspflicht.

Ob die Bestimmung der Offenbarungspflichten *ex post* ausreicht, um den Interessen der Beteiligten gerecht zu werden und ob dieser Weg methodisch korrekt ist, bedarf allerdings einer eingehenderen Untersuchung:

#### **b) Bestimmung der Offenbarungspflichten *ex post*?**

Schon die - notwendige - Formulierung der Lösung im Imperfekt „... bestand auch eine Offenbarungspflicht“ legt einen ersten Einwand gegen die Bestimmung von Offenbarungspflichten *ex post* nahe: Man könnte meinen, die Bestimmung von Offenbarungspflichten müsse notwendigerweise *ex ante* erfolgen, um dem (potenziell) Verpflichteten die Gelegenheit zu geben, sich rechtstreu zu verhalten. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Offenbarungspflichtige durchaus Gelegenheit hat, seine Interessen zu wahren. Er kennt das Risiko der „drohenden“ Unmöglichkeit und kann sich deshalb dadurch entlasten, dass er - „freiwillig“ - die bestehende Gefahr im Rahmen der Vertragsverhandlungen offen legt. Wer sich dem Risiko der Realisierung der Unmöglichkeit und den entsprechenden Folgen nicht aussetzen will, dem steht es frei, den betreffenden Umstand und die eventuell in Aussicht ste-

hende Abhilfemöglichkeit offen zu legen und der anderen Seite damit die Möglichkeit zu geben, sich in Kenntnis des Risikos zu entscheiden. Damit ist zugleich das Risiko zum Vertragsgegenstand erhoben und findet dort eine eigenständige Regelung - häufig wird sich der Verhandlungsgegner das Risiko vergüten lassen. Den schutzwürdigen Interessen des potenziell Offenbarungspflichtigen widerspricht eine Bestimmung der Offenbarungspflicht ex post nach alledem nicht.

Eine Bestimmung der Offenbarungspflichten ex post müsste aber auch den Interessen des Verhandlungsgegners ausreichend Rechnung tragen. Ihm könnten durch diese Vorgehensweise Rechte bzw. Reaktionsmöglichkeiten unzulässigerweise abgeschnitten werden. Die folgenden Beispielfälle verdeutlichen die Problematik:

*Fall 26:* A bewirbt sich aus einer gesicherten Position heraus um einen Arbeitsplatz. Kurz nachdem er die neue Stellung angetreten hat, erfährt er, dass diese aufgrund finanzieller Schwierigkeiten des Unternehmens mittelfristig nicht gesichert ist. Dem A liegt ein weiteres Einstellungsangebot vor, allerdings zu einem niedrigeren Gehalt als bei seinem bisherigen und bei seinem jetzigen Arbeitgeber.

*Fall 27:* Der Arbeitgeber stellt den B ein, der demnächst eine Straftat zu verbüßen hat. B hat beantragt, diese Strafe im Freigängerstatus verbüßen zu dürfen, hierüber wurde bislang noch nicht entschieden. Der Arbeitgeber benötigt B für bestimmte Projekte und muss ihn für diese mit erheblichem finanziellen Aufwand schulen und anlernen, womit er bereits begonnen hat.

Der Verhandlungsgegner - in Fall 26 der Bewerber A und in Fall 27 der Arbeitgeber - hätte zwar keinen Anspruch darauf, dass sein Gegenüber einer eventuellen Offenbarungspflicht auch nachkommt. Das Interesse des Verhandlungsgegners, vor Vertrags-

schluss über das drohende Hindernis informiert zu werden, ist deshalb kein durchschlagendes Argument für die Notwendigkeit der Bestimmung der Offenbarungspflicht ex ante. Die Fallbeispiele zeigen aber, dass hier die Rechtsfolgen der Verletzung von Offenbarungspflichten relevant werden: In Fall 26 wird sich A (vorausgesetzt, er erfährt wie im Fallbeispiel von den finanziellen Schwierigkeiten des Arbeitgebers) überlegen, ob er zu dem dritten Arbeitgeber in die Stellung wechselt, die zwar schlechter bezahlt, dafür aber sicherer ist. In diesem Fall wird er sich aber fragen, ob er von seinem derzeitigen Arbeitgeber (zumindest für eine gewisse Zeitspanne) die Lohndifferenz fordern kann. Wollte man über die Offenbarungspflicht des Arbeitgebers erst ex post entscheiden, müsste A nicht nur mit der Geltendmachung dieses Anspruches warten, bis das Erfüllungshindernis - hier die Betriebsschließung, erhebliche Personalreduzierung o. ä. - eintritt. Vielmehr wird bereits seine Entscheidung, den Vertrag zu beenden, unter Umständen davon abhängen, ob ein solcher Ersatzanspruch besteht. Ist die Einkommensdifferenz erheblich, kann es aus Sicht des A rationaler sein, die unsichere Stellung vorerst zu behalten, wenn er keinen Anspruch auf Ersatz der Differenz hat. A hat unter diesen Umständen also ein Interesse daran, dass über das Bestehen der Offenbarungspflicht entschieden wird, bevor feststeht, ob die Unmöglichkeit tatsächlich eintreten wird. Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass die zeitlich verzögerte Feststellung des Bestehens einer Offenbarungspflicht und damit einer Schadensersatzpflicht dem Berechtigten häufig wenig nützen wird, weil zwischenzeitlich eine Realisierung dieses Anspruchs mangels Masse unmöglich geworden ist.

Dasselbe gilt in der Sache in Fall 27: Der Arbeitgeber wird grundsätzlich den Arbeitsvertrag mit B beenden wollen, um für seine Projekte eine mit Sicherheit zur Verfügung stehende andere Kraft einzustellen. Dann hat er ein Interesse daran, von B die bereits angefallenen Schulungskosten ersetzt zu bekommen. Ist dieser Anspruch aber noch unsicher, weil über die Offenbarungspflicht

des B erst ex post - also in dem Moment, in dem eine Entscheidung über den Freigängerstatus vorliegt - entschieden wird, kann es für den Arbeitgeber rationaler sein, den Vertrag mit B zunächst aufrechtzuerhalten. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn die Schulung des B schon fast beendet ist. Dann kann es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvoller sein, einen zusätzlichen Mitarbeiter einzustellen und gleichzeitig den Vertrag mit B aufrechtzuerhalten und seine Schulung zu Ende zu führen, anstatt sich der Gefahr auszusetzen, die bereits aufgewendeten Schulungskosten im Ergebnis sinnlos investiert zu haben. Denn wenn der Freigängerstatus letztlich bewilligt wird, bestünde bei einer Bestimmung der Offenbarungspflicht ex post kein Ersatzanspruch. Auch in dieser Konstellation besteht mithin - ebenso wie in Fall 26 - ein Interesse des potenziell Informationsberechtigten an einer Bestimmung der Offenbarungspflicht ex ante.

Diese Überlegungen zeigen, dass eine Bestimmung der Offenbarungspflichten ex post den Interessen des Verhandlungsgegners in bestimmten Konstellationen zuwider laufen kann. Diese Interessen sind auch berechtigt und schutzwürdig: Ein Grund dafür, ihm die geschilderten (faktischen) Einschränkungen seines Dispositionsradius zuzumuten, ist nicht ersichtlich.

Schließlich und entscheidend steht einer Entscheidung über die Offenbarungspflichtigkeit „drohender“ Unmöglichkeit ex post aber auch ein ganz grundsätzlicher Einwand entgegen: Eine solche ex post-Bestimmung würde bedeuten, dass von dem Eintritt des die Unmöglichkeit begründenden Umstandes auf dessen Offenbarungspflichtigkeit zurückgeschlossen würde. Dieser Schluss ist aber keineswegs zwingend. Denn zur Beurteilung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Offenbarungspflicht ist richtigerweise die Situation bei Vertragsschluss zu betrachten, in der der Eintritt des Umstandes noch unsicher ist.

Für diesen Zeitpunkt ist aber die Risikoverteilung anders zu bewerten als zum Zeitpunkt der Realisierung des Umstands: Im

Zeitpunkt der Realisierung des Leistungshindernisses trägt der Schuldner der unmöglichen Leistung das gesamte Vertragsrisiko. Unter diesen Voraussetzungen trifft ihn nach dem Dargelegten eine entsprechende Offenbarungspflicht. Die Entscheidung über das Bestehen einer Offenbarungspflicht bedeutet zugleich, dass für den Offenbarungspflichtigen ausnahmsweise kein Recht zur Geheimhaltung besteht. Im Regelfall - Informationslast beim Informationsinteressierten - besteht ein solches Geheimhaltungsrecht. Denn der Informationsinteressierte darf seinen Verhandlungspartner zwar befragen, dieser ist aber nicht zur Auskunft verpflichtet; eine allgemeine, umfassende Auskunftspflicht kennt das Privatrecht nicht. Das Geheimhaltungsrecht folgt aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Recht auf informationelle Selbstbestimmung).<sup>305</sup> Dieses Ergebnis lässt sich aus § 123 Abs. 1 BGB ablesen, wonach erst die arglistige Beeinflussung der Willensbildung durch (aktive) falsche Information, nicht aber bereits das passive Verhalten der Auskunftsverweigerung sanktioniert wird, was im übrigen auch interessengerecht erscheint: In der bloßen Informationsverweigerung liegt noch keine Beeinflussung der Willensbildung.

Dieses Geheimhaltungsrecht würde dem potenziell Offenbarungspflichtigen bei der Bestimmung der Offenbarungspflichtigkeit von drohenden Erfüllungshindernissen ex post unzulässigerweise abgeschnitten. Denn nach dem Dargelegten kommt ein Verlust des Geheimhaltungsrechts nur dann in Frage, wenn die Unmöglichkeit sicher feststeht und der sie begründende Umstand dem Offenbarungspflichtigen bekannt ist. Diese Voraussetzungen liegen aber zum für die Entscheidung über die Offenbarungspflicht maßgeblichen Zeitpunkt - nämlich des Vertragsschlusses - gerade nicht vor.

Eine Bestimmung der Offenbarungspflichtigkeit „drohender“ Erfüllungshindernisse ex post ist nach alledem abzulehnen. Das führt

---

<sup>305</sup> Vgl. bspw. MünchKomm-Roth, § 242, Rn. 226.

zugleich zu der Erkenntnis, dass die Wertungen des Leistungsstörungenrechts für die Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen „drohende“ Leistungshindernisse offenbart werden müssen, unmittelbar nicht weiter helfen.

**c) Bestimmung der Offenbarungspflichten durch Interessenabwägung**

Die hier zu beantwortende Ausgangsfrage sei noch einmal in Erinnerung gerufen: Wie sind die mit dem intendierten Vertrag verbundenen Risiken zu verteilen, wenn die Unmöglichkeit der Leistung einer Vertragspartei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (nur) „droht“?

Theoretisch sind für dieses Problem drei Lösungsmöglichkeiten denkbar: Es könnte bei dem „Normalfall“ bleiben, dass der Gläubiger das Leistungs- und der Schuldner das Gegenleistungsrisiko trägt. Dann bestünde keine Offenbarungspflicht. Man könnte aber auch genau gegensätzlich dazu meinen, schon ein „drohendes“ Erfüllungshindernis reiche aus, um demjenigen, auf dessen Seite es droht, das gesamte Vertragsrisiko zuzuweisen und damit auch eine Offenbarungspflicht aufzuerlegen. Schließlich könnte die Lösung in einem „Mittelweg“ zu suchen sein, der Beurteilungskriterien aufstellt, anhand derer über die Risikoverteilung und damit auch über das Bestehen einer Offenbarungspflicht je nach Interessenlage im Einzelfall zu entscheiden wäre.

Auch wenn für die hier zu behandelnde Fallgruppe der „drohenden“ Leistungshindernisse nach dem Vorstehenden nicht unmittelbar auf die Wertungen des Leistungsstörungenrechts zurück gegriffen werden kann, lassen sich die bisherigen Überlegungen doch für die Lösung fruchtbar machen: Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das Geheimhaltungsrecht des Informationsinhabers in der Fallgruppe der „drohenden“ Erfüllungshindernisse nicht von vornherein entfällt; das gilt auch in den Fällen, in denen sich das Erfüllungshindernis letztlich realisiert. Das be-

deutet für die Frage nach dem Bestehen einer Offenbarungspflicht, dass die „drohende“ Unmöglichkeit der Leistung nicht unbedingt zu einer entsprechenden Offenbarungspflicht führt.

Es kann jedoch auch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, „drohende“ Erfüllungshindernisse seien niemals offenbarungspflichtig. Das wird deutlich, wenn man sich noch einmal die Interessengewichtung in den bislang behandelten, „eindeutigen“ Fallgruppen vergegenwärtigt: Im „Normalfall“ besteht nach dem Dargelegten keine Offenbarungspflicht, die Informationslast liegt beim Informationsinteressierten. Das bedeutet hinsichtlich der Gewichtung der gegenläufigen Interessen, dass in diesen Fällen das Geheimhaltungsinteresse generell größeres Gewicht hat als das Informationsinteresse. Genau umgekehrt liegt es in den Fällen, in denen eine Offenbarungspflicht bejaht wird - dann überwiegt ausnahmsweise das Informationsinteresse und das Geheimhaltungsrecht entfällt. Die Fälle der „drohenden“ Erfüllungshindernisse zeichnen sich dagegen dadurch aus, dass weder das Geheimhaltungsrecht der einen noch das Informationsinteresse der anderen Seite von vornherein ausscheiden bzw. überwiegen: Dass das Geheimhaltungsrecht hier jedenfalls nicht vollständig entfällt, wurde im vorangegangenen Abschnitt bereits dargelegt. Dass hier jedoch auch nicht die Situation des „Normalfalles“ vorliegt, in dem das Informationsinteresse immer zurücksteht, zeigen folgende Überlegungen: Das allgemeine Leistungsstörungenrecht bürdet im Regelfall jeder Seite einen Teil des Vertragsrisikos auf, §§ 275, 326 Abs. 1 BGB. Zu diesem Risiko gehört auch die abstrakte Gefahr, dass ein Erfüllungshindernis auftritt. In dieser Situation muss nach den maßgeblichen Wertentscheidungen des Leistungsstörungenrechts das (eventuelle) Informationsinteresse zurückstehen.<sup>306</sup> Vorliegend besteht aber im Unterschied zur „Normalsituation“ nicht nur die abstrakte, sondern eine gesteigerte - konkrete -

---

<sup>306</sup> Dass diese Entscheidung auch logisch notwendig ist, zeigt der Gedanke, dass es in dieser Situation gar keine Information gibt, an der die andere Seite ernstlich ein Aufklärungsinteresse haben könnte. Dennoch sind diese Überlegungen nicht überflüssig, da sie das Grundprinzip offen legen.

Gefahr, dass die Leistung unmöglich wird. Dieses Risiko hat sich zwar noch nicht zu der für die Anwendung der Wertungen des § 283 BGB erforderlichen Gewissheit verdichtet, es entspricht aber auch nicht der Situation, die §§ 275, 326 Abs. 1 BGB für die nicht zu vertretende Unmöglichkeit im Auge hat.

Es lässt sich daher - mit Blick auf den „Normalfall“ - zusammenfassend formulieren: In der Konstellation der bei Vertragsschluss „drohenden“ Unmöglichkeit ist das Geheimhaltungsrecht der einen Seite insoweit abgeschwächt, als es das Informationsinteresse des Gegenübers nicht von vornherein überwiegt; das Informationsinteresse ist zwar gestärkt, aber nicht in dem Maße, dass es seinerseits das Geheimhaltungsrecht generell ausschaltet.

Da in dieser Fallgruppe mithin gegenläufige Interessen bestehen und es nach dem Dargelegten nicht möglich ist, den Vorrang eines dieser Interessen abstrakt-generell festzulegen, bietet sich die Lösung anhand einer Interessenabwägung an. Mit anderen Worten: Ob ein Umstand, der möglicherweise zur Unmöglichkeit der Leistung führt, offenbarungspflichtig ist, hängt davon ab, ob im konkreten Fall das Geheimhaltungsinteresse des potentiell Offenbarungspflichtigen oder das Informationsinteresse seines Verhandlungsgegners überwiegt.

Eine solche einzelfallbezogene Interessenabwägung lässt sich naturgemäß nicht abstrakt in ihren Einzelheiten vorzeichnen. Da vorliegend jedoch die zu berücksichtigenden Interessen feststehen, lassen sich immerhin einige „Eckpunkte“ für die Interessenabwägung aufstellen. Dabei soll und kann es nicht um den Entwurf eines abschließenden Kriterienkataloges gehen; das verbietet sich bei einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung von allein. Vielmehr sollen im Folgenden einige Punkte geklärt werden, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den zu berücksichtigenden Interessen und den typischen Fallgestaltung stehen und deshalb bei der Abwägung in aller Regel von Bedeutung sein werden:

**aa) Wahrscheinlichkeit der Realisierung des die Unmöglichkeit begründenden Umstands**

Für die Interessenbewertung relevant ist zunächst der Grad der Wahrscheinlichkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, mit dem sich das „drohende“ Erfüllungshindernis realisieren wird.

Dass der Geltungsanspruch eines unmittelbar gefährdeten Gutes im Privatrecht generell als besonders hoch eingestuft wird, ergibt sich beispielsweise aus den §§ 227, 904 BGB, wonach Notwehr und Nothilfe nur zur Abwehr *gegenwärtiger* Gefahren zulässig sind<sup>307</sup> oder auch aus §§ 859, 860 BGB.<sup>308</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintrittes für die Interessenabwägung relevant, weil sie die konkrete Interessenlage je nachdem näher an den „Normalfall“ rückt oder gerade umgekehrt näher an die Situation, in der eine Offenbarungspflicht mit Sicherheit besteht: Ist es im Einzelfall sehr wahrscheinlich, dass sich das Erfüllungshindernis realisieren wird - befindet sich zum Beispiel der Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon seit einigen Monaten in schlechter finanzieller Lage und hat diese sich kontinuierlich verschlechtert -, so spricht dieser Umstand dafür, das Geheimhaltungsrecht des Arbeitgebers eher niedriger zu bewerten als das Informationsinteresse des Stellenbewerbers. Liegt der Fall dagegen gerade umgekehrt - der Arbeitgeber befindet sich zwar in Finanzschwierigkeiten, in den letzten Monaten hat sich aber ein kontinuierlicher Aufschwung gezeigt - ist das Geheimhaltungsrecht tendenziell stärker zu bewerten als das Informationsinteresse.

Selbstverständlich lassen sich keine mathematisch-genauen Berechnungen hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts und ihrer Auswirkungen auf die Interessenabwägung anstellen. Die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts ist aber im Rahmen der

---

<sup>307</sup> Dasselbe gilt für die einschlägigen Vorschriften des StGB.

<sup>308</sup> Ebenso Hubmann, AcP 155 (1955), S. 85 ff. (113), der ebenfalls das Beispiel der Notwehr bzw. Nothilfe nennt.

Interessenbewertung als ein maßgebliches Kriterium zu beachten und zu prüfen.<sup>309</sup>

**bb) Zeitpunkt des Eintritts des Umstandes für den Fall seiner Realisierung**

In die Interessenabwägung ist ferner einzustellen, in welcher zeitlichen Entfernung sich das Risiko - gegebenenfalls - realisieren würde. Oben wurde bereits angesprochen, dass in der zeitlichen Entfernung ein weiterer Unsicherheitsfaktor liegt: Je weiter das potenzielle Ereignis (zeitlich) entfernt ist, desto ungewisser erscheint es, ob es sich tatsächlich realisieren wird - insofern handelt es sich hier um eine Unterform des vorstehend besprochenen Kriteriums „Wahrscheinlichkeit der Realisierung“ - und ob es sich in diesem Vertragsverhältnis auswirken wird. Denn in der Regel ist bei Vertragsschluss nicht bekannt, welche Dauer das Arbeitsverhältnis haben wird. Zudem sind viele nicht vorhersehbare andere Gründe für seine Beendigung denkbar.

**cc) Schadenshöhe**

Daneben könnte für die Interessenbewertung eine Rolle spielen, wie hoch im Falle des Eintritts der Unmöglichkeit der Schaden des (informationsinteressierten) Gegenübers wäre. Eine Berücksichtigung der (potenziellen) Schadenshöhe könnte sich auf das Kriterium der Wahrscheinlichkeit sowohl verstärkend als auch genau gegenteilig auswirken: So spräche beispielsweise eine geringe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zwar für das Geheimhaltungsrecht und damit gegen eine Offenbarungspflicht. Wäre der zu erwartende Schaden jedoch sehr hoch, würde dieses Ergebnis wieder abgeschwächt. Die Geringfügigkeit des potenziel-

---

<sup>309</sup> Das Kriterium der Risikorealisation findet sich beispielsweise auch - in verwandtem Zusammenhang - in einer Entscheidung des BAG vom 22.9.1961 - AP Nr. 15 zu § 123 BGB -: Hier bejahte das Gericht die Zulässigkeit der Frage des Arbeitgebers nach einer bestehenden Schwangerschaft, da seine Informationsinteressen überwiegen würden. In diesem Zusammenhang hat das BAG zugunsten der arbeitgeberseitigen Informationsinteressen ausgeführt, eine Schwangerschaft wirke sich - im Gegensatz z. B. zu Vorstrafen - notwendigerweise in naher Zukunft aus, vgl. Bl. 2.

len Schadens könnte das nach der Berücksichtigung der (geringen) Wahrscheinlichkeit gefundene Ergebnis dagegen bestärken.

Gegen eine Berücksichtigung der Schadenshöhe im Rahmen der Interessenabwägung könnte jedoch sprechen, dass das Privatrecht die Berücksichtigung des materiellen Wertes eines Rechtsgutes bei der Bestimmung von Rechten und Pflichten im Allgemeinen nicht kennt. So besteht beispielsweise der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen unabhängig davon, ob der streitbefangene Gegenstand 5 oder 500.000 Euro wert ist.

Das steht der Beachtlichkeit der Schadenshöhe im vorliegenden Zusammenhang im Ergebnis jedoch nicht entgegen: Denn die (jedenfalls in aller Regel geltende) Irrelevanz des Wertes eines Gutes bei der Anwendung zivilrechtlicher Normen erklärt sich daraus, dass er für das von der jeweiligen Norm verfolgte Schutzziel ohne Bedeutung ist. So schützt § 985 BGB die Rechtsstellung des Eigentümers, die vom Wert der betroffenen Sache unabhängig ist. Vorliegend besteht dagegen durchaus ein Zusammenhang von Schutzzweck und Schadenshöhe: Vorvertragliche Informationspflichten haben die Aufgabe, den Berechtigten über bestimmte mit dem intendierten Vertrag verbundene, vor allem finanzielle, Risiken zu informieren. Ein solches Risiko wird aber umso bedeutsamer, je höher der zu befürchtende Schaden ist.<sup>310</sup>

Dass das Kriterium der Schadenhöhe auch bei der Risikoverteilung im Leistungsstörungenrecht keine Rolle spielt, steht einer Berücksichtigung dieses Punktes bei der Interessenabwägung zur Bestimmung der Offenbarungspflichtigkeit von Umständen, die die Leistung unmöglich zu machen drohen, ebenfalls nicht entgegen:

---

<sup>310</sup> Dass eine Berücksichtigung des materiellen Wertes bzw. der Schadenshöhe im Privatrecht im Übrigen durchaus kein Fremdkörper ist, zeigt sich bspw. bei § 138 BGB: So wird über das Vorliegen sog. „Knebelungsverträge“ und damit über deren Sittenwidrigkeit entschieden, indem überprüft wird, wie viel wirtschaftliche Bewegungsfreiheit dem Betroffenen verbleibt (Palandt-Heinrichs, § 138, Rn. 39), Wucher i. S. v. § 138 Abs. 2 BGB setzt ein „auffälliges Missverhältnis“ zwi-

Für die beiden im Leistungsstörungenrecht geregelten „Extremfälle“ ist das Kriterium in der Tat irrelevant. Wer bei Vertragsschluss sicher weiß, dass ein von ihm zu vertretendes Erfüllungshindernis auftreten wird, kann von seiner Offenbarungspflicht nicht befreit werden, weil der entstehende Schaden geringfügig ist. Und ebenso wenig kann eine völlig abstrakte Gefahr offenbarungspflichtig sein, weil der anderen Seite ein extrem hoher Schaden droht. Da sie die Informationslast trägt, muss sie auch dieses Risiko tragen oder „beseitigen“, indem sie vom Vertragsschluss absieht. Soweit sind die Wertungen des Leistungsstörungenrechts eindeutig und von der Schadenshöhe unabhängig. Im Übrigen darf auch nicht übersehen werden, dass sich die Schadenshöhe auch im Leistungsstörungenrecht zumindest mittelbar auswirkt, nämlich bei der Höhe des gegebenenfalls zu leistenden Schadensersatzes.

Die Fälle der bei Vertragsschluss „drohenden“ Unmöglichkeit weisen die Besonderheit auf, dass grundsätzlich beide Interessen - Geheimhaltungsrecht und Informationsinteresse - schutzwürdig sind. Bei der Abwägung ist die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zwar von großer Bedeutung, in Fällen der Unsicherheit müssen und dürfen aber auch noch andere Gesichtspunkte zum Tragen kommen. Das wird deutlich, wenn man einmal verschiedene - der Klarheit halber „mathematisierte“ - Wahrscheinlichkeitsstufen vergleicht: Geht man davon aus, dass bei „mittlerer“ 50%iger Wahrscheinlichkeit beide Interessen gleich wiegen, so entsteht das Problem, dass eine Entscheidung allein anhand des Wahrscheinlichkeitskriteriums gar nicht möglich wäre. Ferner wäre sowohl bei 55% als auch bei 90% Wahrscheinlichkeit gleich zu entscheiden - eine Offenbarungspflicht bestünde.

Das Kriterium der Wahrscheinlichkeit gewinnt naturgemäß immer größeres Gewicht, je näher der konkrete Fall an einen der beiden „Pole“ rückt. Auch hier sind aber weitere Entscheidungskriterien

---

schen Leistung und Gegenleistung voraus - auch hier ist also die Schadenshöhe relevant.

vonnöten. Denn ansonsten würde die sehr hohe Wahrscheinlichkeit mit dem Fall der Sicherheit ohne weiteres gleichgesetzt - und damit ein möglicherweise dennoch berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des potenziell Offenbarungspflichtigen vernachlässigt.

Entscheidend ist, und darin liegt der Unterschied zu den beiden vom Leistungsstörungenrecht berücksichtigten Extremfällen, dass trotz hoher Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit des Nichteintritts des potenziell zu offenbarenden Umstandes berücksichtigt werden muss und umgekehrt. Daran würde es aber fehlen, wenn bei 50%iger Wahrscheinlichkeit eine Grenze gezogen und allein anhand der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des die Unmöglichkeit begründenden Umstandes über das Bestehen der Offenbarungspflicht entschieden würde.

Nach alledem steht einer Berücksichtigung der Schadenshöhe im vorliegenden Zusammenhang nichts entgegen, sie erscheint im Gegenteil sogar angezeigt, da die Schadenshöhe Einfluss auf die Intensität des Informationsinteresses hat.

Zu klären bleibt das praktische Problem, anhand welcher Maßstäbe festgestellt werden kann, ob der relevante Schaden geringfügig, erheblich oder durchschnittlich ist. Ohne einen Vergleichsmaßstab muss jeder Schaden quasi wertneutral bleiben - es lässt sich abstrakt nicht nachvollziehbar begründen, ob ein Schaden in Höhe von 500 Euro erheblich oder gering ist. Anders liegt es allerdings bei Beträgen, die in der Allgemeinheit übereinstimmend als Bagatellsummen angesehen werden. Die exakte Grenze bleibt zwar wie jede Grenzziehung notwendig willkürlich, es erscheint dennoch angezeigt, die jeweils im Strafrecht geltende Grenze hier zu übernehmen.<sup>311</sup>

Für alle anderen Fälle bleibt es aber dabei, dass ein sinnvoller Vergleichsmaßstab zu suchen ist: Es sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass die Schadenshöhe der objektiven Bewertung

der Intensität des Informationsinteresses dient. Demnach kann das subjektive Empfinden des Geschädigten selbstverständlich nicht allein entscheidend sein. Auf der anderen Seite erscheint aber eine von den subjektiven Umständen völlig losgelöste Beurteilung ebenso unsinnig. Denn sie würde zum einen einen objektiven Vergleichsmaßstab erfordern, den es aber nicht gibt. Zum anderen erscheint es auch nicht überzeugend, die subjektiven Gegebenheiten völlig außer Acht zu lassen. Denn die Intensität des Informationsinteresses, die es vorliegend zu bewerten gilt, hängt auch von der subjektiven Lage des Informationsinteressierten ab. Mithin kann bei der Bewertung der Schadenshöhe das Empfinden des potenziell Geschädigten zwar nicht alleiniger Maßstab sein, die konkreten Umstände des zu beurteilenden Falles sind aber zu berücksichtigen.

Grundsätzlich bieten sich zwei verschiedene Wege für eine dem entsprechende Beurteilung der potenziellen Schadenshöhe an, die je nach Fallgestaltung im Einzelfall auch kombiniert werden könnten: Zum einen kommt ein Vergleich von Schadenshöhe und Gesamt- bzw. Betriebsvermögen in Betracht. Zum anderen könnte bei geeigneter Fallgestaltung versucht werden, eine Art „marktüblichen Durchschnittsschaden“ als Vergleichsmaßstab zu ermitteln.

Für die Interessenabwägung in den vorgestellten Beispielfällen ergibt sich aus dem Vorstehenden: Je nachdem, wie sich die finanzielle Situation des Arbeitgebers in Fall 26 im Einzelnen darstellt, ist der Grad der Wahrscheinlichkeit der Risikorealisation zu beurteilen. Dasselbe gilt für die zeitliche Entfernung. Den dem drohenden Schaden wird man richtigerweise in der Differenz zwischen dem bei seinem bisherigen Arbeitgeber bezogenen Gehalt und dem Einkommen sehen müssen, das er nunmehr (bei dem dritten Arbeitgeber, zu dem er wechseln könnte) erzielen kann. Die Bewertung des so ermittelten Schadens kann beispielsweise

---

<sup>311</sup> Sie dürfte derzeit bei ca. 50 EUR liegen, vgl. OLG Zweibrücken, NStZ 2000, S. 536; OLG Hamm, NJW 2003, S. 3145.

anhand des im Beruf des A zu erzielenden Durchschnittseinkommens erfolgen. In Fall 27 wird die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit, mit der der Antrag des B, die Strafe im Freigängerstatur verbüßen zu dürfen, von den (allgemeinen) Voraussetzungen für die Bewilligung und davon abhängen, ob B sie (voraussichtlich) erfüllt. Der dem Arbeitgeber bei Nichtbewilligung entstehende Schaden besteht jedenfalls in den nutzlos aufgewendeten Schulungskosten. Zur Bewertung dieses Schadens biete es sich an, das Verhältnis dieser Kosten zu dem zu erwartenden Gewinn aus den betreffenden Projekten zu ermitteln, ggf. kann auch die Gesamtkalkulation für dieses Projekt Aufschluss über den (wirtschaftlichen) Stellenwert der Schulung für den Arbeitgeber geben.

#### **dd) Interessen Dritter**

Schließlich könnten - vornehmlich auf Seiten des Arbeitgebers - Interessen Dritter, zum Beispiel der Belegschaft oder von Kunden, bei der Interessenbewertung zu berücksichtigen sein.<sup>312</sup> Ein Beispiel: Dem Stellenbewerber A droht eine Haftstrafe, über eine Verbüßung im „Freigängerstatus“ ist noch nicht entschieden. Die Einstellung des A hatte den Zweck, die hohe Arbeitsbelastung der übrigen Belegschaft abzumildern. Es stellt sich nun die Frage, ob die Gefährdung des Interesses der Belegschaftsmitglieder an ihrer Entlastung durch die drohende Inhaftierung des A bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Das würde zu einer Aufwertung der Informationsinteressen des Arbeitgebers führen. Auf dieselbe Weise könnten zum Beispiel die Interessen eines Kunden an pünktlicher Leistung, für deren Erbringung A eingestellt worden war, zu berücksichtigen sein.

Soweit diese Drittinteressen zu einem Anspruch des betroffenen Dritten gegen den Arbeitgeber führen, spielt es in der Sache keine Rolle, ob sie unter dem Stichwort „Drittinteressen“ als eigenständiges Kriterium in die Interessenabwägung eingebracht werden.

---

<sup>312</sup> Hubmann, AcP 155 (1955), S. 85 ff. (107 ff.) spricht insoweit vom „Vorzugsprinzip der Interessenhäufung“, z. B. S. 107.

Sie unterfallen bereits dem Kriterium „Schadenshöhe“. Besteht dagegen kein Anspruch gegen den Informationsinteressierten, dürfen die Drittinteressen bei der Interessenabwägung im Ergebnis nicht berücksichtigt werden. Denn solange kein Anspruch besteht, ist das Risiko von dem betreffenden Dritten selbst zu tragen. Dann kann es aber für die Frage, ob eine - dieses Risiko vermindern - Offenbarungspflicht besteht, keine Rolle spielen. Eine andere Entscheidung dieser Frage würde bedeuten, dass das Risiko der Dritten unzulässigerweise auf den potentiell Offenbarungspflichtigen übertragen würde.

#### **ee) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Ob ein Umstand offenbarungspflichtig ist, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglicherweise zu Unmöglichkeit führt, ist im Einzelfall im Wege einer Interessenabwägung zu entscheiden. Im Rahmen dieser Interessenabwägung sind typischerweise drei Punkte zur Interessenbewertung zu berücksichtigen: Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Unmöglichkeit, die zeitliche Entfernung der potenziellen Realisierung des maßgeblichen Umstandes sowie die Höhe des (potenziellen) Schadens. Nur eingeschränkt können Interessen Dritter berücksichtigt werden. Sie spielen insoweit eine Rolle, als sie im Falle des Eintritts des Leistungshindernisses zu einem Anspruch gegen den Informationsinteressierten führen, sind dann allerdings bereits Teil des diesem drohenden Schadens; im übrigen bleiben sie bei der Interessenbewertung unberücksichtigt. Auch eine Offenbarungspflicht hinsichtlich „drohender“ Leistungshindernisse besteht schließlich aus den an anderer Stelle bereits ausgeführten Gründen<sup>313</sup> nur, wenn der potenziell Pflichtige positive Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand hatte.

Die genannten Kriterien zur Interessenbewertung sind nicht im Sinne eines abschließenden Kataloges misszuverstehen. Es handelt sich aber um Punkte, die bei nahezu jeder Entscheidung im

vorliegenden Zusammenhang eine Rolle spielen werden und deshalb im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind. Es bleibt indes dabei, dass die endgültige Entscheidung über die Offenbarungspflicht in dieser Fallgruppe nur im Einzelfall gefällt werden kann. Gegenüber einer völlig unkontrollierten Interessenabwägung bietet die Erarbeitung typischer Abwägungskriterien aber immerhin den Vorteil, dass sich die Interessenbewertung im Einzelfall an diesen Eckpunkten orientieren kann und damit - in den vorgegebenen Grenzen - transparenter wird.

Zuzugestehen ist allerdings, dass die vorgeschlagene Methode zur Ermittlung der Offenbarungspflichten hinsichtlich lediglich „drohender“ Unmöglichkeit zur Folge haben wird, dass ihre Verletzung häufig sanktionslos bleibt, weil die subjektiven Voraussetzungen der jeweiligen Sanktionsnorm mangels Kenntnis des Pflichtigen von den die Offenbarungspflicht begründenden (Abwägungs-)Kriterien nicht vorliegen. Das ist jedenfalls in denjenigen Fällen zu befürchten, in denen es auf das Kriterium der Schadenshöhe ankommt. Diese Probleme sind indes als weniger gravierend einzustufen, wenn man eine Vertragsbeseitigung im Wege der Naturalrestitution als Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 249 BGB wegen fahrlässiger Verletzung der Offenbarungspflicht für zulässig hält.<sup>314</sup>

### **3. Umstände, die zum teilweisen Ausschluss der Leistungspflicht führen**

*Fall 28:* A bewirbt sich um einen Arbeitsplatz, er wird zum 1. Juli eingestellt. Im Rahmen der Einstellungsgespräche hat er nicht offen gelegt, dass er sich im Oktober einer schon lange geplanten Operation unterziehen muss, die einen Ausfall seiner Arbeitskraft für ca. 8 bis 10 Wochen zur Folge haben wird, daran anschließend wird seine Leistungsfähigkeit noch für etwa 3 Monate um 20 % vermindert sein. Nachdem der

---

<sup>313</sup> Dazu bereits unter I 1 a.

<sup>314</sup> Dazu im 5. Kapitel.

Arbeitgeber hiervon erfährt, ficht er den Arbeitsvertrag mit der Begründung an, A habe eine Offenbarungspflicht verletzt.

*Fall 29:* B hat ein pflegebedürftiges Kind, das nicht unbeaufsichtigt bleiben kann. Aus organisatorischen Gründen kann die B deshalb mittwochs das Haus erst um 8.30 Uhr verlassen. Eine andere Organisation ist nicht möglich, wenn sie das Kind nicht in ein Pflegeheim gibt, was sie nicht möchte. Arbeitsbeginn ist um 8.15 Uhr, mittwochs erscheint B aber immer erst um 8.45 Uhr; zu Störungen im Betriebsablauf kommt es nicht. Bei der Einstellung hatte sie die geschilderten Umstände nicht mitgeteilt. Der Arbeitgeber ist der Ansicht, B hätte eine Offenbarungspflicht verletzt.

*Abwandlung:* B kommt mittwochs aus den genannten Gründen erst um 11.30 Uhr zur Arbeit.

*Fall 30:* C bewirbt sich um eine Anstellung als Zimmermann. Dass er unter Höhenangst leidet, legt er im Rahmen der Einstellungsgespräche nicht offen. Es zeigt sich, dass er aufgrund seiner Höhenangst nur 25 % der durchschnittlich zu erwartenden Arbeitsleistung erbringt, da er nicht in der Lage ist, aufrecht auf einem Dach zu laufen; statt dessen kriecht C langsam über die Sparren. Der Arbeitgeber ficht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an.

*Fall 31:* D ist aufgrund eines Knieleidens nicht in der Lage, Lasten von mehr als 15 kg zu tragen. Bei seiner Einstellung als Maurer legt er dies nicht offen. Der Arbeitgeber ficht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an. D hält - sachlich zutreffend - dagegen, dass Lasten von mehr als 15 kg nur selten zu tragen seien und dass in diesen Fällen ohne weiteres ein Kollege einspringen könne.

*Fall 32:* E wird von der Friedhofsverwaltung F als Hilfgärtner eingestellt. Im Rahmen des Einstellungsgesprächs war ihm sein

künftiges Arbeitsfeld mit „Gartenarbeiten und Ausführung von Bestattungsarbeiten“ beschrieben worden. E ist Angehöriger einer Sinti-Familie, die einem Reinheitsgebot unterliegt, das unter anderem das Tätigwerden als Bestattungsgehilfe untersagt. Unter Berufung auf dieses Reinheitsgebot verweigert E in der Folgezeit die Teilnahme an Bestattungsarbeiten. F ist der Ansicht, E hätte ihr von dem Inhalt des Reinheitsgebotes im Rahmen des Einstellungsgesprächs Mitteilung machen müssen.<sup>315</sup>

**a) Abgrenzung der Teilunmöglichkeit von der Schlechterfüllung der Arbeitsleistung**

In allen geschilderten Fällen könnte Teilunmöglichkeit vorliegen mit der Folge, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 BGB, in Fall 29 nach § 275 Abs. 3 BGB, hinsichtlich des unmöglichen Teils von der Leistung frei würde.

Bei genauerem Hinsehen erscheint die Einordnung als Teilunmöglichkeit aber zweifelhaft: Fraglich ist bereits, ob die Arbeitsleistung überhaupt teilbar ist. Die Teilbarkeit der Leistung ist Grundvoraussetzung für die Annahme einer Teil-unmöglichkeit. Eine Leistung ist nur dann teilbar, wenn sie ohne Wertminderung und ohne Beeinträchtigung des Leistungszwecks in Teilleistungen aufgespalten werden kann.<sup>316</sup> Die Vereinbarung sowohl einer bestimmten „Menge“ Arbeitszeit als auch der Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung ist indes nicht beliebig. Sie ist vielmehr der betrieblichen und wirtschaftlichen Organisation des jeweiligen Betriebes geschuldet, der seinerseits wiederum Verträge - z. B. mit Abnehmern seiner Produkte - einzuhalten hat. Man könnte deshalb meinen, Zweck der Arbeitsleistung sei (auch) der regelmäßige Beitrag zur Produktionsmenge des Arbeitgebers. Unter dieser Prämisse erscheint die Teilbarkeit der Arbeitsleistung im Sinne der obigen Definition ausgeschlossen, denn eine Beeinträchtigung des Leis-

---

<sup>315</sup> Nach BAG AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969.

<sup>316</sup> Palandt-Heinrichs, § 266 Rn. 3; Erman-Kuckuk, § 266, Rn. 2.

tungszwecks läge gerade vor. Im Ergebnis läge dann auch hier vollständige Unmöglichkeit vor. Entscheidend gegen diese Argumentation spricht jedoch, dass das Zurückbleiben hinter dem erwarteten Leistungsumfang dem Begriff der Teilleistung bereits wesensimmanent ist. „Beeinträchtigung des Leistungszwecks“ im Sinne der obigen Definition muss deshalb enger verstanden werden. Es kann richtigerweise nur um Fälle gehen, in denen auch die verbleibende Leistung für sich betrachtet den intendierten Zweck nicht erfüllt.

Jedenfalls in den Beispielfällen 28 und 29 ist das aber gerade nicht der Fall. In diesen Fällen der quantitativen Minderleistung liegt deshalb Teilunmöglichkeit vor. Zu demselben Ergebnis wird man in Beispielfall 32 kommen.

Problematischer ist die korrekte Einordnung der Beispielfälle 30 und 31. Es handelt sich um Fälle qualitativer Minderleistung. Teilweise wird vertreten, auch diese Fälle seien als Teilunmöglichkeit zu qualifizieren: Der Arbeitnehmer schulde eine ordnungsgemäße Arbeitsleistung, an der es hier gerade fehle. Aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung fehle es an der Nachholbarkeit, so dass hinsichtlich der ordnungsgemäßen Arbeitsleistung Teilunmöglichkeit vorliege.<sup>317</sup> Hiergegen wird eingewendet, von Unmöglichkeit der Erfüllung der Pflicht zu ordnungsgemäßer Arbeitsleistung könne nur gesprochen werden, wenn diese Verpflichtung noch nicht - und zwar auch nicht mangelhaft - erfüllt wurde. Die nicht gehörige Erfüllung als Nichterfüllung zu behandeln, bürde dem Arbeitnehmer das Erfüllungsrisiko zu einseitig auf. Richtigerweise müsse die qualitative Minderleistung deshalb als Schlechtleistung verstanden und behandelt werden.<sup>318</sup>

Im Ergebnis kann die Frage nach der richtigen dogmatischen Einordnung der qualitativen Minderleistung im Rahmen der hier zu behandelnden Fragestellung seit der Reform des Leistungsstö-

---

<sup>317</sup> Beuthien, ZfA 1972, S. 73 ff.

<sup>318</sup> Lieb, Arbeitsrecht<sup>7</sup>, Rn. 186 ff.

rungsrechts indes dahinstehen. Das geltende Recht hat die begriffliche Unterscheidung zwischen (Teil-)Unmöglichkeit und Schlechtleistung weitgehend aufgegeben, sie sind in dem Oberbegriff der „Pflichtverletzung“ aufgegangen. Bedingt durch den Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung müssen sowohl bei Teilunmöglichkeit als auch bei Schlechterfüllung der Arbeitsleistung für die Gewährung von Schadensersatz statt der ganzen Leistung identische Voraussetzungen vorliegen.<sup>319</sup> Für die Entscheidung über das Bestehen einer Offenbarungspflicht kommt es nach dem oben Dargelegten nur darauf an, ob nach den Regeln des Leistungsstörungsrechts Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu gewähren wäre. In beiden Fällen ist § 281 BGB die maßgebliche Anspruchsnorm. In beiden Fällen gilt, dass Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur unter den besonderen Voraussetzungen der § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB verlangt werden kann. Der einzige denkbare Unterschied könnte in dem Erfordernis der Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 BGB liegen. Bei der Einordnung als Teilunmöglichkeit entfällt das Erfordernis der Fristsetzung, der Schuldner wird vielmehr gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht (insoweit) frei; die entsprechende Anwendbarkeit der § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB ergibt sich aus § 283 S. 2 BGB. Anders erscheint die Sachlage auf den ersten Blick bei der Einordnung als Schlechterfüllung - in der Terminologie des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes handelt es sich um eine „nicht wie geschuldet“ erbrachte Leistung. Zu bedenken ist aber, dass der ausstehende Leistungsteil bzw. die ordnungsgemäße Erfüllung vorliegend nicht nachgeholt werden können. Die Arbeitsleistung hat Fixschuldcharakter. Demzufolge wäre eine Fristsetzung im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB überflüssig und damit verzichtbar gemäß § 281 Abs. 2 BGB. Schadensersatz statt der ganzen Leistung ist in den vorliegend relevanten Fallkonstellationen demnach unabhängig davon, ob die qualitative Minderleistung als Teilun-

---

<sup>319</sup> So auch ausdrücklich Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 185, Fn. 85.

möglichkeit oder als Schlechterfüllung qualifiziert wird, unter denselben Voraussetzungen zu leisten.

Die Frage nach der dogmatischen Einordnung der qualitativen Minderleistung im Arbeitsrecht ist im vorliegenden Zusammenhang damit ohne praktische Bedeutung. Es kann daher im Folgenden unmittelbar der Frage nach den Voraussetzungen für das Bestehen einer Offenbarungspflicht in den Fällen qualitativer sowie quantitativer Minderleistungen im Einzelnen nachgegangen werden.

#### **b) Voraussetzungen für das Bestehen einer Offenbarungspflicht**

Die bereits ermittelten Ergebnisse gelten auch für diese Fallgruppe: Maßgebliches Zurechnungskriterium für das Bestehen einer Offenbarungspflicht ist die Kenntnis von dem potenziell offenbarungspflichtigen Umstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.<sup>320</sup> Steht der Eintritt des maßgeblichen Ereignisses zu diesem Zeitpunkt noch nicht sicher fest, ist eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der oben entwickelten Kriterien erforderlich.<sup>321</sup>

Besonderheiten ergeben sich für die vorliegende Fallgruppe aus dem Umstand, dass die Leistung nicht vollständig unmöglich ist oder wird. Dieser Besonderheit tragen § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB Rechnung: Schadensersatz statt der ganzen Leistung kann der Gläubiger nur fordern, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Dieses Wahlrecht des Gläubigers wird durch das Erheblichkeitserfordernis des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB begrenzt. Dasselbe gilt, wenn eine Schlechtleistung vorliegt. In diesem Fall finden § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB unmittelbare Anwendung.

Da eine Übertragung der Wertungen des Leistungsstörungenrechts wie dargelegt nur möglich ist, soweit dort als Rechtsfolge „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“ vorgesehen ist, ist zu unter-

---

<sup>320</sup> Dazu unter B I 1 b bb.

<sup>321</sup> Dazu unter B I 2 c.

suchen, welche weiteren Voraussetzungen sich für die Statuierung von Offenbarungspflichten hinsichtlich solcher Umstände, die (nur) zum teilweisen Ausschluss der Leistungspflicht führen, aus diesen zusätzlichen Anforderungen des § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB ergeben:

**aa) potenzielles Gläubigerinteresse**

Das potenzielle Gläubigerinteresse, also die Frage, ob der Arbeitgeber (potenziell) Interesse an der Teilleistung hat, kann bei der Bestimmung der Offenbarungspflichtigkeit des betreffenden Umstandes aus folgenden Gründen im Ergebnis unberücksichtigt bleiben: Sollte der Arbeitgeber ein Interesse an der Teil- oder Schlechtleistung haben, entstehen dem Stellenbewerber durch die Statuierung einer Offenbarungspflicht keine Nachteile. Denn der Umstand wird für den Arbeitgeber allenfalls insoweit eine Rolle spielen, als er versuchen wird, die dadurch entstehenden finanziellen Nachteile auszugleichen. Das erscheint aber legitim, denn dieser Ausgleich würde anderenfalls über die Schadensersatzpflicht der §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen. Ein solches Interesse des Arbeitgebers an der verbleibenden Leistung ist, wie beispielsweise Ausgangsfall 29 zeigt, auch durchaus denkbar: Die B mag für den Arbeitsplatz so hoch qualifiziert sein, dass der Arbeitgeber ihre Verspätung hinnehmen möchte - bei einer entsprechenden Arbeitszeit- und Lohnminderung.

**bb) Erheblichkeit der Pflichtverletzung**

Entscheidend für die Statuierung von Offenbarungspflichten in den Fällen qualitativer und quantitativer Minderleistung kommt es auf die Erheblichkeit der Pflichtverletzung im Sinne von § 281 Abs. 1 S. 3 BGB an. Ob eine Pflichtverletzung - hier die Minderleistung - erheblich im Sinne dieser Vorschrift ist, ist im Wege einer „umfassenden Interessenabwägung“<sup>322</sup> festzustellen.

---

<sup>322</sup> Palandt/Heinrichs, § 281, Rn. 48; so wohl auch MünchKomm-Ernst, § 281, Rn. 147.

Auch hier gilt, dass sich eine solche Interessenabwägung naturgemäß nicht in ihren Einzelheiten vorzeichnen lässt. Als übergeordneten Leitfaden wird man bei der Abwägung zu berücksichtigen haben, ob und inwieweit der Einzelfall in die Nähe vollständiger Unmöglichkeit oder - in der Terminologie des Leistungsstörungsrechts - Nichtleistung rückt: Wer beispielsweise nur 5 % der durchschnittlich zu erwartenden Arbeitsleistung erbringt, erbringt zwar immer noch eine (Teil- oder Schlecht-)Leistung. Der Unterschied zur vollständigen Unmöglichkeit wird aber in aller Regel derart geringfügig erscheinen, dass von einer unerheblichen Pflichtverletzung im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB nicht ausgegangen werden kann.<sup>323</sup>

Die eingangs geschilderten Beispielfälle machen zwei weitere Gesichtspunkte deutlich, die für Abwägung in weniger eindeutigen Fällen regelmäßig wesentlich sein werden: Zum einen Umfang und Dauer der Leistungsminderung und zum anderen die Auswirkungen auf die Betriebsorganisation.

Zur Verdeutlichung des Gemeintenen sei noch einmal Beispielfall 29 aufgegriffen: Eine halbstündige Verspätung erscheint eher hinnehmbar als das Versäumen mehrerer Arbeitsstunden wie in der Abwandlung. Ob eine halbstündige Verspätung einmal wöchentlich als erheblich oder unerheblich einzustufen ist, hängt davon ab, welche Aufgaben die B hat: Ist sie mit Einzelarbeiten betraut, die in keinem Zusammenhang mit der Arbeit ihrer Kolleginnen und Kollegen steht, erscheint die Verspätung weniger schwerwiegend als wenn durch ihre Verspätung etliche andere Arbeitnehmer ebenfalls nicht mit ihrer Arbeit beginnen können, zum Beispiel wegen einer gemeinsamen Anfahrt zu einem externen Arbeitsort.

---

<sup>323</sup> Trotz der scheinbaren Ähnlichkeit handelt es sich hier um eine andere Interessenabwägung als in der Fallgruppe der „drohenden“ Unmöglichkeit. Hier steht die (teilweise) Unmöglichkeit fest. Mit Hilfe der Interessenabwägung gilt es festzustellen, wie schwer die Teilunmöglichkeit wiegt und wem dementsprechend das Vertragsrisiko aufzuerlegen ist.

Vom Ergebnis der Interessenabwägung hängt auch die Lösung der übrigen Beispielfälle ab.

### **c) Ergebnis**

Umstände, die zu qualitativer oder quantitativer Minderleistung führen, sind offenbarungspflichtig, wenn sie dem Pflichtigen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt sind und wenn eine Interessenabwägung zu dem Ergebnis führt, dass die Minderleistung nicht „unerheblich“ im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB ist. Steht der Eintritt des die in Rede stehenden Minderleistung begründenden Umstandes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht sicher fest, ist zusätzlich eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der zu den Fällen der „drohenden“ Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung entwickelten Grundsätze durchzuführen.

## **II. Offenbarungspflichtigkeit anderer Umstände**

Die bei der vorstehenden Untersuchung gewonnenen Ergebnisse haben auch bei der Frage nach weiteren Offenbarungspflichten Gültigkeit: Die Statuierung von Offenbarungspflichten unter Berufung auf die Wertungen und Prinzipien des Leistungsstörungsrechts kommt immer, aber auch nur in den Fällen und unter den Voraussetzungen in Betracht, in denen das Leistungsstörungsrecht als Rechtsfolge „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“ vorsieht. Auch die Entwicklung weiterer Offenbarungspflichten muss sich also an dieser Rechtsfolge orientieren. Für das im Leistungsstörungsrecht als maßgebliches Zurechnungsprinzip vorgesehene Kriterium „Vertretenmüssen“ der jeweiligen Pflichtverletzung gilt ebenfalls das oben Gesagte: Aus den dort genannten Gründen kommt es für das Bestehen einer Offenbarungspflicht nicht auf ein Verschulden der Pflichtverletzung an, sondern auf die Kenntnis von dem betreffenden Umstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Schließlich ist auch das zu den bei Vertragsschluss nur „drohenden“, die Pflichtverletzung begründenden Um-

ständen entwickelte Verfahren nicht auf die Fälle der die Unmöglichkeit der Leistung begründenden Umstände beschränkt: Da die dort angestellten Überlegungen nicht auf etwaige Besonderheiten der Unmöglichkeit bezogen sind, gelten auch sie allgemein für die Statuierung von Offenbarungspflichten.

Im Folgenden sollen die verbleibenden Pflichtverletzungen, in denen das Leistungsstörungsrecht als Rechtsfolge „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“ vorsieht, auf das Bestehen entsprechender Offenbarungspflichten hin untersucht werden. Wegen der dargelegten Verallgemeinerungsfähigkeit der bislang gewonnenen Ergebnisse genügt es, dabei auf die Bedeutung und Auswirkung zusätzlicher, für die Auslösung der Rechtsfolge „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“ aufgestellter Voraussetzungen und Tatbestandsmerkmale näher einzugehen.

#### **1. Offenbarungspflichtigkeit von Umständen, die zum Verzug des Arbeitgebers führen bzw. führen können**

Als im vorliegenden Zusammenhang neben der Unmöglichkeit relevante Pflichtverletzung soll zunächst der („drohende“) Verzug des Arbeitgebers daraufhin untersucht werden, ob die den Verzug begründenden, dem Arbeitgeber bei Vertragsschluss bekannten Umstände offenbarungspflichtig sind.<sup>324</sup> Ein Beispielsfall aus der Einleitung hierzu sei in Erinnerung gerufen:

*Fall 33:* Arbeitgeber Z schließt einen Arbeitsvertrag mit F. Er weiß, dass er die fälligen Löhne in den nächsten zwei Monaten nicht wird auszahlen können, da ihm die erforderlichen Mittel erst nach Abschluss der derzeit laufenden Projekte und Eingang der Honorare zur Verfügung stehen werden. Diesen Sachverhalt legt er gegenüber F, dem auch noch eine andere Stelle angeboten worden war, nicht offen. F klagt auf

---

<sup>324</sup> Aufgrund des (regelmäßigen) Fixschuldcharakters der Pflicht zur Arbeitsleistung kommt Verzug auf Seiten des Arbeitnehmers von vornherein kaum einmal in Betracht. Sollte dies doch einmal der Fall sein, gilt das nachfolgend Ausgeführte entsprechend.

Schadensersatz wegen Verletzung einer Offenbarungspflicht.

Schadensersatz statt der Leistung ist bei Verzug unter den Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 BGB zu leisten. Zusätzliche Voraussetzung ist hier das erfolglose Verstreichen einer angemessenen Frist, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB.

Eine tatsächliche Fristsetzung kommt für die Begründung einer entsprechenden Offenbarungspflicht naturgemäß nicht in Betracht. Das folgt bereits aus dem Umstand, dass der Informationsberechtigte vom - ggf. nur drohenden - Verzug keine Kenntnis hat, so dass ihm eine Fristsetzung schon aus diesem Grunde nicht möglich wäre. Das Erfordernis der Fristsetzung lässt sich jedoch im Wege der Fiktion antizipieren. Die den Verzug begründenden Umstände sind bekannt, so dass sich auch feststellen lässt, ob der Arbeitgeber - fiktiv - in der Lage wäre, innerhalb einer angemessenen Frist zu leisten. Ist das nicht der Fall, besteht - soweit die Voraussetzungen im Übrigen erfüllt sind - eine Offenbarungspflicht.

Umstände, die zum Verzug des Arbeitgebers führen oder führen könnten, sind also offenbarungspflichtig, soweit sie dem Arbeitgeber bei Vertragsschluss bekannt sind, eine fiktive angemessene (Nach-)Leistungsfrist ungenutzt verstreichen würde und - für den Fall des „drohenden“ Verzugs - eine Interessenabwägung das Überwiegen des Informationsinteresses des Stellenbewerbers ergibt.

Im obigen Beispielfall 33 wäre eine Offenbarungspflicht des Arbeitgebers demnach zu bejahen: Laut Sachverhalt kann er die Löhne nicht auszahlen, eine Nachfrist müsste er mangels finanzieller Mittel ungenutzt verstreichen lassen.

## **2. Offenbarungspflichtigkeit von Umständen, die zu einer Verletzung von Nebenpflichten führen oder führen könnten**

Schadensersatz statt der Leistung ist schließlich, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, auch bei der Verletzung von Nebenpflichten zu leisten, so dass sich abschließend die Frage stellt, ob auch (ggf. „drohende“) Nebenpflichtverletzungen offenbarungspflichtig sind:

*Fall 34:* A ist in seiner bisherigen Stellung durch nachhaltiges Mobbing seiner Kollegen aufgefallen. Um Schwierigkeiten zu vermeiden, schließt sein Arbeitgeber mit ihm einen Aufhebungsvertrag und erteilt ihm ein Arbeitszeugnis, in dem die Mobbing-Aktivitäten unerwähnt bleiben. A bewirbt sich nunmehr bei X und wird eingestellt. Nach einigen Wochen erfährt X zufällig von der „Vorgeschichte“ des A.

*Fall 35:* B ist Inhaber eines Ein-Mann-Betriebes. Er bewirbt sich bei X, der in derselben Branche tätig ist. Auf diesem Wege will er neue Kunden kennen lernen und sie für sein eigenes Unternehmen abwerben.

*Fall 36:* Kurz nach seiner Einstellung im Betrieb des Y erfährt C, dass dieser erforderliche Sicherheitsstandards aus Kostengründen nicht einhält. Dadurch entsteht für C eine Gesundheitsgefahr. Er ist der Ansicht, Y hätte ihm dies bei der Einstellung offenbaren müssen.

*Fall 37:* D bewirbt sich um eine Stellung im Betrieb des X. Dem X ist bekannt, dass in der Abteilung, in die D eintreten würde, erhebliche Mobbing-Gefahr besteht, denn die beiden letzten Arbeitsplatzinhaber hatten aus diesem Grund jeweils nach kurzer Zeit gekündigt. Dennoch teilt X dem D nichts von den zu erwartenden Schwierigkeiten mit.

*Fall 38:* Der Arbeitgeber stellt die E ein. Sie soll einen bestimmten Kundenkreis betreuen. Diese Aufgabe wurde bislang von einer anderen Arbeitnehmerin wahrgenommen, die nach mehrfacher, massiver sexueller Belästigung durch einige der zu betreuenden Kunden die Stellung gekündigt hatte. Obwohl dem Arbeitgeber all dies bekannt ist, teilt er der E bei ihrer Einstellung nichts davon mit.

Bei der Verletzung von Nebenpflichten ist gemäß § 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung zu gewähren, wenn die Leistung dem Gläubiger nicht mehr zuzumuten ist. Nach wohl herrschender Meinung setzt die fehlende Zumutbarkeit in der Regel eine vorangegangene Abmahnung voraus; bei groben Pflichtverletzungen wird die Abmahnung für entbehrlich gehalten.<sup>325</sup>

**a) Offenbarungspflichten und Abmahnungserfordernis**

Die Abmahnung kann im Gegensatz zur Fristsetzung beim Verzug nicht im Wege der Fiktion nicht vorweggenommen werden kann. Da die Risikoumverteilung aber nur nach *erfolgloser* Abmahnung stattfindet, kann das Erfordernis auch nicht übergangen werden. Dass die Abmahnung im Gegensatz zur Fristsetzung beim Verzug nicht antizipierbar ist, liegt in der Natur der Nebenpflicht als Verhaltenspflicht begründet: Da Offenbarungspflichten nur in Betracht kommen, soweit der jeweilige Umstand bei Vertragsabschluss bekannt ist, können ausschließlich vorsätzliche Nebenpflichtverletzungen Gegenstand von Offenbarungspflichten sein. Der Eintritt der Nebenpflichtverletzung ist daher im vorliegenden Zusammenhang immer von einem entsprechenden Willensentschluss abhängig. Die Abmahnung soll zu einer Änderung dieses Willensentschlusses führen. Der Erfolg einer solchen Abmahnung

---

<sup>325</sup> Palandt-Heinrichs, § 282, Rn. 4; Erman-Westermann, § 282, Rn. 4; etwas anders MünchKomm-Ernst, § 282, Rn. 6, der der Ansicht ist, für ein grundsätzliches Abmahnungserfordernis fehle es an dem erforderlichen Anhaltspunkt im Gesetzestext. Wollte man sich dieser Auffassung anschließen - die angesichts dessen, dass das Abmahnungserfordernis richtigerweise aus dem (ungeschriebenen) allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip abzuleiten ist, wenig überzeugend erscheint - so käme man zu entsprechend weitergehenden Offenbarungs-

ist, da er von einem inneren, rein subjektiven Vorgang abhängt, nicht antizipierbar. Hierfür wären objektive, äußere Anhaltspunkte von Nöten, an denen es aber in aller Regel fehlen wird. Das gilt auch für die Beispielsfälle 37 und 38: Zwar geht hier die Verletzungshandlung von Dritten aus, verletzte Nebenpflicht ist aber die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Eine Abmahnung könnte diesen dazu veranlassen, gefahrbesitzende Maßnahmen zu ergreifen, sei es in Fall 37 eine Kündigung der Arbeitnehmer, von denen das Mobbing ausgeht oder in Fall 38 beispielsweise durch eine Umstrukturierung der betrieblichen Organisation dergestalt, dass die maßgeblichen Kunden in Zukunft von einem männlichen Mitarbeiter betreut werden.

(„Drohende“) Nebenpflichtverletzungen sind nach alledem (nur) in solchen Fällen offenbarungspflichtig, in denen eine Abmahnung im Sinne des § 282 BGB für den Fall der Realisierung der Pflichtverletzung entbehrlich wäre. Das wird man beispielsweise bejahen können, wenn in Fall 36 die drohenden Gesundheitsgefahren so erheblich sind, dass weiteres Abwarten unzumutbar erscheint. Auch in Fall 38 wird man es der E kaum zumuten können, eine Neuorganisation des Arbeitgebers abzuwarten und zwischenzeitlich den betreffenden Kundenkreis weiter zu betreuen, wenn sie sexuell belästigt wird. Ferner ist nach allgemeinen Grundsätzen die positive Kenntnis des Pflichtigen von dem zu offenbarenden Umstand zu fordern.<sup>326</sup>

#### **b) Unterscheidung zwischen feststehenden und nur „drohenden“ Nebenpflichtverletzungen**

Der Charakter der Nebenpflicht als Verhaltenspflicht und die daraus folgende Abhängigkeit des tatsächlichen Verletzungseintritts ausschließlich von einem Willensentschluss führt zu einem weiteren Problem: Sie erschwert die Differenzierung zwischen feststehenden und nur „drohenden“ Nebenpflichtverletzungen:

---

pflichten.  
<sup>326</sup> Vgl. unter I 1 a.

Selbst wenn eine Verhandlungspartei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Verletzung einer Nebenpflicht fest entschlossen ist, kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass sie sich vor der eigentlichen „Ausführungshandlung“ - aus welchen Gründen auch immer - anders besinnt.

Auf den ersten Blick scheint die Möglichkeit einer solchen Ument-scheidung für die Frage nach der Pflicht zur Offenbarung von Nebenpflichtverletzungen keine Rolle zu spielen, da es - wie in anderem Zusammenhang bereits dargelegt<sup>327</sup> - richtigerweise auf die Situation zur Zeit des Vertragsschlusses ankommt. Das ändert jedoch nichts daran, dass von einer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststehenden Nebenpflichtverletzung nur die Rede sein kann, wenn der Schadenseintritt sicher feststeht. Gerade an dieser Voraussetzung fehlt es hier aber.

Diese Argumentation lädt allerdings zum Missbrauch geradezu ein: Solange die Pflichtverletzung noch nicht eingetreten ist, besteht die Gefahr, dass der potenzielle Verletzer wahrheitswidrig behauptet, sich zwischenzeitlich eines besseren besonnen zu haben. Ein solches Verhalten wäre vor allem deshalb problematisch, weil den Offenbarungspflichten gerade dort eigenständige Bedeutung zukommt, wo die Entscheidung über ihr Bestehen vor Eintritt potenziell offenbarungspflichtigen Ereignisses erforderlich wird. Denn soweit die Pflichtverletzung bereits eingetreten ist, kommt der Statuierung von Offenbarungspflichten nach der hier vertretenen Lösung mehr theoretische denn praktische Bedeutung zu. Ihr praktischer Nutzen erschöpft sich in diesen Konstellationen darin, dass dem Gläubiger ein weiterer Weg zur Realisierung seiner - inhaltlich unveränderten - Ansprüche eröffnet wird.<sup>328</sup> Denn die Verletzung einer Offenbarungspflicht führt in der Regel zur scha-

---

<sup>327</sup> Dazu unter I 2.

<sup>328</sup> Das gilt auch für die Fälle der bei Vertragsschluss feststehenden anfänglichen Unmöglichkeit. Oben wurde bereits angemerkt, dass die ausführliche Untersuchung dieser Fallgruppe aber deshalb sinnvoll erschien, weil die für diese Fälle gewonnenen Erkenntnisse bei der Behandlung der weniger eindeutigen, jedoch praktisch bedeutsameren Fallgruppen verwerten lassen.

densersatzpflichtigen Vertragsbeseitigung<sup>329</sup> - die Anwendung des leistungsstörungsrechtlichen Instrumentariums unterliegt bei der hier vertretenen Lösung aber notwendigerweise denselben Voraussetzungen und führt mit der Rechtsfolge „Schadensersatz statt der Leistung“ auch zu identischen Ergebnissen.

Eigenständige Bedeutung erlangen Offenbarungspflichten also nur, wenn eine Entscheidung über ihr Bestehen noch vor Eintritt des offenbarungspflichtigen Umstandes erfolgen soll. Denn hier ermöglicht ihre Statuierung eine Entscheidung über die genannten Rechtsfolgen, bevor die für die Anwendung der leistungsstörungsrechtlichen Normen erforderlichen Voraussetzungen - namentlich der Eintritt der Pflichtverletzung - vorliegen. Dass eine Entscheidung vor Eintritt der Pflichtverletzung den berechtigten Interessen des Gläubigers entsprechen kann, wurde oben bereits dargelegt.<sup>330</sup>

Gerade in diesen praktisch relevanten Fällen besteht die geschilderte Missbrauchsgefahr. Diese Problematik wird noch verschärft durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach eine Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 BGB gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt, wenn der Anfechtungsgrund für das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Anfechtung nicht mehr von Bedeutung ist<sup>331</sup>: Hält man eine behauptete Umentscheidung für beachtlich, muss man zu dem Ergebnis kommen, dass ein Fall der bei Vertragsschluss nur „drohenden“ Nebenpflichtverletzung vorlag. Unterstellt, die erforderliche Interessenabwägung sowie die Prüfung des Merkmals „Unzumutbarkeit“ führen zu dem Ergebnis, dass eine Offenbarungspflicht bestand, bleibt deren Verletzung nach dieser Rechtsprechung dennoch ohne Konsequenzen. Für den Fall des tatsächlichen Umenschlusses erscheint

---

<sup>329</sup> Zu den Einzelheiten sogleich im 5. Kapitel.

<sup>330</sup> Vgl. die Ausführungen zu der Frage, ob eine ex-post-Bestimmung der Offenbarungspflichtigkeit von bei Vertragsschluss nur „drohenden“ Umständen, die zur Unmöglichkeit der Leistung führen, ausreichen kann, unter I 2 b.

<sup>331</sup> Dazu im Einzelnen sogleich im 5. Kapitel.

dieses Ergebnis unbedenklich. Es zeigt aber die Dimension der geschilderten Missbrauchsgefahr.

Die Gefahr des missbräuchlichen Einsatzes des Arguments des Umentschlusses zur Verhinderung einer Anfechtung des Arbeitsvertrages nach § 242 BGB entsprechend der soeben geschilderten Rechtsprechung kann zwar auf beweisrechtlicher Ebene weitgehend beseitigt werden. Denn für das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Ausschluss des Anfechtungsrechts gem. § 242 BGB ist nach allgemeinen Grundsätzen der potenziell Offenbarungspflichtige beweispflichtig.

Damit ist die Dimension der Missbrauchsgefahr aber nur teilweise erfasst. Es bleibt die Gefahr, dass bei Vertragsschluss feststehende (künftige) Nebenpflichtverletzungen aufgrund eines wahrheitswidrig behaupteten Umentschlusses fälschlicherweise als bei Vertragsschluss lediglich „drohende“ Nebenpflichtverletzung qualifiziert werden mit der Folge, dass die Statuierung einer Offenbarungspflicht von anderen Voraussetzungen abhängt und die Möglichkeit eines Ausschlusses der Anfechtung über § 242 BGB in der geschilderten Weise ermöglicht wird.

Da es sich bei dieser Frage um ein Problem auf der Tatsachenebene handelt, liegt es nahe, auch hier nach einer beweisrechtlichen Lösung zu suchen. Die Darlegungs- und Beweislast sowohl für das Verschweigen der Tatsache als für die Verpflichtung zur Offenlegung trifft zwar den Anfechtenden.<sup>332</sup>

Da dem Anfechtenden aber nunmehr der Beweis einer negativen Tatsache abverlangt wird, werden an den Beweis keine allzu strengen Anforderungen gestellt, auch die Verwendung des Anscheinsbeweises ist zulässig.<sup>333</sup> Auch die Pflicht zur Widerlegung des vom potenziell Offenbarungspflichtigen behaupteten Umentschlusses bedeutet für den Anfechtenden, dass er eine negative Tatsache beweisen muss, so dass die genannten Grund-

---

<sup>332</sup> Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, § 123, Rn. 5.

sätze zum Gegenbeweis bei qualifiziertem Bestreiten entsprechend gelten müssen. Die Möglichkeit des Anscheinsbeweises hilft im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht weiter. Angesichts der Individualität von Willensentschlüssen fehlt es in aller Regel an dem für den Anscheinsbeweis erforderlichen „typische Geschehensablauf“<sup>334</sup>. Indes wird man den Anfechtungsgegner richtigerweise auch in diesem Zusammenhang zu qualifiziertem Bestreiten verpflichten. Die prozessuale Pflicht der Gegenpartei, sich in zumutbarer Weise an der Aufklärung des Sachverhaltes zu beteiligen, ergibt sich bei besonderen Beweisschwierigkeiten, zu denen der Beweis negativer Tatsachen gehört, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.<sup>335</sup> Ausreichen kann für die Widerlegung je nach Sachlage, wenn es dem Anfechtenden beispielsweise gelingt, die Umstände zu widerlegen, die nach den Angaben des Offenbarungspflichtigen zu dem Umentschluss geführt haben sollen. Behauptet B zum Beispiel im Ausgangsfall 35, er habe kurz nach Vertragsschluss mit dem X seinen eigenen Betrieb aufgegeben und gelingt es dem X zu beweisen, dass diese Behauptung falsch ist, mag das im Einzelfall genügen, um einen behaupteten Umentschluss als widerlegt anzusehen.

Die Unterscheidung zwischen bei Vertragsschluss feststehenden und zu diesem Zeitpunkt nur „drohenden“ Nebenpflichtverletzungen ist nach alledem auf beweisrechtlicher Ebene zu treffen.

### **c) Zwischenergebnis**

Die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststehende Verletzung einer Nebenpflicht ist offenbarungspflichtig, wenn sie dem Offenbarungspflichtigen bekannt ist und die Pflichtverletzung so schwer wiegt, dass eine Abmahnung für die Feststellung der Unzumutbarkeit der (Fortsetzung der) Leistung für den Verhand-

---

<sup>333</sup> Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, § 123, Rn. 6.

<sup>334</sup> MünchKommZPO-Prütting, § 286 Rn. 74; Baumbach/Lauterbach-Hartmann, Anh. zu § 286, Rn. 25.

<sup>335</sup> Thomas/Putzo, ZPO, Vorbem. zu § 284, Rn. 37; BGH WM 1988, S. 1494 ff. (1497); allgemein zum Umfang der prozessualen Aufklärungspflicht BAG NJW

lungsgegner nicht erforderlich erscheint. Eine bei Vertragsschluss feststehende Nebenpflichtverletzung wird sich allerdings nur selten nachweisen lassen. „Drohende“ Nebenpflichtverletzungen sind nur unter der zusätzlichen Voraussetzung offenbarungspflichtig, dass eine Interessenabwägung ein Überwiegen des Informationsinteresses des Verhandlungsgegners ergibt.

### **C. Ausschluss von Offenbarungspflichten aufgrund arbeitsrechtlicher Modifikationen des Leistungsstörungenrechts**

Wie an anderer Stelle bereits erwähnt, gelten die Regelungen des Leistungsstörungenrechts und somit auch die diesen zu entnehmende Verteilung der Vertragsrisiken nur, soweit nicht vertragspezifische Sonderregelungen anderes vorsehen. Für die bisherigen Ergebnisse bedeutet das: Die im vorstehenden Abschnitt entwickelten Offenbarungspflichten treffen die Arbeitsvertragsparteien nur, soweit sich aus arbeitsrechtlichen Sonderregeln keine abweichende Verteilung der Vertragsrisiken ergibt. Dasselbe gilt im Übrigen auch für Offenbarungspflichten bei der Anbahnung anderer Verträge. Soweit keine vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht abweichenden Sonderregelungen existieren, sind die Verhandlungsparteien unter den vorgestellten Voraussetzungen zur Offenbarung nachteiliger Umstände verpflichtet.

### **I. Haftungsbeschränkungen des Arbeitnehmers anhand von Verschuldensgraden**

Das Leistungsstörungenrecht wird im Arbeitsvertragsrecht in mehrfacher Hinsicht modifiziert, wobei zwei Fälle im vorliegenden Zusammenhang von Relevanz sein könnten: Zum einen die von der Rechtsprechung entwickelte Haftungsbeschränkung zugunsten des Arbeitnehmers anhand von Verschuldensgraden<sup>336</sup>, zum an-

---

1990, S. 3151.

<sup>336</sup> Die Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers anhand von Verschuldensgraden ist besser bekannt unter dem Schlagwort „gefahr geneigte Arbeit“, die aber mit den Entscheidungen BAG GS NZA 1993, S. 547 ff. und BGH NZA

deren gesetzlich vorgesehene Lohnansprüche trotz Nichtleistung des Arbeitnehmers.

Die Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers anhand von Verschuldensgraden wirkt sich auf die Anforderungen an das Merkmal „Vertretenmüssen“ im Sinne des Leistungsstörungenrechts aus. Dennoch spielt sie für die Frage nach der Offenbarungspflicht hinsichtlich Pflichtverletzungen im Ergebnis keine Rolle. Denn oben wurde dargelegt, dass es für die Entscheidung, ob eine („drohende“) Pflichtverletzung offenbarungspflichtig ist, nicht darauf ankommt, ob der betreffende Umstand vom Pflichtigen verschuldet ist oder nicht, sondern dass richtigerweise auf die Kenntnis von dem Umstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist. Auch eine unverschuldete Pflichtverletzung kann nach dem Dargelegten offenbarungspflichtig sein.

## **II. Lohnansprüche trotz Nichtleistung**

Die im Leistungsstörungenrecht vorgesehene streng synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Erfüllungsansprüche wird im Arbeitsvertragsrecht vielfach durchbrochen.

Für die vorliegende Problemstellung von Bedeutung sind indes nur solche Regelungen, die eine Lohnfortzahlung des Arbeitgebers für Fälle vorsehen, in denen der die Nichtleistung begründende Umstand *aus der Sphäre des Arbeitnehmers* stammt. In allen anderen Fällen kommt eine Offenbarungspflicht von vornherein nicht in Betracht, weil eine relevante Risikoerhöhung durch den Stellenbewerber mangels Beeinflussbarkeit der anspruchsauslösenden externen Umstände nicht in Betracht kommt. Zudem ist dem Arbeitgeber das grundsätzliche Risiko in diesen Fällen auch ohne eine gesonderte Information ohnehin bekannt. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung bei Urlaub und an Feiertagen, die Lohnfortzahlung bei Annahmeverzug des

---

1994, S. 270 ff. aufgegeben wurde. Diese Haftungsbeschränkung gilt seither für alle Arbeiten bei betrieblicher Tätigkeit.

Arbeitgebers sowie die Auswirkungen der sog. Betriebsrisikolehre können hier deshalb unberücksichtigt bleiben.

Von Bedeutung sind dagegen die Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes, die Beschäftigungsverbote des MuSchG und § 616 BGB. Nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz ist der Arbeitgeber im Falle einer unverschuldeten Krankheit des Arbeitnehmers für die Dauer von 6 Wochen zur (weiteren) Lohnzahlung verpflichtet, diese Regelung gilt auch für Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation (§ 9), zum Beispiel für einen Kuraufenthalt. § 616 BGB trifft dieselbe Regelung - Lohnzahlung trotz Nichtleistung des Arbeitnehmers - für den Fall eines Ausfalls des Arbeitnehmers aus anderen in seiner Person liegenden unverschuldeten Gründen, soweit sie von unerheblicher Dauer sind; hierunter fallen zum Beispiel eine unverschuldete Untersuchungshaft oder auch ein Tätigkeitsverbot nach dem BSeuchenG.<sup>337</sup> Der Verschuldensbegriff im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes meint ein „Verschulden gegen sich selbst“<sup>338</sup>, dasselbe gilt bei § 616 BGB<sup>339</sup>. § 11 MuSchG schließlich sieht vor, dass das Arbeitsentgelt trotz bestehender Beschäftigungsverbote weiterzuzahlen ist.

Hinsichtlich der Verteilung der Vertragsrisiken ergibt sich aus den genannten Vorschriften folgendes: Obwohl der die Nichtleistung begründende Umstand aus der Sphäre des Arbeitnehmers stammt, trägt ausnahmsweise der Arbeitgeber das gesamte Vertragsrisiko. Das Vertragsrisiko liegt also beim *informationsinteressierten Verhandlungsgegner*.

Da Offenbarungspflichten nach dem Dargelegten nur unter der Voraussetzung systemkonform sind, dass das gesamte Vertragsrisiko beim (potenziell) *Offenbarungspflichtigen* liegt, kommt eine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die den Nor-

---

<sup>337</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 49 BSeuchG, Bl. 3 R f.; Palandt-Putzo, § 616, Rn. 8; vgl. auch MünchKomm-Schaub, § 616, Rn. 15 ff sowie Staudinger-Oetker, § 616, Rn. 53 ff. (insb. 71), jeweils mit zahlreichen weiteren Beispielen.

<sup>338</sup> Schmitt, EFzG, § 3, Rn. 86; Kaiser/Dunkl, EFzG, § 3, Rn. 93.

men des Entgeltfortzahlungsgesetzes, des MuSchG bzw. § 616 BGB unterfallen, nicht in Betracht. Offenbarungspflichten hinsichtlich dieser Umstände sind ausgeschlossen.<sup>340</sup> Das gilt auch für die „schwächeren“ Fälle der nur „drohenden“ Leistungshindernisse. Da das Risiko nach seiner Realisierung jedenfalls dem Arbeitgeber zugewiesen ist, entfällt sein schutzwürdiges Informationsinteresse von vornherein.

Diese Lösung steht nicht im Widerspruch zu der Erkenntnis im vorangegangenen Kapitel, dass die (vom Leistungsstörungenrecht abweichende) Zuweisung von Vertragsrisiken durch arbeitsrechtliche Spezialgesetze keine Begrenzung des arbeitgeberseitigen Fragerechts zur Folge haben. Denn die Begrenzung der arbeitgeberseitige Informationserhebung orientiert sich nach der hier vertretenen Auffassung an anderen Wertungen. Mit der Verteilung von Vertragsrisiken steht sie nicht in Zusammenhang. Dass ein Umstand zwar erfragt werden darf, aber nicht offenbarungspflichtig ist, ist im Übrigen kein Widerspruch, sondern im Gegenteil die Regel.

Aus dem Vorstehenden ergeben sich für die bisher gefundenen Ergebnisse erhebliche Korrekturen: Nach dem bislang Dargelegten wäre eine Krankheit, soweit sie die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung (zeitweise) unmöglich macht, unabhängig von ihrer Dauer offenbarungspflichtig. Aus den Wertungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes folgt dagegen, dass den Stellenbewerber keine Offenbarungspflicht trifft, wenn er sicher ist, dass er innerhalb von 6 Wochen nach Arbeitsbeginn wieder gesund sein wird.<sup>341</sup> Darauf wäre es richtigerweise auch für die Entscheidung von Beispielsfall 23 angekommen. Die vorgestellten arbeitsrechtli-

---

<sup>339</sup> Palandt-Putzo, § 616, Rn. 10; MünchKomm-Schaub, § 616, Rn. 22; ausf. Staudinger-Oetker, § 616, Rn. 103 ff.

<sup>340</sup> Das gilt nur für die Offenbarungspflicht vor Vertragsschluss, entbindet den Arbeitnehmer jedoch nicht von gesetzlichen Anzeigepflichten, denen er nach Vertragsschluss umgehend nachzukommen hat, z. B. der gem. § 9 Abs. 2 Entgeltfortzahlungsg.

<sup>341</sup> Diese Besonderheit übersieht das BAG in seiner Entscheidung AP Nr. 6 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss.

chen Modifikationen des Leistungsstörungsrechts wirken sich auch auf die Lösung der Beispielsfälle 24 und 5 aus. In beiden Fällen besteht im Ergebnis keine Offenbarungspflicht. Anders beispielsweise in Fall 28. Wegen der voraussichtlichen Dauer des Arbeitsausfalls von mehr als 6 Wochen bleibt es dabei, dass A eine Offenbarungspflicht traf.

**D. Weitergehende Offenbarungspflichten des Arbeitgebers aufgrund eines Machtungleichgewichts beim Abschluss von Arbeitsverträgen?**

Reale Vertragsfreiheit setzt eine ausreichende Entscheidungsgrundlage voraus. Offenbarungspflichten tragen zur Vervollständigung der Entscheidungsgrundlage bei, so dass sich auch an dieser Stelle die Frage stellt, ob und inwieweit sich die Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte und das hieraus abgeleitete materiale Verständnis von Vertragsfreiheit<sup>342</sup> auf den Umfang der Offenbarungspflichten auswirkt. Konkret ist eine Erweiterung der arbeitgeberseitigen Offenbarungspflichten in Betracht zu ziehen.

Zum einen kommt eine Erweiterung der schon ermittelten Offenbarungspflichten dahingehend in Frage, dass „drohende“ Pflichtverletzungen seitens des Arbeitgebers eher offenbart werden müssen als vom Stellenbewerber in vergleichbarer Situation. Die -unterstellte - Unterlegenheit des Stellenbewerbers könnte also zu seinen Gunsten im Rahmen der jeweiligen Interessenabwägungen zu berücksichtigen sein.

Zum zweiten könnten die Offenbarungspflichten des Arbeitgebers gegenständlich zu erweitern sein:

*Fall 39:* Der Arbeitgeber stellt drei Stellenbewerber ein. Von diesen soll nur einer über die Probezeit hinaus weiter beschäftigt werden. Auf diese Weise will der Arbeitgeber sicherge-

---

<sup>342</sup> Zu den Grundlagen der Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte im 3. Kapitel unter A III 2 und B.

hen, den am besten geeigneten Kandidaten für die Position zu finden. Nachdem zwei der Arbeitnehmer nach wenigen Wochen wieder gekündigt wurden und sie von den Plänen des Arbeitgebers im Nachhinein erfahren hatten, machen sie geltend, der Arbeitgeber sei verpflichtet gewesen, sie darüber aufzuklären, dass er „verdeckt“ Wettbewerb zwischen ihnen betreibe. Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit hätte bestanden.<sup>343</sup>

*Fall 40:* Der Arbeitgeber stellt den A ein, Standort des Betriebes ist X-Stadt. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen bereits Pläne des Arbeitgebers, den Betrieb in die 200 km entfernte Y-Stadt zu verlegen. Diese Pläne realisieren sich 5 Monate nach Arbeitsaufnahme des A. A, der aus privaten Gründen nicht nach Y-Stadt umziehen will, macht geltend, der Arbeitgeber hätte ihm die geplante Betriebsverlegung bei Vertragsschluss offenbaren müssen.

In beiden Fällen besteht nach dem bisher Dargelegten keine Offenbarungspflicht des Arbeitgebers. Denn die (Weiter-)Beschäftigung ist dem Arbeitgeber nicht unmöglich, auch Verzug oder eine Nebenpflichtverletzung stehen nicht in Rede.

In der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung wird das Problem einer möglichen Unterlegenheit des Stellenbewerbers im Zusammenhang mit den vorvertraglichen Offenbarungspflichten - soweit ersichtlich - nicht problematisiert. Das ist indes nicht weiter verwunderlich, wenn man sich die Rechtsprechung zu den vorvertraglichen Offenbarungspflichten des Arbeitgebers insgesamt noch einmal vergegenwärtigt: Die Rechtsprechung arbeitet hier ohnehin ausschließlich mit ganz allgemeinen Wertungen, mit denen sich auch in den hier interessierenden Fallgestaltungen eine Offenbarungspflicht rechtfertigen ließe, das Ergebnis könnte allerdings

---

<sup>343</sup> Bei fehlender oder ungesicherter Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wäre die Lösung unter dem Gesichtspunkt feststehende/ „drohende“ Unmöglichkeit zu suchen. Zu solchen Fallgestaltungen Hümmerich, NZA 2002, S. 1305 ff., der zur Begründung der Offenbarungspflichten § 2 I SGB III heranziehen will.

ausschließlich durch seine Evidenz überzeugen.<sup>344</sup> In der Literatur findet eine Auseinandersetzung mit diesem Themenkreis im Zusammenhang mit vorvertraglichen Offenbarungspflichten des Arbeitgebers immerhin ansatzweise statt<sup>345</sup>, allerdings auch hier ohne überzeugende dogmatische Aufbereitung.

### **I. Die Rolle der Offenbarungspflicht in den modernen Vertragslehren**

Es wurde an anderer Stelle bereits dargelegt, dass das Ziel der modernen Vertragslehren - vereinfacht ausgedrückt - die Berücksichtigung und Beseitigung realer Verhandlungsungleichgewichte ist und dass Vertragsinhaltskontrolle und erforderlichenfalls die Korrektur der vertraglichen Vereinbarung primäres Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind.<sup>346</sup>

Daneben kommt aber als weiteres Instrument, soweit sich die Imparität dadurch beseitigen lässt, auch die Statuierung entsprechender Offenbarungspflichten in Betracht.<sup>347</sup> Offenbarungspflichten haben gegenüber der Vertragsinhaltskontrolle sogar den Vorzug, weniger nachhaltig in das Verhandlungsgeschehen einzugreifen, da das Aushandeln des Vertrages weiterhin den Parteien überlassen und das von ihnen gefundene Ergebnis akzeptiert wird. Auch Offenbarungspflichten sind also ein mögliches Mittel, um das Ziel der modernen Vertragslehren - die Verwirklichung materieller Vertragsfreiheit - zu erreichen.

---

<sup>344</sup> Dazu im 1. Kapitel unter B II 2. Bei den Offenbarungspflichten, die den Arbeitgeber im Laufe der Vertragsdurchführung treffen, wird das Problem der Verhandlungsimparität von der Rechtsprechung dagegen durchaus berücksichtigt und zur Begründung arbeitgeberseitiger Offenbarungspflichten herangezogen, besonders deutlich die Entscheidung des LAG Hessen, NZA 1996, S. 482 f. (483): „Richtig ist, daß den Arbeitgeber als nebenvertragliche Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis Aufklärungs- und Beratungspflichten treffen können. Das gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber aufgrund seiner überlegenen Sachkunde ohne weiteres zu entsprechenden Auskünften ... imstande ist.“

<sup>345</sup> Kursawe, NZA 1997, S. 245 ff.

<sup>346</sup> Vgl. im 3. Kapitel unter B.

<sup>347</sup> Grün, WM 1994, S. 713 ff. (721).

## II. Strukturelles Verhandlungsungleichgewicht als Grundvoraussetzung

Dass für ein Abweichen von den Regeln des formalen Vertragsmodells ein so genanntes „strukturelles“ Verhandlungsungleichgewicht erforderlich ist, wurde bereits dargelegt<sup>348</sup>.

Da es vorliegend ausschließlich um Offenbarungspflichten geht, kann an dieser Stelle bereits eine weitere Eingrenzung vorgenommen werden. Sie ergibt sich aus dem Leistungspotenzial der Offenbarungspflicht. Informationen können nur Kenntnis von einem Risiko verschaffen, nicht dagegen Risiken beseitigen. Denn das Privatrecht hindert niemanden daran, in Kenntnis eines Risikos einen (jedenfalls aus Sicht eines objektiven Dritten) äußerst nachteiligen Vertrag abzuschließen. Denn die „Freiheit der Vertragsgestaltung als Teil der Privatautonomie umfasst für jeden voll Geschäftsfähigen auch die Rechtsmacht, sich zu Leistungen zu verpflichten, die er nur unter besonders günstigen Bedingungen erbringen kann.“<sup>349</sup>

Aus diesem - begrenzten - Leistungspotenzial von Information ergibt sich zugleich eine Begrenzung der Ungleichgewichtslagen, für deren Beseitigung der Einsatz von Offenbarungspflichten überhaupt geeignet ist: Es muss sich um Imparitäten handeln, die auf ungleichem Wissensstand der Verhandlungsparteien beruhen, so genannte Informationsasymmetrien. Denn nur in diesen Fällen ist eine Offenbarungspflicht geeignet, dem Machtungleichgewicht entgegenzuwirken. Besonders deutlich wird das Gesagte, wenn man sich die (mangelnde) Wirkkraft von Offenbarungspflichten bei wirtschaftlichen Ungleichgewichtslagen vor Augen führt: Ist jemand aus wirtschaftlichen Gründen auf den Abschluss eines Vertrages angewiesen und „diktiert“ der Verhandlungsgegner, der diese Notlage erkennt und ausnutzt, Vertragsbedingungen, die erhebliche Risiken für den unterlegenen Partner bedeuten, so ist

---

<sup>348</sup> Vgl. im 3. Kapitel unter B I.

<sup>349</sup> BGHZ 106, S. 269 ff. (272).

diesem mit Information nicht geholfen. Auch wenn er bis ins kleinste über die mit diesen Vertragsbedingungen einhergehenden Gefahren aufgeklärt würde, änderte das nichts an seiner (wirtschaftlichen) Zwangslage, die ihn zu dem Vertragsschluss drängt.<sup>350</sup>

Zusammenfassend lässt sich deshalb festhalten: Eine Erweiterung der arbeitgeberseitigen Offenbarungspflichten unter Anwendung der modernen Vertragslehren kommt nur zum Ausgleich eines strukturellen, auf einer Informationsasymmetrie beruhenden Verhandlungsungleichgewichts in Betracht.<sup>351</sup>

### **III. Strukturelles Informationsungleichgewicht zwischen Stellenbewerber und Arbeitgeber**

Ein solches strukturelles Informationsungleichgewicht zwischen Stellenbewerber und Arbeitgeber könnte in zweierlei Hinsicht bestehen: Zum einen könnte die Möglichkeit des Bewerbers, seinen Informationsbedarf überhaupt zu erkennen, eingeschränkt sein. Zum anderen könnte sein Fragerecht durch Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Einstellungssituation faktisch begrenzt sein.

#### **1. Fehlende Erkennbarkeit des Informationsbedarfs**

Betrachtet man die obigen Beispielfälle 39 und 40, so entstehen in der Tat Zweifel, ob der Stellenbewerber in der Lage sein wird, seinen Informationsbedarf zu erkennen. Denn in der Regel wird er sich ohne nähere Anhaltspunkte keine Gedanken darum machen, dass der Arbeitgeber „verdeckten Wettbewerb“ betreiben oder die Betriebsstätte an einen anderen Ort verlegen könnte. Bei dieser Betrachtung liefe das Fragerecht des Stellenbewerbers mithin faktisch leer.

---

<sup>350</sup> Dazu ausführlich und mit Beispielen aus der Rechtsprechung Breidenbach, Informationspflichten, S. 11 ff. (insb. 14 ff.).

<sup>351</sup> Dass dies nach a. A. für die Statuierung weiterer Offenbarungspflichten nicht ausreicht - vgl. insoweit die Nachweise in Fn. 262 - wird nicht übersehen. Im Folgenden wird sich aber zeigen, dass es vorliegend schon an diesen relativ weit gefassten Voraussetzungen fehlt, so dass letztlich auf eine detaillierte Aus-

Die Argumentation überzeugt bei näherem Hinsehen indes nicht: Es ist gar nicht erforderlich, dass der Stellenbewerber die betreffenden Umstände ganz präzise erfragt. Ausreichend wäre auch die Frage, ob - in Fall 39 - mittelfristig damit gerechnet werden dürfe, dass die Stellung bei normaler Bewährung gesichert ist oder - in Fall 40 - ob in nächster Zeit mit einer (relevanten) Änderung der besprochenen und vereinbarten Arbeitsbedingungen gerechnet werden müsse. Im Ergebnis sind mithin entgegen eines möglichen ersten Anscheins keine Schwierigkeiten des Stellenbewerbers bei der Informationserhebung erkennbar, die auf mangelnde Erkennbarkeit des Informationsbedarfs zurückzuführen wären.

Die „klassische“ Situation des informationellen Ungleichgewichts ist zudem dadurch gekennzeichnet, dass ein Vertragspartner - aufgrund eines besonderen, oft berufsbedingten Bildungs- und Wissensstandes - über Informationen verfügt, die der anderen Seite fehlen, die diese aber mit einem vergleichbaren Wissens- und Bildungsstand ebenso erlangen könnte wie der Verhandlungsgegner.<sup>352</sup>

Hier geht es dagegen um Informationen, die aus der privaten Sphäre des Verhandlungsgegners stammen und diesem *deshalb* leichter zugänglich sind als dem Informationsinteressierten. Dieses Problem ist aber bereits in der Entscheidung, die Informationslast grundsätzlich dem Informationsinteressierten aufzuerlegen, angelegt. Es handelt sich also um eine ganz typische, von eventuellen Machtungleichgewichten unabhängige Erscheinung im Zusammenhang mit der vorvertraglichen Informationserhebung. Denn das Informationsinteresse wird nie die eigene, sondern immer die - unbekannte - Sphäre des Verhandlungsgegners betreffen.

---

einandersetzung mit den verschiedenen Einzelansätzen der modernen Vertragslehren verzichtet werden kann.

<sup>352</sup> Ausführlich zum informationellen Ungleichgewicht Dauner-Lieb, Verbraucherschutz, S. 63 ff.; für den Bereich der AGB auch Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 83.

Letztlich ist die Informationserhebung für den Arbeitgeber auch nicht einfacher. Die dort grundsätzlich ebenso bestehenden Schwierigkeiten, die daraus resultieren, dass Informationen aus der Sphäre des Stellenbewerbers zu erheben sind, werden lediglich durch die Praxis der Arbeitgeber überdeckt und gemildert, vorgefertigte Fragebögen zu verwenden, die jedenfalls die typischerweise interessierenden Informationen berücksichtigen.

Nach alledem ist unter dem Gesichtspunkt „fehlende Erkennbarkeit des Informationsbedarfs“ keine Unterlegenheit des Stellenbewerbers gegenüber dem Arbeitgeber bei der Informationserhebung festzustellen.

## **2. Faktische Einschränkung des Fragerechts**

Rechtserhebliche faktische Probleme des Stellenbewerbers bei der Informationserhebung könnten jedoch bei der Ausübung des Fragerechts bestehen. Soweit den Arbeitgeber nicht (ausnahmsweise) eine Offenbarungspflicht trifft, ist der Stellenbewerber für die Vollständigkeit seiner Entscheidungsgrundlage selbst verantwortlich. Da er typischerweise an Informationen aus der Arbeitgebersphäre interessiert sein wird, ist das entscheidende und wichtigste Mittel der Informationserhebung die Befragung des Arbeitgebers. Das Recht, den Verhandlungsgegner zu befragen, ist zwar rechtlich weitgehend unbeschränkt.<sup>353</sup> Die aus dem jedenfalls partiellen Missverhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt resultierende<sup>354</sup> überlegene Position des Arbeitgebers könnte sich jedoch einschränkend auf die tatsächlichen Informationserhebungsmöglichkeiten des Stellenbewerbers auswirken. Man könnte meinen, soweit dem Arbeitgeber ein Überangebot an Bewerbern zur Verfügung steht, müsse der Stellenbewerber unabhängig davon, ob der - aus Sicht des Arbeitgebers wertmindernde - erfragte Umstand tatsächlich vorliegt, damit rechnen, vom Arbeitgeber allein aufgrund dieser Nachfrage aus dem Be-

---

<sup>353</sup> Zu den Einschränkungen im 3. Kapitel.

<sup>354</sup> Zum Nachweis dieses Missverhältnisses vgl. im 3. Kapitel unter I 1.

werberkreis ausgeschieden zu werden mit der Folge, dass er auf eine Nachfrage verzichtet.

Dass die Gefahr, als dem Bewerberkreis ausgeschieden zu werden, nicht von der Hand zu weisen ist, wenn der erfragte Umstand tatsächlich vorliegt, ergibt sich aus Folgendem: Will der Arbeitgeber nicht aufklären und antwortet er deshalb wahrheitswidrig, liegt es jedenfalls nahe, dass er eine Einstellung des betreffenden Bewerbers nicht länger in Betracht zieht: Denn anderenfalls setzte er sich der Gefahr aus, von diesem wegen der Täuschung in Anspruch genommen zu werden. Aus diesem Befund allein kann aber noch nicht auf eine faktische Einschränkung des Fragerechts des Stellenbewerbers und damit auf eine regulierungsbedürftige Ungleichgewichtslage geschlossen werden: Soweit er im Falle einer wahrheitsgemäßen Antwort des Arbeitgebers ohnehin von einem Vertragsschluss zu den angebotenen Bedingungen Abstand genommen hätte, entsteht ihm aus dem Zusammenhang von Fragestellung und Ausscheiden aus dem Bewerberkreis kein relevanter Nachteil. Dass er insoweit keine Verhandlungschance bekommt, ist in diesem Zusammenhang ebenfalls ohne Bedeutung. Denn ein Anspruch auf Verhandlung über die Arbeitsbedingungen besteht nicht.

Erfragt ein Stellenbewerber ausnahmsweise einmal wertmindernde Umstände, ohne dass er sie für seinen Entschluss für relevant hält, erscheint er nicht schutzbedürftig. Denn in diesem Fall geht er ein unnötiges Risiko ein; es besteht kein Anlass, ihm dieses abzunehmen.

Ein relevanter Nachteil entsteht aus dem (unterstellten) Zusammenhang von Fragestellung und Verlust der Einstellungschance auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber bei Vorliegen des wertmindernden Umstandes wahrheitsgemäß oder gar nicht antwortet. Die wahrheitsgemäße Mitteilung von - aus Sicht des Arbeitgebers - wertmindernden Umständen erscheint durchaus nicht abwegig. Der Arbeitgeber kann vernünftige, wirtschaftliche Gründe dafür

haben, die Fragen des Stellenbewerbers wahrheitsgemäß zu beantworten, auch wenn sie ihn und die angebotene Stellung in ein negativeres Licht rücken: Hat er ein großes Interesse an der Einstellung gerade dieses Bewerbers und muss er befürchten, dass der Bewerber von den erfragten Umständen nach Arbeitsantritt ohnehin sehr schnell Kenntnis erlangen wird, so kann es für ihn rationaler sein, dieses Risiko zu vermeiden und den Nachteil - zum Beispiel durch einen Lohnzuschlag - von vornherein zu kompensieren.

Aus der möglichen Antwortverweigerung des Arbeitgebers an sich entsteht dem Stellenbewerber schließlich ebenfalls kein regulierungsbedürftiger Nachteil. Die Möglichkeit der Antwortverweigerung ist im System des Informationsaustausches vorgesehen. Wer in dem Wissen, über einen relevanten Punkt keine Kenntnis erlangt zu haben, dennoch kontrahiert, ist nicht schutzbedürftig. Er hätte die Möglichkeit gehabt, diesem Risiko zu entgehen, indem er auf den Vertragsschluss verzichtet. Dem lässt sich vorliegend auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, der Stellenbewerber sei so nachhaltig auf den Arbeitsplatz angewiesen, dass es sich für ihn um keine echte Entscheidungsalternative handele, er werde deshalb in aller Regel auch bei fehlender Information den Vertrag schließen. Denn dann wäre ihm mit einer Offenbarungspflicht des Arbeitgebers aber auch nicht geholfen: Wenn der Stellenbewerber tatsächlich so sehr auf den Arbeitsplatz angewiesen ist, dann würde er den Vertrag auch schließen, wenn er Kenntnis von den betreffenden Umständen hat. An dieser Stelle bestätigt sich einmal mehr die oben aufgestellte Regel, dass sich Offenbarungspflichten nicht zur Beseitigung wirtschaftlicher Ungleichgewichte eignen. Hier ist allerdings schon zweifelhaft, ob der Arbeitgeber den Bewerber wirklich allein aufgrund der Nachfrage aus der Gruppe der für den Arbeitsplatz in Frage kommenden Bewerber ausscheiden wird. Darauf kommt es im Ergebnis aber nicht an.

Zu einem regulierungsbedürftigen Nachteil würde der (unterstellte) Zusammenhang von Nachfrage und Verlust der Einstellungschan- ce allenfalls, wenn der Bewerber auch in der Fallkonstellation, in der der erfragte wertmindernde Umstand *nicht* vorliegt, allein auf- grund der Tatsache seiner Nachfrage aus dem Bewerberkreis ausgeschieden würde, etwa weil der Arbeitgeber die mit der Frage verbundene Unterstellung „unverschämt“ findet oder auch, weil er vermeiden will, sich einen vermeintlichen Störenfried in den Be- trieb zu holen. Der Arbeitgeber hat in dieser Konstellation zwar keinen Anlass, die Frage (zu seinem Nachteil) wahrheitswidrig zu beantworten, er wird also wahrheitsgemäß antworten oder die Antwort verweigern. Der Bewerber bekommt also auf den ersten Blick das, was ihm von Rechts wegen „zusteht“. Das eigentliche Problem liegt darin, dass er dieses „Recht“ (möglicherweise<sup>355</sup>) um den Preis der Einstellungschan- ce erkauft.

So auseinandergelegt - und die Richtigkeit der These, dass die Frage nach einem wertmindernden Umstand auch bei Nichtvorlie- gen desselben zum Verlust der Einstellungschan- ce führt, unter- stellt - wird deutlich, worum es hier eigentlich geht: Es geht darum, dem Arbeitgeber zu verwehren, die Einstellungsentscheidung da- von abhängig zu machen, dass ein Bewerber von seinem Recht auf Informationserhebung in zulässiger Weise Gebrauch macht. Es geht also auch hier letztlich um die Frage, ob das aufgrund des Bewerberüberangebotes besonders umfangreiche Auswähler- messen des Arbeitgebers zu begrenzen ist. Die Besonderheit liegt hier darin, dass sich als Instrument zur Durchsetzung dieses Zie- les die Statuierung von Offenbarungspflichten anzubieten scheint.

Dieser Umstand darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass zunächst eine solche Begrenzung des arbeitgeberseitigen Aus- wahlermessens rechtlich begründet werden muss: In Betracht zu

---

<sup>355</sup> Der empirische Nachweis der These, dass auch in dieser Konstellation ein Zusammenhang zwischen Nachfrage und Verlust der Einstellungschan- ce besteht, kann - wie sich im Folgenden zeigen wird - letztlich dahin stehen, da die Statuierung weiterer Offenbarungspflichten des Arbeitgebers auch bei unterstell- ter Richtigkeit dieser These nicht zu rechtfertigen ist.

ziehen ist auch an dieser Stelle die Rechtfertigung einer solchen Beschränkung des Auswahlmessens mit der Herstellung materialer Vertragsfreiheit des Stellenbewerbers. Indes berührt die Berücksichtigung der Tatsache, dass der Bewerber einen wertmindernden Umstand erfragt hat, im Rahmen der Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers die Vertragsfreiheit des Bewerbers überhaupt nicht. Die Statuierung weiterer Offenbarungspflichten des Arbeitgebers lässt sich auf diesem Weg folglich nicht begründen.<sup>356</sup>

Ein weiteres spricht gegen die Statuierung zusätzlicher Offenbarungspflichten zur Beseitigung der hier in Rede stehende (unterstellten) Ungleichgewichtslage: Fragerecht und Offenbarungspflichten sind nicht etwa zwei Seiten derselben Medaille. Denn die Statuierung einer Offenbarungspflicht hat zur Folge, dass dem Verpflichteten die - im Falle der Informationserhebung durch Fragen seitens des Informationsinteressierten bestehende - Möglichkeit der Antwortverweigerung genommen wird. Die Statuierung von Offenbarungspflichten zum Ausgleich eines faktisch beschränkten Fragerechts der Gegenseite gibt diesem also mehr, als ihm ohne die Ungleichgewichtslage zustünde.

Nach alledem kann die empirische Verifizierung der Ausgangsthese, der Bewerber haben den Verlust der Einstellungschance unabhängig vom Vorliegen des erfragten Umstandes zu befürchten, dahinstehen. Selbst wenn sich diese Annahme als richtig herausstellen würde<sup>357</sup>, lässt sich aus dieser Situation die Statuierung weiterer Offenbarungspflichten nicht rechtfertigen.<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> Die Gefahr des Verhandlungsabbruchs wegen einer Frage an den Verhandlungsgegner besteht im Prinzip auch bei funktionierendem Markt, vgl. Manowski, JZ 2004, S. 121 ff. (123) sowie bereits im 3. Kapitel unter B.

<sup>357</sup> Das erscheint im Übrigen aus folgenden - wenn auch theoretischen - Überlegungen nicht sehr wahrscheinlich: Eine derartige Reaktion einzelner Arbeitgeber lässt sich zwar selbstverständlich nicht mit Sicherheit ausschließen. Ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Arbeitgeber wird einen Bewerber aber kaum wegen der Frage nach einem wertmindernden Umstand, der gar nicht vorliegt, aus dem Bewerberkreis ausscheiden. Anderes könnte sich allenfalls ergeben, wenn die Frage in unangemessener Form gestellt wird; dann erscheint der Bewerber jedoch wiederum nicht schutzwürdig. Ansonsten ist zu erwarten, dass eine - an-

#### **IV. Zwischenergebnis**

Die Offenbarungspflichten des Arbeitgebers sind unter Berücksichtigung der Grundsätze der modernen Vertragslehren nicht zu erweitern. Der Bewerber wird, wenn er an einer bestimmten Information interessiert ist, den Arbeitgeber entsprechend befragen müssen. In „krassen“ Fällen - wenn zum beispielsweise in Fall 39 die Kandidaten vom Arbeitgeber aus sicheren Positionen abgeworben worden waren – ist aber eine Beschränkung der arbeitgeberseitigen Rechte auf anderem Wege in Betracht zu ziehen, im Beispielsfall 39 zum Beispiel die Versagung der Kündigungen als treuwidrig<sup>359</sup>.

#### **E. Zusammenfassung**

Es hat sich gezeigt, dass die von der Rechtsprechung zur Ermittlung von Offenbarungspflichten verwendete Formel, offenbarungspflichtig seien Umstände, „die die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Leistung unmöglich machen oder sonst für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind“<sup>360</sup> abgesehen von ihrer mangelnden dogmatischen Fundierung auch inhaltlich jedenfalls ungenau ist.

Sämtliche Fälle, in denen nach den einführenden Überlegungen die Statuierung von Offenbarungspflichten grundsätzlich in Betracht zu ziehen ist<sup>361</sup>, lassen sich mit Hilfe der Wertungen und

---

gemessene - Erkundigung, zum Beispiel nach den Arbeitsplatz gefährdenden Umständen, neutral oder sogar positiv verbucht wird: In Fall 39 würde es beispielsweise von nachhaltigem, ernsthaftem und auf Dauer angelegtem Interesse an der Stellung zeugen, wenn der Bewerber nach „mittelfristigen Aussichten“ o. ä. fragt.

<sup>358</sup> Das muss erst recht gelten, wenn diese „Gefahr“ nur in der Vorstellung des Stellenbewerbers existiert. Dem Arbeitgeber kann die ihm rechtlich zustehende Möglichkeit, einen Umstand durch Antwortverweigerung geheim zu halten, nicht wegen einer lediglich vorgestellten Gefährdung der Einstellungschance genommen werden.

<sup>359</sup> So auch Hümmerich, NZA 2002, S. 1305 ff. (1309), allerdings für die Fälle der fehlenden oder ungesicherten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die nach dem hier entwickelten Ansatz bereits mit der Hilfe der zu den Fallgruppen „feststehende Unmöglichkeit“ oder „drohende Unmöglichkeit“ entwickelten Grundsätze zu lösen sind.

<sup>360</sup> Dazu im 1. Kapitel unter B II.

<sup>361</sup> Dazu unter A.

Prinzipien des Leistungsstörungsrechts, die auch zur Begründung von Offenbarungspflichten bei nur „drohenden“ Störungen zumindest als Ausgangspunkt dienen konnten, lösen.

Zu offenbaren sind danach solche Umstände, die dem Offenbarungspflichtigen bei Vertragsschluss bekannt sind und die nach den Regeln des Leistungsstörungsrechts dazu führen würden, dass „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“ zu gewähren ist. Für den Fall der bei Vertragsschluss nicht sicher feststehenden, sondern nur „drohenden“ Pflichtverletzung muss zusätzlich eine Abwägung der gegenläufigen Interessen erfolgen. Führt sie zu dem Ergebnis, dass im Einzelfall das Informationsinteresse des Gegenübers das Geheimhaltungsinteresse des - potenziell - Offenbarungspflichtigen überwiegt, besteht eine Offenbarungspflicht. Ausgeschlossen sind Offenbarungspflichten, soweit arbeitsrechtliche Spezialregelungen vorsehen, dass ein aus der Sphäre des Arbeitnehmers stammender Umstand, der zur Nichterfüllung der Arbeitsleistung führt, ausnahmsweise dem Risikobereich des Arbeitgebers zugewiesen ist. Derartige Regelungen finden sich im Entgeltfortzahlungsgesetz, im MuSchG sowie in § 616 S. 1 BGB.

**5. Kapitel: Rechtsfolgen** Wird eine Informationspflicht<sup>362</sup> verletzt, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen dieser Verletzung. In tatsächlicher Hinsicht wird der Informationsinteressierte entweder an einer Beseitigung des Vertrages oder an einer Schadensersatzleistung interessiert sein oder auch an beidem. Sowohl für die Vertragsbeseitigung als auch für einen Schadensersatzanspruch kommen grundsätzlich verschiedene (Anspruchs-)Grundlagen in Betracht. Welcher Rechtsbehelf der günstigste ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dass die Wahl der (Anspruchs-)Grundlage vorab gut überlegt sein will, wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass eine Kündigung die spätere Anfechtung des Vertrages bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen gemäß § 144 Abs. 1 BGB ausschließen kann.<sup>363</sup> Im Folgenden soll daher nicht primär speziellen Probleme der einzelnen Tatbestände<sup>364</sup>, sondern vor allem der Frage nach den Vor- und Nachteilen der in Betracht kommenden Rechtsbehelfe nachgegangen werden.

#### **A. Möglichkeiten der Beseitigung des Arbeitsvertrages**

Im Verlauf der Arbeit wurde bereits immer wieder die Möglichkeit der Anfechtung des Arbeitsvertrages nach § 123 Abs. 1 BGB angesprochen.

Die Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen wird von der ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur richtigerweise nicht in Frage gestellt.<sup>365</sup> Entscheidend für die Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen neben der Möglichkeit der Kündigung spricht, dass das Kündigungsrecht die Funktion der Anfechtungstatbestände, die Freiheit der Willensbildung zu bewahren und

---

<sup>362</sup> Unter „Verletzung einer Informationspflicht“ wird in diesem Kapitel sowohl die Verletzung einer Offenbarungspflicht als auch die wahrheitswidrige Beantwortung einer - nicht ausnahmsweise unzulässigen - Frage verstanden.

<sup>363</sup> Hierzu BAG AP Nr. 35 zu § 123 BGB, Bl. 5 ff.

<sup>364</sup> Insoweit sei auf die umfangreiche, jeweils einschlägige Kommentarliteratur verwiesen.

<sup>365</sup> Vgl. dazu die Grundsatzentscheidung des BAG in BAGE 5, S. 159 ff. sowie bspw. MünchArb-Buchner, § 41, Rn. 178; Schaub, ArbRHdb, § 35, Rn. 14.

Rechtsgeschäfte bei fehlerhafter Willensbildung zu korrigieren, gar nicht übernehmen kann, da sich weder § 626 BGB noch § 1 KSchG an der Sicherung der Willensfreiheit orientieren.<sup>366</sup>

Neben der Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB kommt grundsätzlich zwar auch die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB in Betracht. Selbst wenn die hierfür erforderliche Verkehrswesentlichkeit des betreffenden Umstandes ausnahmsweise einmal vorliegt<sup>367</sup>, erscheint die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung aber in aller Regel günstiger: Zunächst und vor allem zieht die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB im Gegensatz zu der nach § 123 Abs. 1 BGB in der Regel eine Schadensersatzpflicht des Anfechtenden nach sich, § 122 Abs. 1 BGB. Auch die Anfechtungsfrist ist - unabhängig davon, ob man die „Unverzüglichkeit“ im Sinne von § 121 BGB mit dem BAG durch die Zweiwochenfrist des § 626 BGB ersetzt<sup>368</sup> oder bei dem flexibleren Verständnis „ohne schuldhaftes Zögern“ bleibt - im Vergleich zur Jahresfrist des § 124 BGB nachteilig.

Die Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB mag sich trotz dieser Nachteile in solchen Fällen anbieten, in denen der für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erforderliche Nachweis der Arglist des Täuschenden nicht gelingt.<sup>369</sup> Auch in derartigen Fallkonstellationen ist indes vorab zu prüfen, ob stattdessen eine Ver-

---

<sup>366</sup> So auch MünchArb-Buchner, § 41, Rn. 178. Es erfolgt allerdings bekanntlich eine Modifikation des § 142 BGB dahingehend, dass - soweit das Arbeitsverhältnis bereits in Vollzug gesetzt wurde - die Anfechtung lediglich zur Nichtigkeit ex nunc führt, zu den Einzelheiten dieser sog. Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis vgl. bspw. BAG AP Nr. 24 und 27 zu § 123 BGB; BAG NZA 1999, S. 584 ff.; Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 133 ff. Vgl. zu den Anfechtungsmöglichkeiten des Arbeitgebers insgesamt und insbesondere zu der Frage, wie sich der Irrtum des Stellenbewerbers hinsichtlich der Reichweite des arbeitgeberseitigen Fragerechts auswirkt Strick, NZA 2000, S. 695 ff.

<sup>367</sup> Dass für die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB dagegen auch eine rein subjektiv nachvollziehbare Kausalität von Täuschung und Willenserklärung ausreicht, wurde an anderer Stelle bereits ausführlich dargelegt.

<sup>368</sup> BAG AP Nr. 4 zu § 119 BGB, zustimmend Palandt-Heinrichs § 121, Rn. 3; Wolf/Gangel, AuR 1982, S. 271 ff. (274); ablehnend Herschel, AuR 1980, S. 255 f. (256); Picker, SAE 1981, S. 86 ff. (87). Einigkeit besteht dagegen darüber, dass die Frist des § 626 BGB jedenfalls nicht die des § 124 BGB zu verdrängen vermag, dazu BAG AP Nr. 25 zu § 123 BGB, Bl. 2 R f.; Reuter, FS Hilger & Stumpf, S. 573 ff. (S. 595 f.).

<sup>369</sup> Zu den Anforderungen an den Vorsatz im Rahmen des § 123 Abs. 1 BGB

tragsbeseitigung im Wege der Naturalrestitution als Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 i. V. m. § 249 BGB möglich ist. Sie zöge ebenfalls keine Schadensersatzpflicht des Getäuschten nach sich und erscheint demgemäß vorteilhafter. Dieser nach wohl herrschender Meinung<sup>370</sup> neben § 123 Abs. 1 BGB zulässige Weg der Vertragsbeseitigung erlangt - wie bereits angesprochen - eigenständige Bedeutung vor allem in den Fällen der nur „drohenden“ Pflichtverletzung.<sup>371</sup>

Als Instrument zur Vertragsbeseitigung kommt schließlich die Kündigung in Betracht. Zu beachten ist zunächst, dass die eigenständigen Voraussetzungen der Kündigungstatbestände erfüllt sein müssen. Der Anfechtungsgrund „Nichterfüllung einer Informationspflicht“ stellt nicht zugleich einen Kündigungsgrund dar. Für die Kündigung kommt es vielmehr darauf an, dass die Durchführung des Arbeitsverhältnisses behindert wird.<sup>372</sup> Dieser Unterschied wird von der Rechtsprechung allerdings eingeebnet, die die Anfechtung als treuwidrig versagt, soweit sich der Gegenstand der unterbliebenen Information nicht mehr auf das Arbeitsverhältnis auswirkt.<sup>373</sup>

Die Anfechtung wird der Kündigung in den meisten Fällen vorzuziehen sein: Zum einen ist für die Kündigung in aller Regel eine

---

ausführlich Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 333 ff.

<sup>370</sup> Vgl. BGH NJW 1962, S. 1196 ff.; NJW 1993, S. 2107 f.; NJW 1998, S. 302 ff. (303 f.); Fleischer, AcP 200 (2000), S. 91 ff. mit zahlreichen aktuellen Schriftumsnachweisen zum Streitstand in Fußnote 6, zur Entwicklung des Streites - ebenfalls mit zahlreichen Nachweisen - dort S. 94 ff.; vgl. ferner dens., Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 428 ff. A.A. bspw. Schumacher, Fahrlässige Irreführung, S. 34. Auch unter denen, die die Vertragsbeseitigung gem. § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 i. V. m. § 249 BGB grundsätzlich für zulässig halten, besteht hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen keine Einigkeit: Zum einen wird teilweise vertreten, die dreißigjährige Verjährungsfrist sei zu kürzen, vgl. bspw. Fleischer, AcP 200 (2000), S. 91 ff. (119 f.). Ferner besteht keine Einigkeit darüber, ob die Anwendung des Tatbestandes das Vorliegen eines Vermögensschadens voraussetzt, bejahend BGH NJW 1998, S. 302 ff.; BGH JZ 1998, S. 1173 ff.; a. A. bspw. Lorenz, ZIP 1998, S. 1053 ff.; Wiedemann, JZ 1998, S. 1176 f. (1176); Fleischer, AcP 200, S. 91 ff. (111 ff.).

<sup>371</sup> Zum Fahrlässigkeitsmaßstab Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 454 ff.

<sup>372</sup> Zum Vorstehenden auch MünchArb-Buchner, § 41, Rn. 186 ff.

<sup>373</sup> Vgl. BAG AP Nr. 17 zu § 123 BGB, Bl. 2 ff.; AP Nr. 40 zu § 123 BGB, Bl. 5.

vorherige Abmahnung erforderlich.<sup>374</sup> Zum anderen wird die Kündigung in vielen der hier relevanten Fälle durch Kündigungsverbote, die für die Anfechtungstatbestände nicht gelten, ohnehin von vornherein verhindert. Wer „versehentlich“ dennoch eine Kündigung ausspricht, setzt sich der Gefahr aus, dass diese Kündigung als Bestätigung des Vertrages im Sinne von § 144 BGB interpretiert wird und verliert damit sämtliche Vertragsbeseitigungsmöglichkeiten.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass in den meisten Fällen der Verletzung einer Informationspflicht die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB das zur Beseitigung des Arbeitsvertrages am besten geeignete Mittel ist.

## **B. Schadensersatzansprüche**

Ein durch die Verletzung einer Informationspflicht des Arbeitgebers bedingter Schaden wird für den Stellenbewerber in erster Linie dann entstehen, wenn er einen anderen Arbeitsvertrag ausgeschlagen hat, um mit seinem jetzigen Arbeitgeber abzuschließen. Als zu ersetzender Schäden kommen auf Seiten des Arbeitgebers vor allem der Ersatz von Kosten für die Neubesetzung der Stelle (Inseratskosten pp.) sowie der Ersatz der in der Zeit von der Arbeitsaufnahme bis zum Zeitpunkt der Anfechtung erbrachten Lohnzahlungen in Betracht. Die Ersatzfähigkeit der zweitgenannten Position wird von der Rechtsprechung allerdings nur anerkannt, wenn sich der Anfechtungsgrund auf die Brauchbarkeit der Arbeitsleistung auswirkt.<sup>375</sup>

Als Rechtsgrundlage für Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung einer Informationspflicht kommen §§ 280 Abs. 1, 311

---

<sup>374</sup> Von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1, Rn. 280; Stahlhacke/Preis, Kündigungsschutz, Rn. 618, 1172.

<sup>375</sup> Dementsprechend hat das BAG die bisher erbrachten Lohnzahlung des Arbeitgebers in einem Fall, in dem der Bewerber die Frage nach ungeordneten Vermögensverhältnissen wahrheitswidrig beantwortet hatte, keinen ersatzfähigen Schaden gesehen, BAG AP Nr. 32 zu § 63 HGB. Zu den Bedenken an dieser Rechtsprechung MünchArb-Buchner, § 38, Rn. 178.

Abs. 2 Nr. 1 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB<sup>376</sup> und § 826 BGB in Betracht. Zu ersetzen ist jeweils das negative Interesse.<sup>377</sup>

---

<sup>376</sup> Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass ein Anstellungsbetrug nur gegenüber öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern möglich sei, vgl. Tröndle/ Fischer, § 263, Rn. 34; a. A. Holzapfel, Wechselseitigkeit von Informationsansprüchen, S. 40; zu den Einzelheiten Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, Rn. 577 m. w. N.

<sup>377</sup> Palandt-Heinrichs, § 123, Rn. 26 und Vorb. v. § 249, Rn. 17; MünchKomm-Kramer, § 123, Rn. 35.

## Zusammenfassung in Thesen

1. Die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Konzepte zur Begründung von Offenbarungspflichten und zur Begrenzung der arbeitgeberseitigen Informationserhebung durch Befragung des Stellenbewerbers (sog. „Recht zur Lüge“) überzeugen nicht. Insbesondere fehlt es an einer überzeugenden dogmatischen Fundierung der vertretenen Lösungen.
2. Auch für die Lösung arbeitsrechtlicher Problemstellungen ist das allgemeine Zivilrecht mit der ihm zugrunde liegenden Dogmatik maßgebend.
3. Das allgemeine Zivilrecht enthält weder Regelungen zur Bestimmung von Offenbarungspflichten noch ausdrückliche Begrenzungen für die Informationserhebung.
4. Aus § 123 Abs. 1 BGB lässt sich ablesen, dass das Recht zur Informationserhebung durch Befragen des Verhandlungsgegners keiner ausdrücklichen Beschränkung unterliegt; der Verhandlungsgegner hat lediglich die Möglichkeit der Antwortverweigerung.
5. Einschränkungen der arbeitgeberseitigen Informationserhebung ergeben sich aber aus gesetzlichen Regelungen (§§ 611 a BGB, 81 Abs. 2 SGB IX, 53 Abs. 1 BZRG, 826 BGB, Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG) sowie aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Stellenbewerbers. Sie sind indes deutlich weniger umfangreich, als von Rechtsprechung und herrschender Lehre angenommen. Das gilt vor allem für die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleitenden Beschränkungen, die sich nach der hier vertretenen Ansicht auf diejenigen Fälle beschränken, in denen die Fragestellung selbst beleidigend, die Persönlichkeit des Befragten herabwürdigenden Charakter hat.

6. Eine weitere Begrenzung der arbeitgeberseitigen Informationserhebungsmöglichkeiten aufgrund von Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Einstellungssituation lässt sich nicht begründen. Das (derzeitige) Missverhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt führt nicht zu einer regulierungsbedürftigen Ungleichgewichtslage im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verwirklichung materialer Vertragsfreiheit. Denn es geht hier nicht um die Herstellung tatsächlicher Vertragsfreiheit für den Stellenbewerber, sondern um die Änderung der Verteilungsgerechtigkeit. Regulierungen mit diesem Ziel obliegen aber als rechtspolitische Entscheidung dem Gesetzgeber.
7. Das Bestehen von Offenbarungspflichten ist unmittelbar von der Informationslastverteilung abhängig. Aus dem - als Grundlage auch heute noch geltenden - formalen Vertragsmodell, das dem geschriebenen Zivilrecht zugrunde liegt, ergibt sich, dass die Informationslast grundsätzlich beim Informationsinteressierten liegt. Offenbarungspflichten sind mithin begründungsbedürftige Ausnahmen.
8. Als Gegenstand von Offenbarungspflichten kommen ausschließlich Umstände in der Sphäre des Verhandlungsgegners in Betracht, die den - störungsfreien - Leistungsaustausch gefährden oder verhindern, (hier) so genannte Störungsrisiken.
9. Das geschriebene Recht enthält zwar keine Regelungen über die Verteilung der Informationslast bezüglich solcher Störungsrisiken. Das Leistungsstörungsrecht sowie dieses ergänzende, vertragsspezifische Sonderregelungen regeln jedoch die Folgen der Realisierung von Störungsrisiken und befassen sich damit denknotwendig auch mit der Verteilung der Verantwortung für diese (realisierten) Risiken.

10. Dem im Arbeitsrecht scheinbar vorrangig zur Konfliktlösung herangezogenen Kündigungsrecht lassen sich dagegen aufgrund von dessen ausschließlicher Ausrichtung auf die Zukunft keine Wertentscheidungen entnehmen, die sich für die Frage nach Offenbarungspflichten hinsichtlich Störungsrisiken fruchtbar machen lassen könnten.
11. Die den Normen des Leistungsstörungsrechts zugrunde liegenden Wertungen lassen sich auf die Frage nach der Offenbarungspflicht hinsichtlich Störungsrisiken übertragen, soweit sie als Rechtsfolge „Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung“ vorsehen.
12. Das im Leistungsstörungsrecht für die Umverteilung des Vertragsrisikos vorgesehene Zurechnungskriterium „Vertretenmüssen“ ist bei der Statuierung von Offenbarungspflichten durch das Kriterium „Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand“ zu ersetzen.
13. Bei Vertragsschluss bereits feststehende Umstände, die anfänglich oder nachträglich zu vollständiger Unmöglichkeit der vertragliche geschuldeten Leistung führen und dem (potenziell) Offenbarungspflichtigen bekannt sind, sind offenbarungspflichtig.
14. Umstände, die zu qualitativer oder quantitativer Minderleistung führen, sind ebenfalls offenbarungspflichtig, wenn sie dem Pflichtigen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt sind und wenn eine Interessenabwägung zu dem Ergebnis führt, dass die Minderleistung „erheblich“ im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB ist.
15. Umstände, die zum Verzug des Arbeitgebers führen oder führen könnten, sind offenbarungspflichtig, soweit sie dem Arbeitgeber bei Vertragsschluss bekannt sind und eine fiktive angemessene (Nach-)Leistungsfrist ergebnislos verstreichen würde.

16. Die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststehende Verletzung einer Nebenpflicht ist schließlich offenbarungspflichtig, wenn sie dem Offenbarungspflichtigen bekannt ist und die Pflichtverletzung so schwer wiegt, dass eine Abmahnung für die Feststellung der Unzumutbarkeit der (Fortsetzung der) Leistung für den Verhandlungsgegner nicht erforderlich erscheint.
17. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur „drohende“ Pflichtverletzungen sind offenbarungspflichtig, soweit eine Abwägung das Überwiegen des Informationsinteresses gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des potenziell Offenbarungspflichtigen ergibt. Als „Eckpunkte“ für diese Interessenabwägung sind die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des betreffenden Umstandes, die zeitliche Entfernung der möglichen Realisierung sowie der zu erwartende Schaden zu nennen.
18. Die Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes, die Beschäftigungsverbote des MuSchG und § 616 BGB führen zum teilweisen Ausschluss von Offenbarungspflichten. Hinsichtlich der Verteilung der Vertragsrisiken ergibt sich aus diesen Vorschriften, dass der Arbeitgeber ausnahmsweise das gesamte Vertragsrisiko trägt, obwohl der die Nichtleistung begründende Umstand aus der Sphäre des Arbeitnehmers stammt. Das Vertragsrisiko ist also ausnahmsweise dem informations*interessierten* Verhandlungsgegner zugewiesen. Da das Bestehen von Offenbarungspflichten nur unter der Voraussetzung systemkonform ist, dass das gesamte Vertragsrisiko beim (potenziell) Offenbarungspflichtigen liegt, kommt eine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die den Normen des Entgeltfortzahlungsgesetzes, des MuSchG oder § 616 BGB unterfallen, nicht in Betracht. Das gilt auch für die („schwächeren“) Fälle der nur „drohenden“ Leistungshindernisse. Da das Risiko

nach seiner Realisierung jedenfalls dem Arbeitgeber zugewiesen ist, entfällt von vornherein sein schutzwürdiges Informationsinteresse.

19. Die Offenbarungspflichten des Arbeitgebers sind unter Berücksichtigung der Grundsätze der modernen Vertragslehren nicht zu erweitern. Es fehlt an einer relevanten Ungleichgewichtslage zwischen Arbeitgeber und Stellenbewerber, für deren Ausgleich die Statuierung weiterer Offenbarungspflichten geeignet wäre.
20. Die Verletzung einer Informationspflicht hat die Möglichkeit der Vertragsbeseitigung sowie des Ersatzes des Vertrauensschadens zu Folge.

## Literaturverzeichnis

- Adam, Roman* Religionsfreiheit im Arbeitsrecht, NZA 2003, S. 1375 ff.
- Baston-Vogt, Marion* Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997
- Baumgärtel, Gottfried* Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1 (Allgemeiner Teil und Schuldrecht BGB), 2. Aufl., Köln u. a. 1991
- Beuthien, Volker* Lohnminderung bei Schlechtarbeit oder Arbeitsunlust?, ZfA 1972, S. 73 ff.
- Boemke, Burkhard* Auskunftspflicht, AR-Blattei SD (320), 47. Lieferung, November 1997
- ders.* Fragerecht des Arbeitnehmers nach Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband?, NZA 2004, S. 142 ff.
- Breidenbach, Stephan* Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß, München 1989
- Brossette, Josef* Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Berlin 1991
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien u. a. 1991
- Canaris, Claus-Wilhelm* Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983
- ders.* Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201 ff.
- ders.* Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft in:

- Badura, Peter (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 883 ff.
- Coester, Michael* Anmerkung zu BAG U. v. 20.2.1986 – 2 AZR 244/85, AP Nr. 31 zu § 123 BGB
- Däubler, Wolfgang* Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht, NZA 1988, S. 857 ff.
- Dauner-Lieb, Barbara* Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983
- Degener, Udo* Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, Berlin 1975
- Derleder, Peter* Unterlegenenschutz im Vertragsrecht - Ein Modell für das Arbeitsrecht?, KJ 1995, S. 320 ff.
- Dieterich, Thomas* Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, S. 129 ff.
- Donat, Peter* Die Frage nach der Schwangerschaft beim Einstellungsgespräch, Erste Anmerkung, BB 1986, S. 2413 ff.
- Dreier, Horst (Hrsg.)* Grundgesetz Band I (Präambel, Art. 1 - 19), 2. Aufl., Tübingen 2004
- Ehmann, Horst/ Emmert, Angela* Grundlage, Zweck und Mißbrauch des Diskriminierungsverbots, SAE 1997, S. 253 ff.
- Erman, Walter* BGB Handkommentar, 1. Band (§§ 1 – 811), 11. Aufl., Münster 2004
- ders.* BGB Handkommentar, 1. Band (§§ 1 – 853), 9. Aufl., Münster 1993
- Esser, Josef/ Schmidt, Eike* Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 8. Aufl., Heidelberg 1995

2. Teilband, Heidelberg 2000
- Fastrich, Lorenz* Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992
- Fleischer, Holger* Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, AcP 200 (2000), S. 91 ff.
- ders.* Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 2001
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin u. a. 1979
- Frowein, Jochen Abr.* Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 553 ff.
- Gamillscheg, Franz* Mutterschutz und Sozialstaat in: Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.), Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, München, Berlin 1962, S. 57 ff.
- ders.* Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385 ff.
- ders.* Gedanken zur Rechtsfindung im Arbeitsrecht in: Mayer-Maly, Theo u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Schmitz, Wien, München 1967, S. 68 ff.
- ders.* Der Abschluß des Arbeitsvertrages im neuen Arbeitsvertragsgesetz in: Schneider, Hans/ Götz, Volkmar (Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 793 ff.
- ders.* Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung

- des Individualarbeitsrechts, AcP 176 (1976), S. 197 ff.
- Gernhuber, Joachim* Handbuch des Schuldrechts – Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989
- Großmann, R.* Schwerbehinderte im Konflikt zwischen Statusrecht und Offenbarungspflicht, NZA 1989, S. 702 ff.
- Grün, Beate* Die Generalklauseln als Schutzinstrumente der Privatautonomie am Beispiel der Kreditmithaftung von vermögenslosen nahen Angehörigen, WM 1994, S. 713 ff.
- Grunsky, Wolfgang* Das Recht auf Privatleben als Begrenzung vertraglicher Nebenpflichten, JuS 1989, S. 593 ff.
- Hager, Johannes* Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373 ff.
- Hanau, Peter/ Preis, Ulrich* Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, S. 177 ff.
- Heinrich, Christian* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Tübingen 2000
- Heitkamp, Wilhelm* Rechtsfragen der Bewerbung, Zürich 1986
- Henssler, Martin* Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen 1994
- Herrmann, Elke* Die Abschlußfreiheit - ein gefährdetes Prinzip, ZfA 1996, S. 19 ff.
- Herschel, Wilhelm* Anmerkung zu BAG U. v. 14.12.1979 – 7 AZR 38/78, AuR 1980, S. 255 ff.
- Hesse, Albrecht/  
Kauffmann, Peter* Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung, JZ 1995, S. 219 ff.
- Hönn, Günther* Kompensation gestörter Vertragsparität, München

- 1982
- ders.* Entwicklungslinien des Vertragsrechts, JuS 1990, S. 953 ff.
- Hofmann, Paul* Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers, ZfA 1975, S. 1 ff.
- Holzapfel, Helmut* Wechselseitigkeit von Informationspflichten bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen, Bayreuth 1986
- Hopt, Klaus J.* Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, München 1975
- Hoyningen-Huene, Gerrick von/ Link, Rüdiger* Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl., München 2002
- Hubmann, Heinrich* Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1955), S. 86 ff.
- ders.* Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln u. a. 1967
- Hueck, Alfred* Anmerkung zu BAG U. v. 5.12.1957 – 1 AZR 594/56, AP Nr. 2 zu § 123 BGB
- Hümmerich, Klaus* Aufklärungspflichten des Arbeitgebers im Anbahnungsverhältnis bei ungesicherter Beschäftigung des Arbeitnehmers, NZA 2002, S. 1305 ff.
- Ipsen, Jörn* Staatsrecht II (Grundrechte), 7. Aufl., München 2004
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2004
- Joussen, Jacob* Si tacuisses – Der aktuelle Stand zum Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Schwerbehinderung, NJW 2003, S. 2857 ff.

- Käppler, Renate* AR Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anmerkung zu den Entscheidungen Nr. 84 - 86
- Kaiser, Heinrich/Dunkl, Hans* Kommentar zum Entgeltfortzahlungsgesetz, 5. Aufl., Köln 2000
- Knevels, Peter* Offenbarung der Gewerkschaftszugehörigkeit, BB 1965, S. 336 ff.
- ders.* Entgegnung zu Rüthers, Pflicht zur Offenbarung der Gewerkschaftszugehörigkeit? BB 1966, S. 824 ff., BB 1966, S. 826
- Köndgen, Johannes* Selbstbindung ohne Vertrag: Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981
- Konzen, Horst/ Rupp, Hans Heinrich* Gewissenskonflikte im Arbeitsrecht, Köln u. a. 1990
- Koppenfels-Spies, Katharina von* Schwangerschaft und Schwerbehinderung – zwei weiterhin unbeliebte Fragen im Arbeitsrecht, AuR 2004, S. 43 ff.
- Kramer, Ernst A.* Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, München, Salzburg 1974
- Kühl, Kristian* Persönlichkeitsschutz des Tatverdächtigen durch die Unschuldsvermutung, in: Hans Forkel/ Alfons Kraft (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, S. 241 ff.
- Kursawe, Stefan* Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers bei Abschluß von Arbeitsverträgen, NZA 1997, S. 245 ff.
- Larenz, Karl* Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989

- Larenz, Karl (Begr.)/  
Canaris, Claus-Wilhelm* Lehrbuch des Schuldrechts Band II, 13. Aufl.,  
München 1986
- dies.* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl.,  
Berlin u. a. 1995
- Leinemann, Wolfgang  
(Hrsg.)* Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 2.  
Aufl., Neuwied u. a. 2000
- Leipold, Dieter* Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit,  
AuR 1971, S. 161 ff.
- Leisner, Walter* Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Lieb, Manfred* Schutzbedürftigkeit oder Eigenverantwortlichkeit?  
DNotZ 1989, S. 274 ff.
- ders.* Arbeitsrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2000
- ders.* Arbeitsrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2004
- Limbach, Jutta* Forum: Das Rechtsverständnis in der  
Vertragslehre, JuS 1985, S. 10 ff.
- Löwe, Ewald/ Rosenberg,  
Werner/ Rieß, Peter* Die Strafprozeßordnung und das  
Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, 25.  
Aufl., Berlin u. a. 1999
- Lorenz, Stephan* Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo:  
Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des  
Vermögens?, ZIP 1998, S. 1053 ff.
- Loritz, Karl-Georg* Anmerkung zu BVerfG B. v. 19.10.1993 – 1 BvR  
567, 1044/89; BGH U. v. 24.2.1994 – IX ZR 93/93;  
BGH U. v. 24.2.1994 – IX ZR 229/93, DNotZ 1994,  
S. 543 ff.
- ders.* Anmerkung zu BVerfG B v. 16.11.1993 – 1 BvR  
258/86, SAE 1995, S. 221 ff.

- Lübtow, Ulrich von* Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung in: Harms, Wolfgang u. a. (Hrsg.), Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 249 ff.
- Lüke, Gerhard/ Wax, Peter* Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung Band 1 (§§ 1 – 354), München 1992
- Mankowski, Peter* Arglistige Täuschung durch vorsätzlich falsche oder unvollständige Antworten auf konkrete Fragen, JZ 2004, S. 121 ff.
- Martens, Klaus-Peter* Die Einheit des Privatrechts und das Arbeitsrecht, JuS 1987, S. 337 ff.
- Matthes, Hans-Christoph* Einstellung und Kündigung, Bonn 1974
- Maunz, Theodor u. a. (Hrsg.)* Kommentar zum Grundgesetz, Band I (GG-Text – Art. 5), Loseblatt (Stand: 43 EL v. 31.8.2004)
- Maus, Wilhelm (Begr.)/ Schmidt, Klaus* Heimarbeitsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1998
- Mayer-Maly, Theo* Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung, JZ 1961, S. 205 ff.
- Medicus, Dieter* Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, Köln 1994
- Meilicke, Heinz* Recht auf Lüge beim Einstellungsgespräch?, BB 1986, S. 1288 f.
- Messingschläger, Thomas* „Sind Sie schwerbehindert?“ – Das Ende einer (un)beliebten Frage, NZA 2003, S. 301 ff.
- Meyer, Karlheinz* Grenzen der Unschuldsvermutung in: Hans-Heinrich Jescheck/ Theo Vogler (Hrsg.),

- Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 1989, S. 61 ff.
- Moritz, Peter* Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunfts- und/oder Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen?, NZA 1987, S. 329 ff.
- Müller, Gerhard* Die Ressortierung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, RdA 1966, S. 289 ff.
- Münch, Ingo von (Begr.)/  
Kunig, Philip* Grundgesetz - Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., München 2000
- Mugdan, Benno* Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899
- Neumann-Duesberg* Rechtswidrigkeitserfordernis und Rechtswidrigkeitsausschluß (Notwehr) im Täuschungstatbestand des § 123 BGB, JR 1967, S. 1 ff.
- Nikisch, Arthur* Arbeitsrecht Band I, 2. Aufl., Tübingen 1955
- ders.* Arbeitsrecht Band I, 3. Aufl., Tübingen 1961
- Otto, Hansjörg* Personale Freiheit und soziale Bindung, München 1978
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 64. Aufl., München 2005
- Paul, Wolfgang* Einstellung Schwangerer bei Beschäftigungsverboten nach dem Mutterschutzgesetz, DB 2000, S. 974 ff.
- Picker, Eduard* Anmerkung zu BAG U. v. 14.12.1979 – 7 AZR 38/78, SAE 1981, S. 87 ff.

- Preis, Ulrich* Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied u. a. 1993
- ders.* Kompensation von Ungleichgewichtslagen in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und der Zivilgerichte - ein Vergleich, AuR 1994, S. 139 ff.
- Preis, Ulrich/ Rolfs, Christian* Gestörte Vertragsparität und richterliche Inhaltskontrolle, DB 1994, S. 261 ff.
- Raab, Thomas* Das Fragerecht des Arbeitgebers nach schwebenden Strafverfahren und die Unschuldsvermutung des Bewerbers, RdA 1995, S. 36 ff.
- Raiser, Ludwig* Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff.
- Ramm, Thilo* Die Freiheit der Willensbildung: Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung, Stuttgart 1960
- Rebmann, Kurt* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band 1 (§§ 1 – 240), 4. Aufl., München 2003  
Band 2 a (§§ 241 – 432), 4. Aufl., München 2003  
Band 2 (§§ 241 – 432), 3. Aufl., München 1994  
Band 3 (§§ 433 – 610), 4. Aufl., München 2004  
Band 4 (§§ 607 – 704), 3. Aufl., München 1997  
Band 5 (§§ 705 – 853), 4. Aufl., München 2004
- Reuter, Dieter* Gibt es eine arbeitsrechtliche Methode? in:  
Dietrich, Thomas u. a. (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, München 1983, S. 573 ff.
- ders.* Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, AcP 189 (1989), S. 199 ff.

- Richardi, Reinhard* Arbeitsrecht und Zivilrecht, ZfA 1974, S. 3 ff.
- ders.* Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses neu zu regeln?, JZ 1978, S. 485 ff.
- ders.* Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 9. Aufl., München 2004
- Richardi, Reinhard/  
Wlotzke, Otfried* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I (§§ 1 – 113), 2. Aufl., München 2000  
Band IV (Ergänzungsband Individualarbeitsrecht), 2. Aufl., München 2001
- Riesenfeld, Stefan* Festvortrag in: Christian Armbrüster u. a. (Hrsg.), Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart u. a. 1996
- Riesenhuber, Karl/  
Domröse, Ronny* Richtliniekonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre, RIW 2005, S. 47 ff.
- Ritgen, Klaus* Vertragsparität und Vertragsfreiheit, JZ 2002, S. 114 ff.
- Rittner, Fritz* Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1994, S. 3330 f.
- Rüping, Hinrich* Strafverfahren als Sensation, in: Hanack, Ernst-Walter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebieer zum 75. Geburtstag, Berlin, New York 1982, S. 391 ff.
- Rüthers, Bernd* Pflicht zur Offenbarung der Gewerkschaftszugehörigkeit?, BB 1966, S. 824 ff.
- Sachs, Michael* Grundgesetz - Kommentar, 3. Aufl., München 2003

- Sander, Peter* Fragerechte und Auskunftspflichten, AuA 1995, S. 9 ff.
- Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus* (Hrsg.) Ökonomische Probleme des Zivilrechts, Beiträge zum 2. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts, 21. – 24. März 1990, Berlin u. a. 1990
- Schaub, Günter* Ist die Frage nach der Schwerbehinderung zulässig? NZA 2003, S. 299 ff.
- ders.* Arbeitsrechtshandbuch, 11. Aufl., München 2005
- Schmidt, Eike* Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, S. 153 ff.
- Schmidt, Jürgen* Ein ‚soziales Obligationsmodell‘ im Schuldrecht? Gedanken zur Neuauflage des Esserschen Lehrbuchs, AcP 176 (1976), S. 381 ff.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ Klein, Franz* Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Neuwied u. a. 1999
- Schmitt, Jochem* Entgeltfortzahlungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 1997
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig* Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, RdA 1964, S. 297 ff.
- Scholz, Rupert* Gemeinsame Anmerkung zu BAG U. v. 14.3.1989 – 8 AZR 351/86 und 8 AZR 447/87, AP Nr. 6 und 7 zu § 611 a BGB
- Schumacher, Rolf* Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, Bonn 1979
- Schwabe, Jürgen* Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, München 1971
- Schwedes, Rolf* Einstellung und Entlassung des Arbeitnehmers, 7.

- Aufl., Freiburg 1993
- Singer, Reinhard* Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, S. 1133 ff.
- ders.* Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995
- Soergel, Hans Theodor*  
(Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar,  
Bd. 2 (§§ 104 – 240), 13. Aufl., Stuttgart u. a. 1999  
Bd. 2 (§§ 241 – 432), 12. Aufl., Stuttgart u. a. 1990  
Bd. 4/1 (§§ 516 – 651), 12. Aufl., Stuttgart u. a. 1997  
Bd. 5/2 (§§ 823 – 853), 12. Aufl., Stuttgart u. a. 1998
- Stahlhacke Eugen / Preis, Ulrich* Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2002
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
2. Buch (§§ 611 – 615), 13. Aufl., Berlin 1999  
2. Buch (§§ 616 – 630), Neubearbeitung 2002, Berlin 2002  
2. Buch (§§ 611 – 619), 12. Aufl., Berlin 1993  
2. Buch (§§ 823 – 825), 13. Aufl., Berlin 1999
- Strick, Kerstin* Die Anfechtung von Arbeitsverträgen durch den Arbeitgeber, NZA 2000, S. 695 ff.
- Thees, Thomas* Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts: Persönlichkeitsschutz und Persönlichkeitsentfaltung im Arbeitsverhältnis, Berlin 1995
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans* ZPO Kommentar, 26. Aufl., München 2004
- Thüsing, Gregor* Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-

- Diskriminierungsrecht, NJW 2003, S. 3441 ff.
- Thüsing, Gregor/  
Lambrich, Thomas* Das Fragerecht des Arbeitgebers – aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, S. 1146 ff.
- Trinkner, Reinhold/ Wolfer,  
Maria* Modernes Arbeitsrecht und seine Beziehungen zum Zivilrecht und seiner Geschichte, BB 1986, S. 4 ff.
- Tröndle, Herbert/ Fischer,  
Thomas* Strafgesetzbuch Kommentar, 52. Aufl., München 2004
- Walker, Wolf-D.* Zur Zulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft, DB 1987, S. 273 ff.
- Wank, Rolf* Anmerkung zu BAG U. v. 19.5.1983 – 2 AZR 171/81, EzA Nr. 23 zu § 123 BGB
- ders.* Anmerkung zu BAG U. v. 1.7.1993 – 2 AZR 25/93, AP Nr. 36 zu § 123 BGB
- Wessels, Horst/  
Hillenkamp, Thomas* Strafrecht BT/2 (Straftaten gegen Vermögenswerte), 27. Aufl., Heidelberg 2004
- Westermann, Harm Peter* Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978), S. 150 ff.
- Wieacker, Franz* Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt 1974, S. 9 ff.
- Wiedemann, Herbert* Zur culpa in contrahendo beim Abschluß des Arbeitsvertrages in: Hanau, Peter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, München 1982, S. 463 ff.

- ders.* Anmerkung zu BVerfG B. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, JZ 1990, S. 695 ff.
- ders.* Anmerkung zu BGH U. v. 26.9.1997 – V ZR 29/96, JZ 1998, S. 1176 f.
- Wiese, Günther* Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses – BAG Btr. 1989, 2279, JuS 1990, S. 357 ff.
- Wohlgemuth, Hans H.* Fragerecht und Erhebungsrecht, AuR 1992, S. 46 ff.
- Wolf, Manfred/ Gangel, Alfred* Anfechtung und Kündigungsschutz, AuR 1982, S. 271 ff.
- Zöllner, Wolfgang* Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), S. 221 ff.
- ders.* Gutachten D zum 52. Deutschen Juristentag 1978
- ders.* Gleichberechtigung und Gleichstellung der Geschlechter in: Schwarz, Walter u. a. (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift für Rudolf Strasser zum 60. Geburtstag, Wien 1983, S. 223 ff.
- ders.* Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988), S. 85 ff.
- ders.* Die politische Rolle des Privatrechts, JuS 1988, S. 329 ff.
- ders.* Regulierungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), S. 1 ff.
- Zweigert, Konrad* „Rechtsgeschäft“ und „Vertrag“ heute in:

Caemmerer, Ernst von u. a. (Hrsg.), *Ius privatum gentium*, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag, Band II, Tübingen 1969, S. 493 ff.

Für die verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

*Kirchner, Hildebert*

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl.,  
Berlin 2003