

# Anfechtung als Alternative zur fristlosen Entlassung

*Das Bundesgericht gewährt für die fristlose Entlassung nur eine sehr kurze Überlegungs- und Handlungsfrist. Als Alternative steht bei Kündigungsgründen, die auf dem Bewerbungsverfahren basieren, die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums oder absichtlicher Täuschung offen. Nachfolgend richtet sich der Fokus auf die unterschiedlichen Voraussetzungen und Folgen der Anfechtung.*

*Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M.*

*ARV online 2012, Nr. 108.*

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
I. Problemstellung .....	1
II. Kasuistik.....	2
1. Fristlose Kündigung.....	2
a. Urteil BGer 4A_569/2010 .....	2
b. Urteil BGer 8C_294/2011.....	2
2. Anfechtung.....	3
a. Urteil BGer 4C.325/2005 .....	3
b. Urteil BGer 2A.621/2005 .....	3
III. Willensmängel .....	3
1. Grundlagenirrtum.....	3
2. Absichtliche Täuschung .....	6
3. Besonderheiten der Anfechtung .....	6
IV. Folgen der Anfechtung.....	6
1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung .....	6
2. Kritik.....	7
a. Gutgläubigkeit und Rechtfertigung des Vertrauensschutzes .....	7
b. Rückabwicklung .....	8
c. Fazit .....	10
V. Fazit.....	10
Literaturverzeichnis .....	10

## I. Problemstellung

- 1 Das Bundesgericht hat unlängst erneut festgehalten, dass eine fristlose Kündigung ohne Verzug erfolgen müsse. Es nannte eine Überlegungs- und Handlungsfrist von 2-3 Tagen als angemessen, räumte aber ein, dass bei notwendigen Entscheidungen eines mehrköpfigen Organs einer juristischen Person eine Frist von einer Woche noch ausreichend sei.<sup>1</sup> Das ist sehr kurz und reichlich hart,<sup>2</sup> wenn man bedenkt, dass in diesem Fall auch die Anfechtung des Arbeitsvertrags offen steht – der Arbeitnehmer hat im Bewerbungsverfahren falsche Angaben zu seiner früheren

<sup>1</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_569/2010, E. 3.1. In einem weiteren Entscheid fasste es die Rechtsprechung und alle Gründe zusammen, die längere Handlungsfristen rechtfertigen, vgl. Urteil BGer 8C\_294/2011, E. 6.3.

<sup>2</sup> Vgl. die Bezeichnung als „rigoros“ in Urteil BGer 8C\_294/2011, E. 6.3.4.

Tätigkeit und deren Beendigung gemacht. Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich der Kasuistik und später den Voraussetzungen und Formen der Anfechtung. In einem letzten Schritt richtet sich der Fokus auf das Regime der Rückabwicklung des Arbeitsvertrages.

## II. Kasuistik

### 1. Fristlose Kündigung

#### a. Urteil BGer 4A\_569/2010

2 Ein Arbeitnehmer einer Bank hat im Bewerbungsverfahren diverse wahrheitswidrige Angaben gemacht. Er gab vor, „*seine Kündigungsfrist betrage drei Monate, er beziehe ein Jahresgehalt von Fr. 180'000, verwalte und betreue Kundengelder in der Höhe zwischen 200 und 300 Mio. USD und habe sich zwischen 1993 und 2003 während zehn Jahren in Abu Dhabi aufgehalten.*“<sup>3</sup> Alles war unwahr. In Tat und Wahrheit war er im Jahre 2003 während ein paar Monaten für eine Bank mit einem Salär von Fr. 100'000 tätig, danach aber arbeitslos. Die neue Bank beschäftigte ihn ab April 2005. Der Schwindel flog auf, als die neue Bank Ende August 2005 bei der alten Bank um Zustellung des Arbeitszeugnisses ersucht hat. Sie erhielt es am 7. September 2005 und entliess den Arbeitnehmer am 13. September 2005 fristlos. Das Bundesgericht schützte in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung die siebentägige Dauer, da ein mehrköpfiges Gremium einer juristischen Person entscheiden musste.<sup>4</sup>

#### b. Urteil BGer 8C\_294/2011

3 In Urteil BGer 8C\_294/2011, E. 6.3. fasst das Bundesgericht die eigene Rechtsprechung zusammen und nennt die Gründe, die ein längeres Zuwartern rechtfertigen. Die normale Frist von 2-3 Tagen ist da, um nachzudenken und allfällige Rechtsauskünfte einzuholen.<sup>5</sup> Gründe für ein Zuwartern über diese Dauer hinaus sieht es generell, wenn das Zuwartern mit „*Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint*“<sup>6</sup> und subsumiert darunter den oben genannten Fall des Entscheids durch ein mehrköpfiges Gremium. Ein längeres Zuwartern ist auch zulässig, wenn unklare Sachverhalte zuerst der Abklärung bedürfen, doch ist der Arbeitgeber gehalten, über seine spätere Entscheidung schon während der Abklärung des Sachverhalts nachzudenken.<sup>7</sup> Neu sieht das Bundesgericht bei der fristlosen Beendigung öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse, für die subsidiär das Obligationenrecht zur Anwendung gelangt, eine weitere Rechtfertigung des Zuwartens in den Besonderheiten des öffentlichen Rechts. Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber muss die Grundrechte und das rechtliche Gehör wahren und trägt bei einer ungerechtfertigten Entlassung das höhere Risiko des Anspruchs auf Wiederanstellung.<sup>8</sup>

4 Die extrem kurze Frist und die vielen Ausnahmen überzeugen nicht. Das Bundesgericht und die Vorinstanz halten richtig fest, dass die fristlose Entlassung wegen der finanziellen Nachteile, der potentiellen Rufschädigung und des möglichen Gerichtsverfahrens einer sorgfältigen Abklärung bedarf.<sup>9</sup> Das Bundesgericht ist gewillt, insbesondere dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber mehr Zeit einzuräumen, weil er an die Grundrechte gebunden ist und die Folgen der Entlassung wegen des Wiederanstellungsanspruchs für ihn härter ausfallen können. Mit demselben Argument sollte man zum Schutz des Arbeitnehmers dem privaten Arbeitgeber mehr Zeit einräumen, damit er den für den privaten Arbeitnehmer noch härteren Entscheid auch ohne Grundrechts-

<sup>3</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_569/2010, A.

<sup>4</sup> Urteil BGer 4A\_569/2010, E. 3.

<sup>5</sup> Urteil BGer 8C\_294/2011, E. 6.3.2., mit weiteren Hinweisen.

<sup>6</sup> Urteil BGer 8C\_294/2011, E. 6.3.2., mit weiteren Hinweisen.

<sup>7</sup> Urteil BGer 8C\_294/2011, E. 6.3.3., mit weiteren Hinweisen.

<sup>8</sup> Vgl. Urteil BGer 8C\_294/2011, E. 6.4. und 6.5.

<sup>9</sup> Vgl. das Zitat in Urteil BGer 8C\_294/2011, E. 6.2.

schutz wohl abwägen und auf sicherer Grundlage treffen kann. Für die nachfolgenden Erwägungen bleibt festzuhalten: Die diversen Ausnahmen zeigen *erstens*, dass die Grundregel von 2-3 Tagen zu streng ist, und *zweitens*, dass die Grundregel nicht mehr zur einfachen Entscheidfindung und damit zur Rechtssicherheit beitragen kann. Eine nicht näher begründbare, heuristisch inspirierte Faustregel kann sinnvoll sein und Rechtssicherheit schaffen. Die Faustregel sollte aber möglichst viele Fälle erfassen und nur wenige Ausnahmen kennen.<sup>10</sup>

## 2. Anfechtung

### a. Urteil BGer 4C.325/2005

5 Ein Arbeitnehmer stritt mit seinem Arbeitgeber um den Wortlaut des Arbeitszeugnisses. Der Arbeitnehmer verfasste in der Folge das Arbeitszeugnis selbst und liess dieses von seiner Frau unterzeichnen, die auch den Firmennamen trug. Er nutzte dieses Zeugnis im Rahmen einer Bewerbung und erhielt die Stelle. Der neue Arbeitgeber kündigte im Juni 2001 das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen ordentlich, unter sofortiger Freistellung. Anfangs August 2001 erfuhr er vom falschen Zeugnis, forderte den Arbeitnehmer am 11. August 2001 zu einer Stellungnahme auf, die am 5. September 2001 erfolgte. Am 13. September 2001 erklärte der Arbeitgeber die einseitige Unverbindlichkeit des gekündigten Arbeitsvertrages aufgrund absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR). Das Bundesgericht verzichtete auf eine Rückabwicklung unter Anwendung des Art. 320 Abs. 3 OR: „*Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich ein Arbeitnehmer nur dann nicht auf Art. 320 Abs. 3 OR berufen kann, wenn ihm positiv nachgewiesen werden kann, dass er um die rechtliche Unverbindlichkeit des Vertrages wusste. Gefordert ist somit das Wissen um die Ungültigkeit, das heisst Kenntnis der Rechtsfolge und nicht bloss das Wissen um die Gesetzwidrigkeit einer Abrede an sich. Insofern kommt die allgemeine Regel zur Schranke des Gutgläubensschutzes (Art. 3 Abs. 2 ZGB) im speziellen Bereich des Arbeitsvertragsrechts (Art. 320 Abs. 3 OR) nicht zur Anwendung.*“<sup>11</sup> Der Arbeitnehmer kam deshalb in den Genuss des Lohnes bis zum 13. September 2001, also auch für die Zeit der Freistellung.

### b. Urteil BGer 2A.621/2005

6 Eine Frau, die unter der Anklage stand, ihren Freund umgebracht zu haben, bewarb sich bei der Oberzolldirektion um eine Vollzeitstelle als Sachbearbeiterin. Sie legte diesen Sachverhalt nicht offen. Sie erhielt die Stelle und sollte am 1. Juli 2003 die Arbeit aufnehmen. Die Oberzolldirektion erfuhr vorher vom Strafverfahren, verlangte am 25. Juni 2003 eine Stellungnahme und bekundete dabei die Absicht, die Anstellung rückgängig zu machen. Am 27. Juni 2003 widerrief die Oberzolldirektion den Arbeitsvertrag. Das Bundesgericht schützte die Annahme eines Willensmangels. Es bejahte das Vorliegen eines Grundlagenirrtums oder einer absichtlichen Täuschung im Sinne des Obligationenrechts, das subsidiär auch im Bereich des Bundespersonalrechts gilt. Die Rückabwicklung war nicht nötig, da die Arbeitnehmerin die Stelle noch nicht angetreten hatte.

## III. Willensmängel

7 Die nachfolgenden Überlegungen zeigen die Voraussetzungen der Anfechtung und weisen auf Besonderheiten bei der Anfechtung eines Arbeitsvertrags hin.

### 1. Grundlagenirrtum

#### a. Wesentlichkeit und Erkennbarkeit

8 Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR regelt den Grundlagenirrtum. Erforderlich ist ein bestimmter Sachver-

<sup>10</sup> Vgl. RUSCH, Rechtsscheinlehre, 21 und 392, je mit weiteren Hinweisen.

<sup>11</sup> Urteil BGer 4C.325/2005, E. 4.2.5.

halt, der subjektiv für die irrende Person im Sinne einer *conditio sine qua non*, aber auch objektiv wesentlich für den Vertragsschluss sein muss, im Sinne einer nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr notwendigen Grundlage. Das Bundesgericht fordert überdies, dass der bestimmte Sachverhalt auch für die Gegenseite erkennbar sein muss.<sup>12</sup>

- 9 Diese Voraussetzungen bereiten bei Arbeitsverträgen kaum Probleme. Die allfällige Verletzung der Mitteilungs-, Aufklärungs-, Auskunfts- oder Wahrheitspflicht<sup>13</sup> war lediglich im Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 26. Oktober 2009 keine *conditio sine qua non* der Anstellung. Es ging um zwei aufeinanderfolgende Arbeitsverträge. Die angeblich verschwiegenen Fakten aus früheren Arbeitsverhältnissen ereigneten sich vor der ersten Anstellung. Das Kantonsgericht sah deshalb die Motivation der zweiten Anstellung in der positiv beurteilten Leistungsbilanz des ersten Arbeitsverhältnisses.<sup>14</sup> Ebenso verneinte das gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt mit Entscheid vom 28. April 1977, dass die Homosexualität eines Modeverkäufers eine Unzumutbarkeit begründe. Dies ist im Sinne der fehlenden *objektiven Wesentlichkeit* zu verstehen.<sup>15</sup>

b. **Ausschluss „verbotener Fragen“?**

- 10 Die Kündigung ist nicht möglich, wenn sich die Nichtaufklärung oder Falschbeantwortung auf unzulässige Fragen oder Themenbereiche bezieht. Zu diesen Themenbereichen gehören durch das konkrete Arbeitsverhältnis nicht gerechtfertigte Fragen zu Schwangerschaft, Krankheit, Politik, Konfession und sexueller Orientierung.<sup>16</sup> Dieser Schutz wäre obsolet, wenn die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses trotzdem offen stünde. Der Ausschluss der Anfechtung lässt sich mit der fehlenden objektiven Wesentlichkeit, d.h. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR oder dem generelleren Ausschluss in Art. 25 OR begründen.<sup>17</sup> Darf der Arbeitgeber nach gewissen Eigenschaften nicht fragen, können diese auch nicht nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr notwendige Grundlage des Vertrags sein. Bei der Anfechtung aufgrund absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) fehlt bei verbotenen Fragen die Widerrechtlichkeit der Falschinformation.<sup>18</sup>

c. **Genehmigung und Geltendmachung innert Frist**

- 11 Es stellt sich die Frage, ob die kurzen Fristen zur Geltendmachung fristloser Entlassungen auch für die Anfechtung gelten. PELLEGRINI bejaht dies.<sup>19</sup> Alle anderen Autoren wenden einzig die Jahresfrist gemäss Art. 31 OR an.<sup>20</sup> Das ist auch richtig. Für die Nichtanwendung der kurzen Fristen spricht die unterschiedliche Zielsetzung der Entlassung und der Anfechtung. Die extrem kurze Frist zur Geltendmachung der fristlosen Entlassung begründet überdies die Notwendig-

---

<sup>12</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.37/2004, E. 3.2.: „Zusätzlich muss es für die Gegenpartei erkennbar gewesen sein, dass der fälschlich angenommene Sachverhalt für den Irrenden Geschäftsgrundlage war (...). Ein Grundlagenirrtum darf nur angenommen werden, wenn der Vertragspartner bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen, welche Bedeutung der entsprechende Sachverhalt für den Irrenden hatte. Nur wenn diese Erkennbarkeit gegeben ist, darf der Irrende den Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Geschäftsgrundlage betrachten. Anders würde der Vertragspartner mit einem nach Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Geschäftsrisiko belastet (...).“; vgl. BSK-SCHWENZER, OR 24 N 23, mit weiteren Hinweisen.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Urteil BGer 2A.621/2005, E. 4.1. f. und Urteil KGer St. Gallen vom 26. Oktober 2009, BZ.2009.36, E. III.1.3.; vgl. ZK-STAEHELIN, OR 320 N 33 ff. und PELLEGRINI, 102 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Urteil KGer St. Gallen vom 26. Oktober 2009, BZ.2009.36, E. III.1.4.

<sup>15</sup> Dieser Fall ist abgedruckt in JAR 1980, 290 und besprochen bei REHBINDER, 73 f.

<sup>16</sup> Vgl. ZK-STAEHELIN, OR 320 N 33 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu STRICK, NZA 2000, 699: „Für den Arbeitsvertrag kann (...) festgestellt werden, dass eine Eigenschaft, nach der der Arbeitgeber nicht fragen darf, auch nicht zur Anfechtung (...) berechtigt. Hat der Arbeitgeber kein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse daran, eine bestimmte Eigenschaft zu erfragen, kann diese Eigenschaft nicht als verkehrswesentlich i.S. des § 119 Absatz II BGB angesehen werden“; PELLEGRINI, 126 f. begründet dies mit dem Notwehrrecht gemäss Art. 52 Abs. 1 OR.

<sup>18</sup> Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 28 N 8, BSK-SCHWENZER, OR 28 N 12, PELLEGRINI, 126.

<sup>19</sup> PELLEGRINI, 77, der dies aber mit Aussagen zur fristlosen Entlassung belegt.

<sup>20</sup> Vgl. statt vieler ZK-STAEHELIN, OR 320 N 27, PORTMANN, recht 2006, 152, REHBINDER, 102.

keit, dem Arbeitgeber über die Anfechtung einen Ausweg zu schaffen. Es handelt sich somit um dieselbe Diskussion wie bei der Frage, ob der Grundlagenirrtum alternativ zur Sachgewährleistung offenstehen soll. Das Bundesgericht hat die alternative Anwendung ebenfalls mit der Kürze der Gewährleistungsfrist begründet.<sup>21</sup>

- 12 Folgenerwägungen rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Es handelt sich *erstens* um eine *überschaubare Fallgruppe*, da die Anfechtung einzig aufgrund der schon im Zeitpunkt des Vertragschluss bestehenden Probleme offen steht (Art. 23 OR). Dass der Arbeitnehmer in Zukunft keine Fehler begeht, kann man nicht als sichere Grundlage voraussehen.<sup>22</sup> Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte ist somit kaum einschlägig. Die ganze Jahresfrist gemäss Art. 31 Abs. 1 OR steht *zweitens* nicht unbedingt zur Verfügung. In der vorbehaltlosen *Erfüllung* oder *Annahme* in Kenntnis des Mangels kann eine Genehmigung des anfechtbaren Vertrages liegen.<sup>23</sup> Die Kündigung des Arbeitsvertrages in Kenntnis des Anfechtungsgrundes stellt ebenso eine Genehmigung dar.<sup>24</sup> Der Arbeitnehmer, der in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos Lohn bezahlt oder Arbeit entgegennimmt, könnte somit den anfechtbaren Vertrag genehmigen. Die Literaturmeinungen verweisen indes auf Entscheide, die stets ein *aktives Fordern* der Vertragsleistung in Kenntnis des Mangels enthalten.<sup>25</sup> Angesichts der klaren Einschränkung in Lehre und Rechtsprechung, dass eine konkludente Genehmigung *deutlich* zu erfolgen hat,<sup>26</sup> erscheint die blosse Fortsetzung der Entgegennahme der Arbeitsleistung als zu wenig deutliches Zeichen. Die Bezahlung des Lohnes erfolgt postnumerando und ist folglich geschuldet, denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt es ohnehin fast nie zu einer Rückabwicklung.<sup>27</sup> Auch wenn die Lohnzahlung eine konkludente Genehmigung darstellen würde, hätte der Arbeitgeber bis zur nächsten Lohnzahlung immerhin bis zu einem Monat Zeit. Er könnte überdies die Lohnzahlung zurückhalten, um dem Vorwurf der konkludenten Genehmigung zu entgehen.

---

<sup>21</sup> Vgl. BGE 114 II 131 ff., 136, E. 1b: „Dazu kommt, dass der Käufer im Gewährleistungsrecht mit der Prüfungs- und Rügepflicht und mit der kurzen Verjährung qualifizierte Erfordernisse zu beachten hat, die seiner Berufung auf Irrtum nicht entgegengehalten werden können. Das leuchtet auch der Sache nach ein. Der Käufer wird sich vernünftigerweise erst dann auf Irrtum berufen, wenn er den besondern Erfordernissen des Gewährleistungsrechts nicht genügt und seine Ansprüche aus dem Kaufrecht deswegen verloren hat (...).“ und BGE 114 II 131 ff., 138, E. 1c: „Dazu gehört auch, dass die als Begründung für die kurzen Fristen angeführten Verkehrsbedürfnisse in Wirklichkeit einseitig den Verkäufer begünstigen und die Interessen des Käufers ausser acht lassen (...). Schliesslich ist auch in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Verschiedenheit der Interessenslage und deren Ursachen nicht gegen, sondern für die wahlweise Zulassung der beiden Rechtsbehelfe sprechen.“

<sup>22</sup> Urteil BGer 4C.300/2006, E. 5.2 in fine und 5.3 hat diesem Gedanken bei einem ähnlichen Problem eine Abfuhr erteilt: „Vorliegend habe die Käuferin mit Sicherheit angenommen, das künftig zu liefernde "Z."-Glas werde keine Fleckenbildung aufweisen, was für die Käuferin erkennbare Vertragsvoraussetzung gewesen sei. 5.3. Wird eine bloss der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so muss der Käufer im Zeitpunkt des Vertragschlusses damit rechnen, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könnte. Demnach kann beim Gattungskauf die Mängelfreiheit der künftigen Lieferung keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden (...). Das Obergericht hat daher zutreffend angenommen, die mangelhafte Lieferung habe keinen Grundlagenirrtum begründen können.“

<sup>23</sup> Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 31 N 20, PELLEGRINI, 78, BK-SCHMIDLIN, OR 31 N 122.

<sup>24</sup> Vgl. PORTMANN, recht 2006, 153, KOLLER, ZBJV 2008, 328.

<sup>25</sup> Generell zu diesem Punkt BSK-SCHWENZER, OR 31 N 17, mit Verweis auf BGE 127 III 83 ff., 86 und CHK-KUT/SCHNYDER, OR 31 N 20, mit Verweisen auf BGE 129 III 18 ff., 23 und Urteil BGer 4C.296/2000, E. 3b.

<sup>26</sup> Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 31 N 20, mit weiteren Hinweisen; vgl. BGE 108 II 102 ff., 105: „Dies kann schon während der Jahresfrist angenommen werden, wenn der Anfechtungsberechtigte durch positive Handlungen oder durch eine ausdrückliche Willenserklärung deutlich zu verstehen gibt, dass er sich mit dem mangelhaften Vertrag abgefunden hat.“; vgl. BGE 109 II 319 ff., 327. Entdeckt hingegen der Arbeitgeber eine Täuschung, konfrontiert damit den Arbeitnehmer und rügt ihn vielleicht sogar, nimmt danach aber die Arbeitsleistung wie zuvor in Anspruch, kann darin durchaus eine Genehmigung liegen, vgl. dazu die Überlegungen im deutschen Recht bei KÄSSER, 129.

<sup>27</sup> Siehe unten, Titel IV.

## 2. Absichtliche Täuschung

- 13 Art. 28 OR verlangt eine täuschende Handlung, Täuschungsabsicht, Widerrechtlichkeit, einen Irrtum und die Kausalität des durch die Täuschung hervorgerufenen Irrtums für den Abschluss des Vertrages.<sup>28</sup> Das täuschende Verhalten kann in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder dem Verschweigen von Tatsachen bei entsprechender Aufklärungspflicht bestehen.<sup>29</sup> Bei der Täuschungsabsicht genügt auch *dolus eventualis*.<sup>30</sup> Die Widerrechtlichkeit liegt bei Notlügen auf verbotene Fragen nicht vor.<sup>31</sup> Der durch die Täuschung erregte Irrtum muss überdies nicht wesentlich sein.<sup>32</sup> Die Geltendmachung der absichtlichen Täuschung ist für den Arbeitgeber vorteilhafter, da er sich nicht der Gefahr eines Schadenersatzanspruchs aussetzt und aufgrund der Widerrechtlichkeit auch über einen deliktischen Anspruch gegen den Arbeitnehmer verfügt.<sup>33</sup>

## 3. Besonderheiten der Anfechtung

- 14 Die Anfechtung verlangt die Beachtung *dreier Besonderheiten*. Die Anfechtung sollte *erstens* deutlich erfolgen, damit sie der Arbeitnehmer nicht in guten Treuen als Kündigung, sondern nur als Anfechtung verstehen kann.<sup>34</sup> Während *zweitens* die fristlose Entlassung auch bei fehlender Rechtfertigung als ordentliche Kündigung erhalten bleibt, bleibt das Arbeitsverhältnis bei nicht wirksamer Anfechtung bestehen. Der Arbeitgeber sollte deshalb die Anfechtung stets mit einer vorsorglichen Kündigung verbinden.<sup>35</sup> Tut er dies nicht, sollte der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft dennoch anbieten und auf diese Weise den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzen, um sich den Lohnanspruch zu sichern für den Fall, dass die Anfechtung keinen Schutz findet.<sup>36</sup> Wichtig ist *drittens* auch, allfällige Forderungen rechtzeitig geltend zu machen. Bei einer Kündigung entstehen Forderungen, die nach Art. 127 f. OR verjährten.<sup>37</sup> Das Bereicherungsrecht kennt bedeutend kürzere Fristen (Art. 67 OR).

# IV. Folgen der Anfechtung

## 1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 15 Die Folge der Anfechtung ist *grundsätzlich* die einseitige Unverbindlichkeit, was zu einer

---

<sup>28</sup> Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 28 N 3.

<sup>29</sup> Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 28 N 4-6.

<sup>30</sup> Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 28 N 7, BSK-SCHWENZER, OR 28 N 11.

<sup>31</sup> Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 28 N 8, BSK-SCHWENZER, OR 28 N 12, PELLEGRINI, 126.

<sup>32</sup> Vgl. BSK-SCHWENZER, OR 28 N 13.

<sup>33</sup> Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 28 N 14 f.

<sup>34</sup> Vgl. KOLLER, ZBJV 2008, 327 f. und PORTMANN, recht 2006, 151.

<sup>35</sup> Vgl. PORTMANN, recht 2006, 153 f.: „*Anders verhält es sich nur, wenn die von einem Willensmangel betroffene Partei vorsorglich kündigt für den Fall, dass ihre Anfechtung vom Gericht nicht geschützt würde. Diese besondere Form einer bedingten Kündigung ist zulässig, doch wurde eine solche von der Arbeitgeberin offensichtlich nicht ausgesprochen.*“ Findet die Anfechtung keinen Schutz, indiziert dies möglicherweise auch die fehlende Rechtfertigung der fristlosen Entlassung. Es könnte deshalb zur Vermeidung der Strafzahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR besser sein, neben der Anfechtung vorsorglich nicht *fristlos*, sondern *ordentlich* zu kündigen.

<sup>36</sup> Vgl. PORTMANN, recht 2006, 152: „*Demgegenüber ist es für den Empfänger einer Anfechtungserklärung von grösster Wichtigkeit, dass er dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung weiterhin anbietet, wenn er die Anfechtung als unbegründet betrachtet. Erweist sich nämlich sein Standpunkt als zutreffend, so dauert der Arbeitsvertrag fort. Wegen des Grundsatzes: ohne Arbeit kein Lohn kann er sich aber den Lohnanspruch nur sichern, wenn er den Arbeitgeber mittels eines Arbeitsangebots in Annahmeverzug setzt. In diesem Fall greift die Bestimmung von Art. 324 OR ein, die den Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung gewährleistet.*“

<sup>37</sup> Vgl. PORTMANN, recht 2006, 152.

Rückabwicklung des Vertrages mittels Vindikation und Kondiktion führt.<sup>38</sup> Das Bundesgericht anerkennt eine Ausnahme für Dauerschuldverhältnisse. Bei diesen findet eine Rückabwicklung nur statt, wenn der Mangel auch das Synallagma betrifft.<sup>39</sup> Beim Arbeitsvertrag gelten besondere Regeln. Art. 320 Abs. 3 OR ordnet an, dass die Ungültigkeit lediglich *ex nunc* wirke, sofern der Arbeitnehmer gutgläubig Arbeit auf Grund eines Arbeitsvertrages geleistet hat. Dies setzt voraus, dass der Arbeitnehmer nicht nur die Stelle angetreten, sondern tatsächlich auch Arbeit geleistet hat, was nicht der Fall ist, wenn er gleich zu Beginn der Anstellung krank ist (strittig) oder Ferien macht.<sup>40</sup> Wer keine Arbeit geleistet hat, bedarf richtigerweise auch keiner Rückabwicklung.<sup>41</sup>

- 16 Das Bundesgericht definiert die Gutgläubigkeit in Art. 320 Abs. 3 OR in Abweichung von Art. 3 ZGB wie folgt: „*Auch unter Berücksichtigung solcher Fälle rechtfertigt es sich, Art. 320 Abs. 3 OR in dem Sinn zu interpretieren, dass die gesetzlich verlangte Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers nur dann zu verneinen ist, wenn dem Arbeitnehmer nicht nur die Kenntnis vom Mangel beim Zustandekommen des Vertrages, sondern das positive Wissen um die rechtliche Unverbindlichkeit des Vertrages als Rechtsfolge dieses Mangels nachgewiesen werden kann.*“<sup>42</sup> Diese Definition tut der Eignung der Anfechtung als Alternative zur fristlosen Entlassung zwar keinen Abbruch. Im Gegenteil setzt sie in vielen Fällen die Wirkung der Anfechtung derjenigen der Kündigung gleich. Der Fokus richtet sich nachfolgend dennoch auf die „zurechtgebogene“ Gutgläubigkeit.

## 2. Kritik

### a. Gutgläubigkeit und Rechtfertigung des Vertrauensschutzes

- 17 Im relevanten Entscheid hat der Arbeitnehmer bei der Bewerbung ein falsches, d.h. von ihm verfasstes und nicht von seiner Arbeitgeberin unterzeichnetes Arbeitszeugnis eingereicht. Bei normaler Sorgfalt konnte er unmöglich darauf bauen, dass der Vertrag Bestand haben würde, wenn sein Verhalten auffliegt.<sup>43</sup> Nach dem gängigen Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB wäre er

<sup>38</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_562/2010, E. 4.4.3: „*Wird ein Vertrag wegen Willensmängeln erfolgreich angefochten, ist er von Anfang an - ex tunc - ungültig. Bereits erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten. In Bezug auf Sachleistungen sind nach herkömmlicher Ansicht die Grundsätze der Vindikation, im Übrigen die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung anwendbar (...). Dies entspricht auch der heute herrschenden Lehre (...).*“

<sup>39</sup> Vgl. BGE 129 III 320 ff., 329 f.: „*Ein Vorbehalt zur reinen Auflösung des Vertrags ex nunc ist jedoch für den Fall anzubringen, dass der Willensmangel sich im Synallagma selbst auswirke, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war. Hier vermag die Anfechtung insoweit zurückzuwirken, als die gegenseitigen Leistungen in gerichtlicher Vertragsanpassung neu bewertet und bei gegebener Kausalität des Irrtums auf ihr Gleichgewicht nach dem Regelungsgedanken von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert werden (...).*“

<sup>40</sup> Vgl. zum Grundsatz Urteil BGer 4C.325/2005, E. 4.2.1; bezüglich der Krankheit vgl. PELLEGRINI, 83 f. und SCHULER, 137, die Art. 320 Abs. 3 OR nicht anwenden, ebenso PICKER, ZfA 1981, 59 f., mit Begründung anhand eines besonders stossenden Falles, den KÄSSER, 126 f. ebenfalls darlegt, vgl. auch die Überlegungen bei Fn. 50; a.M. ZK-STAEHELIN, OR 320 N 29: „*Die Anwendung der Sondervorschrift setzt ferner voraus, dass der Arbeitnehmer seine Stelle bereits angetreten hat oder nach den getroffenen Vereinbarungen hätte antreten sollen, aber wegen eines unverschuldeten Hindernisses, z.B. wegen Krankheit (Art. 324a), nicht angetreten hat.*“ und BK-REHBINDER/STÖCKLI, OR 320 N 47.

<sup>41</sup> Vgl. die Überlegungen bei der Kritik unten (Titel IV.2).

<sup>42</sup> Urteil BGer 4C.325/2005, E. 4.2.4.

<sup>43</sup> Vgl. HARTMANN, ZBJV 2007, 284 f., der in seiner Kritik darauf hinweist, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung meist nur noch Juristen bösgläubig sein können, weil nur diese die Ungültigkeitstheorie kennen; vgl. dazu Urteil BGer 4C.325/2005, E. 4.3: „*Hingegen sind dem angefochtenen Urteil keine Feststellungen zu entnehmen, welche auf die Kenntnis des Klägers in Bezug auf die Rechtsfolgen der ihm anzulastenden Täuschung schliessen liessen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Kläger bekannt gewesen sein könnte, dass der von beiden Parteien während Monaten erfüllte Arbeitsvertrag von Anfang an ungültig sein sollte. Da dem nicht rechtskundigen Kläger keine Kenntnis in Bezug auf die Rechtsfolge seiner Täuschung nachgewiesen werden kann, ist seine Gutgläubigkeit mit Bezug und mit Beschränkung auf seine Vorstellung, dass er seine*

folglich bösgläubig. Die Abweichung zum allgemeinen Begriff des guten Glaubens spricht deshalb *erstens* gegen die bundesgerichtliche Interpretation. PORTMANN und PELLEGRINI argumentieren, der Gesetzgeber habe in Art. 320 Abs. 3 OR keinen Bezug zu Art. 3 ZGB nehmen wollen.<sup>44</sup> Ausgerechnet die Botschaft zum Arbeitsrecht stellt aber explizit und passend einen Bezug zu Art. 3 ZGB her.<sup>45</sup> Art. 320 Abs. 3 OR gewährt einen Vertrauensschutz, der *zweitens* nur bei gutem Glauben eine Rechtfertigung findet und ganz sicher nicht zu Gunsten einer absichtlich täuschenden Person wirken darf. Dies zeigt sich besonders deutlich im oben dargestellten Urteil BGer 4C.325/2005, bei dem der arglistig täuschende Arbeitnehmer sogar in den Lohngenuss während der Freistellung kommt.<sup>46</sup> Bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsschwierigkeiten erklären dieses Ergebnis nicht, denn ohne geleistete Arbeit kann es keine Rückabwicklung geben – doch dazu nachfolgend mehr.<sup>47</sup> Die Vergleiche, die das Bundesgericht als Zeugen aufführt, sind *drittens* nicht einschlägig. Es erwähnt den Jugendlichen, der noch nicht arbeiten darf und den Ausländer ohne Arbeitsbewilligung. Richtigerweise macht die fehlende Arbeitsbewilligung den Arbeitsvertrag aber nicht nützlich.<sup>48</sup> Bei der Feststellung des Alters eines Jugendlichen gibt es auch eine Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers, was die Berufung auf die Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers in Art. 320 Abs. 3 OR ausschliesst.<sup>49</sup>

## b. Rückabwicklung

- 18 Weiter kommt die Rückabwicklung, die das Bundesgericht mit diesem Trick unbedingt vermeiden will, ohnehin nur eingeschränkt in Frage. Sie sollte *erstens* nur greifen, wenn eine überhaupt eine Leistung vorliegt, die der Rückabwicklung zugänglich ist. Die deutsche Rechtsprechung, die ebenfalls eine starke Tendenz zur Vermeidung der Rückabwicklung kennt, hat diesen unverdienten Schutz bei der Anfechtung auf den Zeitraum des *in Funktion stehenden Rechtsverhältnisses* begrenzt und lässt den Lohnanspruch folgerichtig während der Freistellung und sogar bei einem krankheitsbedingten *tatsächlichen Arbeitsende* entfallen.<sup>50</sup> Die bundesgerichtli-

---

*Arbeit gegen den vertraglich vereinbarten Lohn geleistet habe, zu unterstellen.“*

<sup>44</sup> Vgl. BSK-PORTMANN, OR 320 N 24, BK-REHBINDER/STÖCKLI, OR 320 N 47, PELLEGRINI, 161-166, der die Anwendung des Art. 320 Abs. 3 OR auf Anfechtungsfälle indes generell verneint (PELLEGRINI, 70 f. und dazu RUSCH, Rechtsscheinlehre, 375).

<sup>45</sup> BBI 1967 II 298: „Daher erscheint es gegeben, vorübergehend die gleichen Rechtsfolgen wie bei einem gültigen Vertrag eintreten zu lassen. Voraussetzung aber ist, dass der Arbeitnehmer gutgläubig in den Dienst des Arbeitgebers getreten ist und die Arbeit aufgenommen hat, d.h. dass er den Rechtsmangel des Vertrages nicht gekannt hat oder hätte kennen sollen. Dabei kann er sich auf die Vermutung des guten Glaubens gemäss Artikel 3 des Zivilgesetzbuches berufen. Ist die Voraussetzung der gutgläubigen Arbeitsleistung erfüllt, so haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, d. h. so wie sie sich auf Grund des Gesetzes, eines anwendbaren Normal- oder Gesamtarbeitsvertrages und allfälliger Vertragsabreden ergeben. Diese Rechtsfolge rechtfertigt sich aber nur so lange, als der Zustand der gutgläubigen Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers aufrechterhalten wird.“; gl. M. HARTMANN, ZBJV 2007, 286 f.

<sup>46</sup> Vgl. auch die Kritik bei HARTMANN, ZBJV 2007, 288, der auch auf den dadurch verursachten Widerspruch zur Haftung aus *culpa in contrahendo* verweist.

<sup>47</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 3. Dezember 1998 - 2 AZR 754/97 in NZA 1999, 584 ff., 585, E. 3a.aa: „Davon [d.h. von der Nichtrückwirkung] wird in der Rechtsprechung des BAG dann eine Ausnahme gemacht, wenn das Arbeitsverhältnis - aus welchen Gründen auch immer - zwischenzeitlich wieder ausser Funktion gesetzt worden ist; dann soll die Anfechtung auf den Zeitpunkt der Ausserfunktionssetzung des Arbeitsvertrages zurückwirken. Denn wenn insbesondere keine Rückabwicklungsschwierigkeiten auftreten, ist es nach dieser Rechtsprechung nicht gerechtfertigt, abweichend von § 142 Absatz I BGB der Anfechtungserklärung nur Wirkung für die Zukunft beizumessen (...).“

<sup>48</sup> Vgl. BSK-PORTMANN, OR 320 N 28, BGE 114 II 279 ff., 282 f.; vgl. RUSCH, Rechtsscheinlehre, 373.

<sup>49</sup> Vgl. BSK-PORTMANN, OR 320 N 24.

<sup>50</sup> Vgl. den Hinweis in Fn. 47 und BAG, Urteil vom 16. September 1982 - 2 AZR 228/80 in NJW 1984, 446 ff., 447, E. 3a: „Gleiches muss aber auch dann gelten, wenn - wie vorliegend - das Arbeitsverhältnis zwar zunächst aktualisiert worden ist, zu einem späteren Zeitpunkt, aus welchen Gründen auch immer, aber wieder ausser Funktion gesetzt wird und der Arbeitnehmer von da ab keine Arbeitsleistungen mehr erbringt. Eine Notwendig-

che Rechtsprechung im Klärschlammfall als Analogieschluss aus Art. 320 Abs. 3 OR sieht *zweitens* eine Rückabwicklung bei Dauerschuldverhältnissen nur dann vor, wenn der Mangel auch das Synallagma erfasst,<sup>51</sup> was aber gerade bei gefälschten Arbeitszeugnissen und Lügen im Bewerbungsverfahren gut möglich ist – vielleicht hat der Arbeitnehmer deswegen einen höheren Lohn oder unverdient eine Stelle mit besserer Qualifikation erhalten. In solchen Fällen muss eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung erfolgen, da der schummelnde Arbeitnehmer sonst Profit aus der Täuschung ziehen kann. Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines Arbeitsvertrages wäre *drittens* nicht derart schwierig. Ist das Synallagma betroffen, lässt sich häufig die Überbezahlung oder die fehlende Qualifikation als Betrag bemessen und einer Teilanfechtung ähnlich zurückfordern.<sup>52</sup> Ist das Synallagma nicht betroffen, fällt die Rückabwicklung nach der Klärschlamm-Rechtsprechung ohnehin ausser Betracht. Gerade dann wäre sie aber besonders einfach. Sie würde anhand der vertraglich vereinbarten Ansätze erfolgen, was *de facto* gerade keine Rückabwicklung bedeutet.<sup>53</sup> Auch keine Schwierigkeiten bereitet Art. 63 Abs. 1 OR. Da nur der Gegenseite die Anfechtung offen steht, spricht vieles dafür, den bei der Bewerbung schummelnden Arbeitnehmer, der später Arbeit leistet, nicht unter die Konditions sperre des Art. 63 Abs. 1 OR fallen zu lassen.<sup>54</sup> Es stehen sich sodann zwei Bereicherungsfordernisse gegenüber – die ungerechtfertigte Lohnzahlung und der Wert der ungerechtfertigten Arbeitsleistung. Die ungerechtfertigte Bereicherung besteht im Saldo der beiden Bereicherungsfordernisse, bei der Täuschung unter Anwendung der Zweikonditionentheorie<sup>55</sup> in den beiden

---

*keit, an der Ausnahme festzuhalten, also nur eine ex-nunc-Wirkung der Anfechtung anzunehmen, lässt sich dann dogmatisch ebenfalls nicht rechtfertigen. Auch bei einer solchen Sachverhaltsgestaltung wirkt die Anfechtung auf den Zeitpunkt zurück, zu dem das Arbeitsverhältnis „ausser Funktion gesetzt“ ist.“; diese Rechtsprechung ist auch richtig, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit keine Arbeit leistet, vgl. in diesem Sinne BAG, Urteil vom 3. Dezember 1998 - 2 AZR 754/97 in NZA 1999, 584 ff., 586: „Stellt man nunmehr entscheidend auf den Hauptgrund für die contra legem ergangene Rechtsprechung für eine ex-nunc-Wirkung der Anfechtung im Arbeitsverhältnis ab, nämlich die Schwierigkeit, wenn nicht Unmöglichkeit, die beiderseits erbrachten Leistungen nach Bereicherungsgrundsätzen rückzuwickeln, dann liegt dieser Grund - wie oben bereits ausgeführt - dann gerade nicht vor, wenn der Arbeitnehmer infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht gearbeitet hat, weil dann keine Arbeitsleistung erbracht ist, die nicht zurückgewährt werden kann. Zutreffend hat sich insoweit auch das LAG auf den Standpunkt gestellt, in diesem Falle bestünden keine Rückabwicklungsschwierigkeiten. cc) Auch der Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes trägt nicht. Wer den Abschluss des Arbeitsvertrages durch eine arglistige Täuschung erschlichen hat, kann nicht darauf vertrauen, dass das Arbeitsverhältnis auch für die Zeit, in der es nicht mehr praktiziert worden ist, bis zur Anfechtungserklärung des Arbeitgebers als rechtsbeständig behandelt wird. Würde man der Anfechtung auch in einem solchen Falle nur Wirkung für die Zukunft beilegen, so würde man dem Täuschenden damit zu einem unbilligen und durch nichts zu rechtfertigenden Vorteil verhelfen (...). Jedenfalls bei einer arglistigen Täuschung durch den Arbeitnehmer verfangen solche Gesichtspunkte, wie Arbeitnehmerschutz oder Billigkeit, nicht.“; vgl. ebenso MK-BUSCHE, BGB 142 N 18.*

<sup>51</sup> Vgl. oben, Fn. 39.

<sup>52</sup> Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung hätte dann die gleiche Wirkung wie eine Teilanfechtung des Lohnes mit Kündigung; so geschehen in BAG, Urteil vom 3. November 2004 - 5 AZR 592/03 in NZA 2005, 1409 ff., 1411, E. 2c; vgl. dazu spiegelbildlich Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 25. August 1988 in JAR 1990, 146 f. Das Gericht hat die Teilanfechtung des Hungerlohnes wegen Übervorteilung zugelassen, mit ähnlichen Motiven wie im Entscheid „FC Lohn“ (BGE 123 III 292 ff.); zur Teilanfechtung vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, OR 320 N 43 und REHBINDER, 96 ff.; vgl. zur Teilanfechtung auch BGE 107 II 419 ff., 423 ff.

<sup>53</sup> Vgl. HARTMANN, AJP 2003, 1478 und SCHÖNENBERGER, ZSR 1933, 41a; vgl. Obergericht Zug, Urteil vom 17. September 1981 in JAR 1983, 255 ff., 261 f.

<sup>54</sup> Vgl. dazu die Überlegungen im deutschen Recht bei MK-SCHWAB, BGB 814 N 13: „Stand das Anfechtungsrecht dem Empfänger der Leistung zu, so kann der Leistende ungeachtet des § 814 selbst dann das Geleistete herausverlangen, wenn er um den Anfechtungsgrund wusste. Denn solange das Anfechtungsrecht vom Empfänger nicht ausgeübt wurde, blieb der Leistende verpflichtet und verhält sich daher nicht widersprüchlich, wenn er nach erfolgter Anfechtung durch den Empfänger seinen Bereicherungsanspruch nunmehr geltend macht.“; vgl. ebenso BGH, Teilveräumnis- und Schlussurteil vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 208/07 in NJW 2008, 1878 ff., 1879, Rz. 17.

<sup>55</sup> Vgl. MK-SCHWAB, BGB 818 N 216.

separaten Forderungen. Ein Wegfall der Bereicherung kommt nicht in Frage – der Arbeitgeber bleibt um den Wert der Arbeit, der Arbeitnehmer aufgrund seiner Bösgläubigkeit um den Lohn bereichert (Art. 64 OR).<sup>56</sup>

#### c. Fazit

- 19 Im Sinne eines Fazits bleibt folgender Schluss: Die Rückabwicklung kommt auch bei richtig verstandener Gutgläubigkeit nicht allzu häufig in Frage. Ist eine Rückabwicklung notwendig, stellt deren Durchführung kein unüberwindbares Problem dar. Bleibt das Bundesgericht bei dieser Rechtsprechung, sollte es wenigstens den Anfang und das Ende der *tatsächlich geleisteten Arbeit* berücksichtigen, um die besonders stossenden Fälle des Lohngenusses während der Freistellung, dem krankheitsbedingten Arbeitsende oder während der *ab initio* bestehenden Krankheit zu verhindern.<sup>57</sup>

## V. Fazit

- 20 Das Bundesgericht gewährt für die fristlose Entlassung nur eine unzulänglich kurze Frist. Bei Arbeitsverträgen, die mit einem Willensmangel behaftet sind, drängt sich deshalb die Anfechtung als Alternative mit längerer Reaktionsfrist und weniger dramatischen Folgen auf. Die Unterschiede der fristlosen Kündigung zur Anfechtung sind minimal, weil das Bundesgericht Art. 320 Abs. 3 OR undifferenziert anwendet, doch wären auch hier Anpassungen angezeigt.

## Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARCUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSER).
- BEUTHIEN VOLKER, Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als bürgerlich-rechtliches Abwicklungsproblem, RdA 1969, 161 ff.
- BUSCHE JAN, Münchener Kommentar zu §§ 139-144 BGB, 6. A., München 2012 (zitiert: MK-BUSCHE).
- HARTMANN STEPHAN, Bemerkungen zu Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 21.2.2003 i.S. Stadt Zürich c. ABZ Recycling AG, BGE 129 III 320, Berufung, AJP 2003, 1475 ff.
- HARTMANN STEPHAN, Rückabwicklung und «faktisches Vertragsverhältnis» bei ungültigen Arbeitsverträgen, Bemerkungen zu BGE 132 III 242 ff., ZBJV 2007, 277 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. A., Basel 2011 (zitiert: BSK-VERFASSER).
- KÄSSER PETRA, Der fehlerhafte Arbeitsvertrag, Diss. München 1979 = Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 46, Berlin 1979.
- KOLLER THOMAS, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 2008, 318 ff.
- PICKER EDUARD, Die Anfechtung von Arbeitsverträgen, ZfA 1981, 1 ff.
- PELLEGRINI BRUNO, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln, Diss. Zürich 1983 = Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht (SSA), Heft 23.
- PORTMANN WOLFGANG, Die Anfechtung des öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrags wegen eines Willensmangels - Mit Ausführungen zur Tragweite der Unschuldsvermutung - (Besprechung von BGE 132 II 161, vollständiger Text im Urteil 2A.621/2005 vom 30. Januar 2006), recht 2006, 144 ff.
- REHBINDER MANFRED, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, in: Ekonomi Münir/Rehbinder Manfred (Hrsg.), Mängel des Arbeitsvertrages, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht (SSA), Heft 20, Bern 1983, 72 ff.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt, Art. 319-330b OR, Bern 2010 (zitiert: BK-REHBINDER/STÖCKLI).
- RUSCH ARNOLD F., Rechtsscheinlehre, Habil. Zürich 2010.
- SCHÖNENBERGER WILHELM, Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzes zum Dienstvertrag, ZSR 1933, 1a ff.
- SCHULER ALOIS, Rechtsfolgen des ungültigen Arbeitsvertrages, in: Ekonomi Münir/Rehbinder Manfred (Hrsg.), Mängel des Arbeitsvertrages, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht (SSA), Heft 20, Bern 1983, 130 ff.
- SCHWAB MARTIN, Münchener Kommentar zu §§ 812-822 BGB, 5. A., München 2009 (zitiert: MK-SCHWAB).
- STAHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. A., Zürich 2006 (zitiert: ZK-STAEHELIN).
- STRICK KERSTIN, Die Anfechtung von Arbeitsverträgen durch den Arbeitgeber, NZA 2000, 695 ff.

<sup>56</sup> Generell zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlerhafter Arbeitsverträge KÄSSER, 78 ff., 160 ff., PICKER, ZfA 1981, 56 ff., BEUTHIEN, RdA 1969, 164 ff.

<sup>57</sup> Vgl. die Angaben in Fn. 50.