



Sachstand

Mögliche Gründe für die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages
Nichtigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot

Mögliche Gründe für die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages

Nichtigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 025/23
Abschluss der Arbeit: 27.04.2023
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Arbeitsrecht als Teil des Privatrechts	4
3.	Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB	4
3.1.	Voraussetzungen der Norm	5
3.2.	Rechtsfolge bei Vorliegen eines Verstoßes	6
3.2.1.	Grundsatz der Gesamtnichtigkeit des Vertrages	6
3.2.2.	Rechtsfolge bei einseitigem Verstoß	7
3.2.3.	Rechtsfolge bei Unkenntnis der Strafbarkeit der Tätigkeit	7
3.2.4.	Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen Arbeitsschutznormen	7
3.3.	Konstruktion des faktischen Arbeitsverhältnisses	8
3.4.	Weisungen des Arbeitgebers mit gesetzeswidrigem Inhalt	9
4.	Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 BGB	10
5.	Weitere Gründe für die Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages	11
6.	Prüfungsstellen arbeitsrechtlicher Vorgaben	12
6.1.	Überprüfung von Arbeitsschutzvorschriften	12
6.2.	Überprüfung von privatrechtlichem Arbeitsrecht	14

1. Einleitung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit rechtlichen Gründen für die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages. Ein besonderes Augenmerk soll auf die Nichtigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gelegt werden. Als Verbotsgesetze werden primär arbeitsrechtliche sowie straf- und bußgeldrechtliche Normen in den Blick genommen. Zudem wird dargelegt, inwiefern bei einem Verstoß das Rechtsgeschäft tatsächlich nichtig ist. Im Anschluss daran werden überblicksartig weitere mögliche Gründe für die Nichtigkeit sowie Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften im Allgemeinen dargelegt. Abschließend wird aufgezeigt, welche Stellen die Einhaltung von Arbeitsschutznormen überwachen und welche die privatrechtlichen Regelungen des Arbeitsvertragsverhältnisses überprüfen.

2. Arbeitsrecht als Teil des Privatrechts

Das Arbeitsrecht ist Teil des Privatrechts. Es gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit, wonach es den Arbeitgebern und Arbeitnehmern frei steht, ob und mit wem sie über welchen Inhalt ein Arbeitsverhältnis eingehen.¹ Die Beteiligten genießen die Abschluss-, Auswahl- sowie Inhaltsfreiheit, welche verfassungsrechtlich verankert ist.² Demnach besteht insbesondere die grundsätzliche Freiheit zur inhaltlichen Gestaltung des Arbeitsvertrages.

Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, der den Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zu Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit und den Arbeitgeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, vgl. § 611a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts über Leistungsstörungen im gegenseitigen Vertrag (§§ 320 ff. BGB) sind anwendbar, jedoch durch arbeitsrechtliche Spezialnormen teilweise durchbrochen. Zum Schutze des wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmers werden dem Arbeitgeber diverse Pflichten aus Gesetzen sowie Tarifverträgen und kollektivrechtlichen Regelungen auferlegt, welche vertraglich nicht abgedungen werden können.³

3. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB

Ein bestehender Arbeitsvertrag kann nach § 134 BGB unwirksam sein. Demnach ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Vorschrift normiert, dass ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, zum Erhalt einer einheitlichen Werteordnung unwirksam ist, soweit dies nach Sinn und Zweck des konkret verletzten Verbotsgesetzes geboten ist.⁴

1 *Fischinger* in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, § 611a Rn. 380.

2 *Fischinger* in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, § 611a Rn. 426.

3 *Kiss-Nauenheim, Loskamp, Mußhoff, Viethen* in Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, S. 31.

4 *Wendtland* in BeckOK BGB, 65. Edition, 1.2.2023, § 134 Rn. 10.

3.1. Voraussetzungen der Norm

Die Voraussetzungen der Norm sind das Bestehen eines Rechtsgeschäfts sowie das Vorliegen eines Verbotsgesetzes.

Die Regelung umfasst Rechtsgeschäfte jeder Art, einzig Willenserklärungen, die lediglich auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet sind, unterfallen ihr nicht.⁵ Deshalb können auch Arbeitsverträge wegen eines Verstoßes gegen eine Verbotsnorm nichtig sein. Verbotsgesetze im Sinne der Norm sind grundsätzlich alle Rechtsnormen, vgl. Art. 2 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB). Eine Verbotsnorm muss weiterhin die Vornahme eines Rechtsgeschäfts wegen seines Inhalts oder des mit ihm bezweckten Erfolgs, zum Beispiel die Vertragserfüllung, untersagen.⁶ Dies muss durch Auslegung des Sinns und Zwecks der einzelnen Rechtsnormen entschieden werden.⁷

Strafgesetze sind klassischerweise nach ihrer Zweckbestimmung Verbotsgesetze im Sinne der Norm.⁸ Sie stellen bestimmte Handlungen von Personen unter Strafe und normieren ein allgemeines, in den Strafgesetzen liegendes Verbot, Straftaten zu begehen. Treffen Vertragspartner Vereinbarungen über die gemeinsame Begehung einer Straftat oder über die Teilnahme eines Vertragspartners an der Straftat des anderen Vertragspartners zum Nachteil der Allgemeinheit oder eines Dritten, liegt in aller Regel ein Verstoß gegen ein Strafgesetz und damit gegen ein Verbotsgesetz vor.⁹

Ebenso zählen zahlreiche arbeitsrechtliche Regelungen zu den Verbotsgesetzen, insbesondere normierte Beschäftigungsverbote sowie zwingende Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers wie beispielsweise Normen des Kündigungs-, Arbeitszeit- und Jugendschutz.¹⁰ Einzelne Gesetze regeln die Folgen von Verstößen selbst, sodass es der Anwendung von § 134 BGB nicht bedarf.¹¹ Zu diesen Sonderregeln zählen unter anderem Regelungen der Arbeitnehmervermittlung (§ 297 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)) bzw. -überlassung (§§ 9 f. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)) sowie der Teilzeitarbeit (§§ 11, 13, 16 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)). Verbotsgesetze können auch tarifvertragliche oder betriebsverfassungsrechtliche Normen sein.¹²

5 *Wendtland* in BeckOK BGB, 65. Edition, 1.2.2023, § 134 Rn. 3.

6 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 3. November 2004, 5 AZR 592/03, Rn. 12 (zitiert nach juris).

7 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 12. Januar 1970, VII ZR 48/68, Rn. 15 (zitiert nach juris).

8 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 26. Februar 2003, 5 AZR 690/01, Rn. 22 (zitiert nach juris).

9 *Arnold* in Erman BGB, 16. Auflage 2020, § 134 Rn. 67.

10 *Kreuder/Matthiessen* in Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, 5. Auflage 2022, § 611a Rn. 182.

11 *Arnold* in Erman BGB, 16. Auflage 2020, § 134 Rn. 27.

12 *Joussen* in BeckOK ArbR, 67. Edition, Stand: 1.3.2023, BGB § 611a Rn. 156.

3.2. Rechtsfolge bei Vorliegen eines Verstoßes

Bei Vorliegen eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge dies nach sich zieht. Nach § 134 BGB folgt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Es ist durch Auslegung nach Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift zu ermitteln, ob sich die Verbotsnorm gerade gegen die privatrechtliche Wirksamkeit und den wirtschaftlichen Erfolg des Rechtsgeschäfts richtet und folglich ein Verstoß gegen diese Norm tatsächlich zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen soll.¹³

3.2.1. Grundsatz der Gesamtnichtigkeit des Vertrages

Der Wortlaut des § 134 BGB zeigt, dass das Gesetz im Regelfall die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes vorsieht. Verträge, durch deren Abschluss alle am Vertrag Beteiligten ein gesetzliches Verbot verletzen, sind nach der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs im Allgemeinen nichtig. Zwar bewirken Normen, die Tätigkeiten unter Strafe stellen oder Ordnungswidrigkeiten mit Buße bedrohen, nicht zwangsläufig die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts.¹⁴ Insbesondere bei einem Verstoß gegen bloße Ordnungsvorschriften, wie gewerbe- oder gesundheitspolizeilicher Art, hat die Rechtsprechung die Nichtigkeit abgelehnt.¹⁵ Aber eine für die Allgemeinheit geltende Regelung, die mit Strafe oder Bußgeld bedroht ist, soll einen gewichtigen Hinweis darauf geben, dass nach der Rechtsordnung die Nichtigkeit des Vertrages gewollt sei.¹⁶ Dies lässt sich besonders dann begründen, wenn die Vereinbarung ausschließlich oder im Wesentlichen ein fortgesetztes und strafbares Handeln zum Gegenstand hat, sodass sie keinen Rechtsschutz genießen kann.¹⁷ Strafrechtliche Verbote richten sich regelmäßig an beide Vertragsparteien und können effektiv nur durch Vernichtung der beiderseitigen Erfüllungsansprüche durchgesetzt werden.¹⁸

Besonderheiten ergeben sich etwa mit Blick auf die Rechtsprechung zur Schwarzgeldabrede¹⁹. Sie zeigt, dass nicht jeder Verstoß gegen eine Strafnorm die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages als solches nach sich zieht. Eine Vereinbarung, die Arbeitsvergütung ohne Berücksichtigung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträge auszuzahlen, führt regelmäßig nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, sondern lediglich zur Nichtigkeit dieser Abrede. In Erfüllung dieser Schwarzgeldabrede werden die Straftatbestände des §§ 266a Abs. 1, 263 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) verwirklicht. Diese Verbotsnormen verbieten gerade nicht die Arbeitsleistung an sich, sondern allein die Hinterziehung der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge, sodass es dem Interesse der Solidargemeinschaft und des Fiskus dadurch genügt, dass die Abrede nichtig ist. Es würde

13 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 30. April 1992, III ZR 151/91, Rn. 14 (zitiert nach juris).

14 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 30. April 1992, III ZR 151/91, Rn. 14 (zitiert nach juris).

15 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 12. Januar 1970, VII ZR 48/68, Rn. 17 (zitiert nach juris).

16 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 30. April 1992, III ZR 151/91, Rn. 15 (zitiert nach juris).

17 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 12. Januar 1970, VII ZR 48/68, Rn. 18 (zitiert nach juris).

18 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 3. November 2004, 5 AZR 592/03, Rn. 14 (zitiert nach juris).

19 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 26. Februar 2003, 5 AZR 690/01.

obendrein dem Schutzzweck entgegenlaufen, wenn der Arbeitsvertrag vollständig nichtig wäre, da dadurch die Beiträge und Steuern gar nicht erst anfallen würden.

3.2.2. Rechtsfolge bei einseitigem Verstoß

Ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, welches nur einen Vertragspartner betrifft, führt grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit. Die Nichtigkeit wird in diesen Fällen ausnahmsweise dann angenommen, wenn es mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die vertragliche Vereinbarung bestehen zu lassen.²⁰ Ansonsten würde die unerlaubte und von der Rechtsordnung missbilligte Tätigkeit vertraglich geschützt werden. Bei Arbeitsverträgen allerdings mündet eine billige Interessensabwägung und die Erfordernisse von Treu und Glauben zum Schutze des wirtschaftlichen schwächeren Arbeitnehmers regelmäßig nicht in der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses, sodass der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch behält.²¹

3.2.3. Rechtsfolge bei Unkenntnis der Strafbarkeit der Tätigkeit

Weiterhin müssen die Sachverhaltsvarianten unterschieden werden, in denen sich der Arbeitnehmer der Strafbarkeit seiner Tätigkeit bewusst und in welchen er sich dieser nicht bewusst ist. Es kann zu unbilligen Ergebnissen führen, wenn das Rechtsgeschäft wegen Unzulässigkeit und Strafbarkeit der vereinbarten Arbeitstätigkeit nichtig ist und der Arbeitnehmer folglich keinen Vergütungsanspruch hat, obwohl er seine Arbeitstätigkeit im guten Glauben gewissenhaft verrichtet hat.²² Der Arbeitnehmer ist dagegen offenkundig nicht schutzwürdig, wenn ihm die Strafbarkeit der Tätigkeit bekannt gewesen sein sollte.

3.2.4. Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen Arbeitsschutznormen

Verstoßen die Regelungen im Arbeitsvertrag gegen die gesetzlichen Arbeitsschutzvorschriften, ist die Nichtigkeit des Vertrages die Ausnahme.²³ Ist lediglich ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist gemäß § 139 BGB das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Von dieser Vermutungsregel wird beim Arbeitsverhältnis zum Schutze des Arbeitnehmers weitgehend abgewichen.²⁴ Verstößt der Arbeitsvertrag nur in einzelnen Teilen gegen Verbotsgesetze, tritt dann keine Gesamtnichtigkeit gemäß § 139 BGB ein, wenn dadurch der bestehende Arbeitnehmerschutz beseitigt werden würde.

20 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 22. März 1990, IX ZR 117/88, Rn. 36 (zitiert nach juris) - in dem Urteil geht es darum, dass der Notar gegen ein gegen ihn gerichtetes Verbotsgesetz verstößt, in dem er nach Abschluss eines Maklervertrages den von ihm vermittelten Veräußerungsvertrag über Grundstücke beurkundet hat.

21 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 12. Januar 1970, VII ZR 48/68, Rn. 22 (zitiert nach juris).

22 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 12. Januar 1970, VII ZR 48/68, Rn. 23 (zitiert nach juris).

23 *Joussen* in BeckOK ArbR, 67. Edition, Stand: 1.3.2023, BGB, § 611a Rn. 157.

24 *Rudnik* in Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 375.

Die unzulässigen Regelungen werden in diesen Fällen durch die gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen ersetzt.²⁵ Eine Gesamtnichtigkeit wird vor allem bei einem Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Schutzregelungen angenommen, die die Wirksamkeit des gesamten Vertrages tangieren, wie beispielsweise bei einem Verstoß gegen das Beschäftigungsverbot des Mutterschutzgesetzes (§ 4 Abs. 1 MuSchG)²⁶ oder des Jugendarbeitsschutzgesetzes (§ 7 Abs. 1 JArbSchG).

Die Nichtigkeit einer Regelung kann sich außerdem aus einem Umgehungsgeschäft ergeben, das auf die Umgehung einer zwingenden Verbotsnorm zielt. Daher ist beispielsweise eine Vereinbarung im Arbeitsvertrag, die bei arbeitszeitabhängiger Vergütung den Arbeitsgeber berechtigt, die Arbeitszeit nach Bedarf zu reduzieren, eine unzulässige Umgehung des Kündigungsschutzes aus dem Kündigungsschutzgesetz, die nach § 134 BGB zur Kündigung führen kann.²⁷

3.3. Konstruktion des faktischen Arbeitsverhältnisses

Bei Nichtigkeit eines Arbeitsverhältnisses wird die juristische Konstruktion des sogenannten faktischen Arbeitsverhältnisses herangezogen. Dauerschuldverhältnissen wird damit die rechtliche Anerkennung für die Vergangenheit regelmäßig nicht versagt, da das Schuldverhältnis in tatsächlicher Hinsicht bestanden hat und im Zuge dessen regelmäßig Leistungen ausgetauscht wurden.²⁸

„Faktisches Arbeitsverhältnis“ meint die Erbringung von Arbeitsleistung, obwohl keine wirksame Vertragsgrundlage besteht. Die Nichtigkeit von Arbeitsverhältnissen wirkt sich in der Regel nicht auf die Vergangenheit aus, sodass es wie ein fehlerfrei zustande gekommenes Arbeitsverhältnis behandelt wird. Ausnahmsweise, wenn ein besonders schwerer Mangel vorliegt, wird die Nichtigkeit vollumfänglich beachtet und das Vertragsverhältnis nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt.²⁹

Das wird etwa angenommen, wenn die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auf einem vorsätzlichen Verstoß gegen Strafgesetze und somit auf einem Verbot des Bestehens eines solchen Arbeitsverhältnisses beruht.³⁰ Ist die Arbeitsleistung bereits nach ihrer Art rechts- und gesetzeswidrig, dürfen die Vertragsparteien nicht auf die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages vertrauen, sodass sie nicht schutzwürdig sind. Andernfalls würden sie für ihre von der allgemeinen Strafrechtsordnung verbotene und mit Strafe bedrohte Tätigkeit vor den staatlichen Gerichten zivilrechtlichen Schutz finden.³¹ In diesem Fall schlägt die durch das Verbotsgesetz beabsichtigte Spezial- und

25 Jousen in BeckOK ArbR, 67. Edition, Stand: 1.3.2023, BGB § 611a Rn. 157.

26 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 27. November 1956, 1 AZR 540/55.

27 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 12. Dezember 1984, 7 AZR 509/83.

28 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 12. Januar 1970, VII ZR 48/68, Rn. 20 (zitiert nach juris).

29 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 3. November 2004, 5 AZR 592/03, Rn. 17 (zitiert nach juris).

30 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 25. April 1963, 5 AZR 398/62, Rn. 34 (zitiert nach juris).

31 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 25. April 1963, 5 AZR 398/62, Rn. 34 (zitiert nach juris).

Generalprävention auf die Wirksamkeit der vertraglichen Ansprüche für die Vergangenheit durch.³² Die Konstruktion des faktischen Arbeitsverhältnisses wird für diese Sachverhalte nicht angewendet. Der Arbeitnehmer hat folglich bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nach § 134 BGB auch keinen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung für die verrichtete, illegale Tätigkeit.³³ Ein Vergütungsanspruch kann außerdem nicht aus anderen Anspruchsgrundlagen wie der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der unberechtigten Bereicherung begründet werden.³⁴

Wird ein faktisches Arbeitsverhältnis angenommen, entfaltet es für die Zukunft keine Bindungswirkung. Das Arbeitsverhältnis kann sofort durch einseitige Erklärung beendet werden, ohne dass es einer Kündigung oder einem anderen Gestaltungsrecht bedarf.³⁵

3.4. Weisungen des Arbeitgebers mit gesetzeswidrigem Inhalt

Neben der Konstellation, dass die im Arbeitsvertrag vereinbarte Tätigkeit gegen gesetzliche Regelungen verstößt, ist es ebenso denkbar, dass der Arbeitgeber von seiner Weisungsbefugnis Gebrauch macht, wobei die Weisung an den Arbeitnehmer einen gesetzeswidrigen Inhalt hat.

Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer zur Leistung weisungsgebundener und fremdbestimmter Arbeit verpflichtet. Der Arbeitgeber darf sein Weisungsrecht hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit nach billigem Ermessen ausüben, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht bereits durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag festgelegt sind, §§ 611a BGB, 106 Satz 1 Gewerbeordnung (GewO). Die jeweilige Weisung darf nicht in den Bereich der privaten Lebensführung eingreifen, sondern muss einen betriebsbezogenen Charakter aufweisen.³⁶ Das Direktionsrecht wird mithin auch durch gesetzliche Verbote begrenzt, bei deren Verstoß die Weisung nach § 134 BGB nichtig sein kann.³⁷

Bei der Frage, wann ein Verbotsgesetz vorliegt und wann seine Verletzung zur Nichtigkeit der Weisung führt, kann auf die Ausführungen zum gesetzeswidrigen Vertragsinhalt verwiesen werden. Auch im Rahmen von unzulässigen Weisungen muss durch Auslegung ermittelt werden, ob ein Verstoß tatsächlich zur Nichtigkeit der Weisung führen soll. Relevant sind in erster Linie solche Weisungen, die strafrechtliche Vorschriften sowie Arbeitnehmerschutzbestimmungen verletzen.³⁸

32 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 3. November 2004, 5 AZR 592/03, Rn. 18 (zitiert nach juris).

33 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 25. April 1963, 5 AZR 398/62, Rn. 36 (zitiert nach juris).

34 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 30. April 1992, III ZR 151/91, Rn. 26 (zitiert nach juris).

35 *Spinner* in Münchner Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023, § 611a Rn. 556.

36 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 23. August 2012, 8 AZR 804/11, Rn. 24 (zitiert nach juris).

37 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 15. September 2009, 9 AZR 757/08, Rn. 35 (zitiert nach juris).

38 *Eufinger*, Weisungen des Arbeitgebers mit gesetzeswidrigem Inhalt, RdA 2018, 224, 225.

Eine Weisung ist ebenfalls unwirksam, wenn diese zwar nicht gezielt einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorschreibt, aber sie solche Handlungen zum Gegenstand hat, die zwangsläufig zur Verletzung der Rechtsordnung führen. Ein solches Vorgehen kann als Umgehungsweisung bezeichnet werden.³⁹

Liegt ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vor, ist im Zweifel eine Gesamtnichtigkeit der Weisung anzunehmen, sodass der Arbeitnehmer einer derartigen Weisung nicht Folge zu leisten hat. Ihm steht insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht zu, dessen Geltendmachung insbesondere keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellt.⁴⁰ Der Arbeitnehmer darf wegen des Direktionsrechts seines Arbeitgebers nicht zu einem gesetzwidrigen Verhalten gezwungen werden, besonders da er dadurch einer zivil- und strafrechtlichen Haftung ausgesetzt wäre, welcher der Arbeitnehmer sich nicht entziehen kann, indem er sich auf die Weisung des Arbeitgebers beruft.⁴¹

4. Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 BGB

Ein Arbeitsverhältnis kann weiterhin nach § 138 BGB nichtig sein. Demnach ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Ein sittenwidriges Rechtsgeschäft kann nicht geheilt werden, sodass die Nichtigkeit die zwingende Rechtsfolge ist.⁴²

Rechtsgeschäfte können bereits nach ihrem objektiven Inhalt wegen des bezweckten Erfolgs sittenwidrig sein.⁴³ Arbeitsverträge, die bewusst von beiden Vertragsparteien auf die Verrichtung einer strafbaren Tätigkeit gerichtet sind, sind nicht nur nach § 134 BGB, sondern können gleichzeitig aufgrund eines Verstoßes gegen die guten Sitten auch nach § 138 BGB nichtig sein.⁴⁴ Verstößt ein Rechtsgeschäft sowohl gegen ein Verbotsgesetz als auch gegen die guten Sitten, so ist es grundsätzlich nach § 134 BGB zu behandeln. Liegt kein Verstoß gegen § 134 BGB vor, kann das Rechtsverhältnis trotzdem nach § 138 BGB nichtig sein, wenn weitere, über den Verstoß gegen die Verbotsnorm hinausgehende Tatsachen vorliegen, die die Sittenwidrigkeit begründen.⁴⁵

39 Eufinger, Weisungen des Arbeitgebers mit gesetzwidrigem Inhalt, RdA 2018, 224, 226.

40 Eufinger, Weisungen des Arbeitgebers mit gesetzwidrigem Inhalt, RdA 2018, 224, 225.

41 Eufinger, Weisungen des Arbeitgebers mit gesetzwidrigem Inhalt, RdA 2018, 224, 227.

42 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 14. Dezember 1999, X ZR 34/98, Rn. 16 (zitiert nach juris).

43 Fuchs in Weber, Rechtswörterbuch, 29. Edition 2022, Sittenwidrigkeit.

44 Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 12. Januar 1970, VII ZR 48/68, Rn. 25 (zitiert nach juris).

45 Armbrüster in Münchner Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2021, § 134 Rn. 8.

5. Weitere Gründe für die Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages

Ein Arbeitsvertrag kann von den Beteiligten im Zuge der Vertragsfreiheit frei geschlossen werden. Seine Wirksamkeit entscheidet sich nach den gesetzlichen Vorgaben. Auf den Arbeitsvertrag sind grundsätzlich sämtliche Bestimmungen des bürgerlichen Rechts anzuwenden, soweit keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten gelten.⁴⁶

Zu ihnen gehören Bestimmungen, die zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts führen und die der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs für alle Rechtsgeschäfte normiert.⁴⁷ Zu ihnen zählen im Wesentlichen folgende Regelungen: Ein Rechtsgeschäft kann aufgrund fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit nach §§ 104 ff. BGB oder aufgrund fehlender Vertretungsmacht gemäß § 177 BGB rechtsfehlerhaft sein. Zu den Nichtigkeitsgründen gehören weiterhin der geheime Vorbehalt bei Kenntnis des Vertragspartners, das Scheingeschäft und die Scherzerklärung (§§ 116 - 118 BGB) sowie ein Verstoß gegen eine konstitutive Formvorschrift (§ 125 S. 1 BGB). Ein Arbeitsvertrag kann zudem bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes gemäß §§ 119 ff. BGB angefochten werden, sodass es als von Anfang an nichtig anzusehen ist, vgl. § 142 Abs. 1 BGB. Bei bereits in Vollzug gesetzten Arbeitsverträgen wirkt die Anfechtung wegen der Schwierigkeit der Rückabwicklung grundsätzlich nicht für die Vergangenheit.⁴⁸

Für die Form eines Arbeitsvertrages gilt, dass ein Arbeitsvertrag grundsätzlich formfrei geschlossen werden kann. Es liegt in der Entscheidungsfreiheit der Parteien, welche Form gewählt wird.⁴⁹ An diesem Grundsatz ändert auch das Nachweisgesetz nichts, welches den Arbeitgeber verpflichtet, wenn dem Arbeitnehmer kein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt worden ist, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, dies zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer zu übergeben, vgl. § 2 Nachweisgesetz (NachwG). Die Missachtung dieser Pflicht hat keine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages, sondern gibt dem Arbeitnehmer lediglich einen Anspruch auf Einhaltung der Pflicht.⁵⁰ Für die Wirksamkeit einer Befristung des Arbeitsverhältnisses bedarf es allerdings gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform. Bei ihrer Nichtbeachtung gilt der Arbeitsvertrag nach § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Im Arbeitsvertragsrecht muss daneben § 118 BGB beachtet werden. Ein Arbeitsvertrag ist insbesondere dann nichtig, wenn es ein Scheingeschäft ist, bei dem die Parteien eine Vereinbarung nur zum Schein treffen, um gesetzliche oder tarifvertragliche Bestimmungen zu umgehen.⁵¹ Das

46 *Schöne* in Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2023, BGB, § 611a Rn. 139.

47 *Fischinger* in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, § 611a Rn. 639.

48 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 29. August 1984, 7 AZR 34/83, Rn. 26 (zitiert nach juris).

49 *Fischinger* in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, § 611a Rn. 386.

50 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 21. August 1997, 5 AZR 713/96, Rn. 16 (zitiert nach juris).

51 *Fischinger* in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, § 611a BGB Rn. 385.

wurde beispielsweise bei einem schriftlichen Arbeitsvertrag angenommen, in dem eine höhere Arbeitszeit zum Schein angegeben wurde, um eine übertarifliche Vergütung zu verschleiern.⁵²

Zudem normieren Spezialgesetze sowohl Abschluss- als auch Beschäftigungsverbote für Arbeitsverträge. Abschlussverbote richten sich primär gegen die Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen, vgl. §§ 22 ff. JArbSchG. Beschäftigungsverbote richten sich gegen die tatsächliche Tätigkeitsaufnahme. Zu ihnen zählen unter anderem das Fehlen einer Arbeitserlaubnis sowie die Überschreitung der täglichen Arbeitszeit nach § 3 Arbeitszeitgesetz (ArbZG).⁵³

6. Prüfungsstellen arbeitsrechtlicher Vorgaben

Ob die arbeitsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden, wird von verschiedenen Stellen überprüft. Dabei muss zwischen öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen und privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer unterschieden werden.

6.1. Überprüfung von Arbeitsschutzvorschriften

Der Arbeitsschutz unterliegt in Deutschland einem dualen System der Aufsicht durch die zuständigen Aufsichtsbehörden der Bundesländer und durch die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung.⁵⁴ Zum Arbeitsschutzrecht gehören solche Regelungen, deren Einhaltung der behördlichen Aufsicht unterliegt.⁵⁵ Die Einhaltung des Arbeitsschutzes durch den Arbeitgeber bedarf keiner Initiative des Arbeitnehmers. Sie unterliegt der behördlichen Überwachung, verwaltungsrechtlichem Zwang und straf- sowie bußgeldrechtlichen Sanktionen.⁵⁶

Die Länder haben den gesetzlichen Auftrag, das Arbeitsschutzrecht als eigene Angelegenheit nach Art. 83, 84 GG durchzuführen. In diesem Rahmen überwachen sie die Einhaltung der staatlichen Arbeitsschutzvorschriften, beraten die Arbeitgeber bei der Erfüllung dieser Pflichten und setzen ihre Beachtung durch.⁵⁷ Wie die Länder konkret die Überwachung des Arbeitsschutzes durchführen, liegt grundsätzlich in dem Ermessen der Behörde. Maßgebliche Kriterien sind vor allem der Grad der Gefährdung sowie die Größe des Betriebs. Ihr Ermessen wird reduziert, wenn ernstzunehmende Hinweise an die Behörde herangetragen werden, die für eine ernsthafte Gefährdung des Betriebs für die Beschäftigten sprechen.⁵⁸

52 Bundesarbeitsgericht, (BAG), Urteil vom 28. September 1982, 3 AZR 188/80.

53 *Kreuder/Matthiessen-Kreuder* in Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, BGB § 611a Rn. 169.

54 *Kohte* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 5. Auflage 2021, § 174 Rn. 83.

55 *Schöne* in Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2023, BGB, § 611a Rn. 153.

56 *Viethen* in Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, S. 6.

57 *Bücker* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 5. Auflage 2021, § 172 Rn. 30.

58 *Kohte* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 5. Auflage 2021, § 174 Rn. 86.

Das Arbeitsschutzkontrollgesetz regelt die Überwachung der Einhaltung der Schutzvorschriften. In § 21 Abs. 1 Satz 3 ArbSchG wird eine proaktive und risikoorientierte Überwachung verlangt.⁵⁹ Zur Durchsetzung des Arbeitsschutzes sind die Behörden befugt, Anordnungen im Einzelfall zu erlassen. Ermächtigungsnormen finden sich in den einzelnen arbeitsschutzrechtlichen Regelungen, wie beispielsweise in § 17 Abs. 2 ArbZG und § 29 MuSchG. Liegt keine solche Regelung vor, kann auf die Generalbefugnis aus § 22 Abs. 3 Satz 1 ArbSchG zurückgegriffen werden.

Stellen schuldhaft Verstöße gegen Arbeitsschutzvorschriften eine Ordnungswidrigkeit dar, kann die zuständige Behörde nach billigem Ermessen Bußgeldverfahren durchführen. Bei strafrechtlich relevantem Verhalten kann die Arbeitsschutzbehörde ein Ermittlungsverfahren bei der Staatsanwaltschaft in Gang setzen, wobei sie in diesem lediglich als Zeugin oder Sachverständige gegebenenfalls zu beteiligen ist.⁶⁰

Neben den Ländern wirken die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung ebenfalls an der Gestaltung und Überwachung des Arbeitsschutzes in Form von Unfallverhütungsmaßnahmen mit.⁶¹ Die Aufgabe der Unfallversicherung ist nach § 1 Nr. 1 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VII) mit allen geeigneten Mitteln Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sowie arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren zu verhüten. Zur Erfüllung ihrer Aufgabe sind die Träger berechtigt, Unfallverhütungsvorschriften gemäß § 15 SGB VII zu erlassen und die Befolgung dieser Regelungen zu überwachen sowie Arbeitgeber und versicherte Arbeitnehmer dahingehend zu beraten. Im Rahmen ihrer übertragenen Kompetenz können sie Maßnahmen anordnen, welche der Arbeitgeber oder der versicherte Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Pflichten aufgrund der Unfallverhütungsvorschriften oder zur Abwendung besonderer Unfall- und Gesundheitsgefahren zu treffen hat; bei Gefahr in Verzug können die Träger selbst sofort vollziehbare Anordnungen treffen, vgl. § 19 Abs. 1 SGB VII.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die konkreten Ermächtigungsgrundlagen für die Überwachung, Beratung und den Vollzug des Arbeitsschutzes in den einzelnen Gesetzen geregelt und nicht einheitlich ausgestaltet sind.⁶² Zur Verschaffung eines Überblicks sind unter anderem §§ 21 - 23 ArbSchG, § 19 SGB VII sowie § 17 ArbZG, § 29 MuSchG, § 51 JArbSchG in Verbindung mit Landesrecht zu nennen.

Für die Kontrolle und Einhaltung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) sowie des Mindestlohngesetzes (MiLoG) sind die Zollbehörden zuständig, vgl. § 2 Abs. 1 SchwarzArbG und § 14 MiLoG. Konkret ist die Überwachungsbefugnis bei Verdacht der Schwarzarbeit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) zugewiesen worden.⁶³ Den zuständigen Zollbehörden ste-

59 Kohte in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 5. Auflage 2021, § 174 Rn. 86a.

60 Kohte in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 5. Auflage 2021, § 174 Rn. 98.

61 Bückler in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 5. Auflage 2021, § 172 Rn. 31.

62 Kohte in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 5. Auflage 2021, § 174 Rn. 83.

63 Mini-Jobs, Aushilfen, Teilzeit, 45. Auflage 2023, Schwarzarbeit, Rn. 899.

hen weitgehende Prüfungs- und Ermittlungsbefugnisse zu, die in den genannten Gesetzen explizit normiert sind. Vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen die normierten Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers können eine straf- oder ordnungsrechtliche Verfolgung nach sich ziehen.⁶⁴

6.2. Überprüfung von privatrechtlichem Arbeitsrecht

Das privatrechtliche Arbeitsrecht kann nur auf Initiative einer Vertragspartei hin überprüft werden. Es ist dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber selbst überlassen, die ihnen durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag zustehende Rechte gerichtlich geltend zu machen. Zuständig sind die Arbeitsgerichte, vgl. § 2 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG). Die Arbeitsgerichtsbarkeit entscheidet über Rechtsstreitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen und aus Tarifverträgen sowie aus der Betriebsvereinbarungen.⁶⁵ Sollen somit Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertragsverhältnis des einzelnen Arbeitnehmers mit einem Arbeitgeber oder umgekehrt überprüft werden, bedarf es einer arbeitsgerichtlichen Entscheidung. Dritte, die keine Partei des Arbeitsvertrages sind, sind in diesem Verfahren nicht parteifähig.

* * *

64 *Kiss-Nauenheim/Loskamp/Mußhoff/Viethen* in Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, S. 110; Mini-Jobs, Aushilfen, Teilzeit, 45. Auflage 2023, Schwarzarbeit, Rn. 899.

65 *Viethen* in Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, S. 6.