

§ 7 Mängel beim Abschluss eines Arbeitsverhältnisses

Weiterführende Literatur: Brox/Rüthers, Arbeitsrecht, Kapitel 3; Marschall, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2. Aufl., 1994; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35.

1. Allgemein

Für Arbeitsverträge gelten die gleichen **Nichtigkeitsgründe** wie für sonstige Rechtsgeschäfte. In Betracht kommen im Arbeitsrecht insbesondere die Geschäftsunfähigkeit (§ 105 BGB), die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 107 BGB), der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), die Sittenwidrigkeit und der Wucher (§ 138 BGB), die mangelnde Vertretungsmacht (§ 177 BGB), sowie ein Formmangel (§§ 125 ff BGB). Auch können Arbeitsverträge wie jedes andere Rechtsgeschäft wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung oder Drohung **angefochten** werden (§§ 142 f i.V.m. 119 f oder 123 BGB) oder die Erbringung der Leistung von Anfang an **unmöglich** sein (§ 275 BGB).

1.1. Die Rechtsfolgen eines fehlerhaften Arbeitsvertrages

Bei den Rechtsfolgen ist sowohl bei Nichtigkeit als auch bei der Anfechtung zu unterscheiden zwischen bereits in Vollzug gesetzten und den noch nicht angetretenen Arbeitsverhältnissen:

- **Vor Vollziehung** des Arbeitsvertrages gelten die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts: der nichtige Arbeitsvertrag ist von Anfang an nichtig, d.h. der berechtigterweise angefochtene Arbeitsvertrag wird rückwirkend vernichtet (**ex tunc** Wirkung).
- **Nach Aufnahme der Arbeit** entsteht nach überwiegender Meinung ein sog. **faktisches Arbeitsverhältnis**, das grds. nicht mehr rückwirkend beseitigt werden kann. Vom nichtigen Arbeitsvertrag kann sich jede Partei für die Zukunft durch einseitige Erklärung lösen. Ist der Arbeitsvertrag lediglich anfechtbar, wirkt die Anfechtung lediglich für die Zukunft (**ex nunc**).

Werden nur einzelne Vertragsbedingungen angefochten oder sind nur bestimmte Klauseln des Arbeitsvertrages nichtig, strahlt im Arbeitsrecht die Teilnichtigkeitsregel des § 139 BGB i.d.R. nicht auf den ganzen Vertrag aus. Vielmehr bleibt der Arbeitsvertrag generell wirksam und nur der nichtige oder anfechtbare Teil wird im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ersetzt. Anstelle der gesetzwidrigen Klausel (wie z.B. Hungerlohn/Wucher) tritt die gesetzliche Regelung (im vorgenannten Beispiel: § 612 Abs. 2 BGB), bei tarifwidrigen Klauseln werden diese durch die entsprechenden Regelungen des Tarifvertrages ersetzt.

Nachfolgend sollen einzelne Arten von fehlerhaften Vertragsverhältnissen noch einmal ausführlicher erörtert werden:

2. Das faktische Arbeitsverhältnis

Fall: Die Neueinstellung

Als der Alleingeschäftsführer A der G-GmbH von einem längeren Kuraufenthalt zurückkommt, stellt er fest, dass Mitarbeiter M, dem während der Abwesenheit des A die Geschäftsleitung übertragen war, die Sekretärin S eingestellt hat, obwohl M für Personalangelegenheiten keine Vollmacht besaß. S erhielt einen von M unterzeichneten Arbeitsvertrag und hat die Arbeit bereits aufgenommen.

Wie ist die Rechtslage, wenn A mit der Einstellung der S nicht einverstanden ist?

- (1) Ist zwischen der GmbH und S ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen? Nach der herrschenden Vertragstheorie entsteht ein Arbeitsverhältnis durch Arbeitsvertrag. Zwar ist ein Arbeitsvertrag geschlossen worden, bei dem die GmbH durch M vertreten wurde. Jedoch hatte M keine Vertretungsmacht. Schließt ein Vertreter ohne (oder ohne ausreichende) Vertretungsmacht im Namen und zulasten eines anderen ein Rechtsgeschäft ab, so ist es zunächst schwebend unwirksam, § 177 Abs. 1 BGB. Verweigert A die Genehmigung, so ist ein wirksamer Vertrag nicht zustande gekommen. (S hätte lediglich Schadensersatzansprüche gegen M aus § 179 BGB).

Dieses Ergebnis ist unbefriedigend: Dem An können wegen seines Vertrauens in ein fehlerfreies Arbeitsverhältnis nicht für die Vergangenheit Lohnansprüche entzogen werden. Auch stünde ihm kein Anspruch auf die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und kein Urlaubsanspruch zu. Ein solches Ergebnis wird für unerträglich gehalten. Um es zu verhindern, ist die Rechtsfigur des faktischen Arbeitsverhältnisses entwickelt worden:

- (2) Die 2 Voraussetzungen für ein faktisches Arbeitsverhältnis sind:

- (a) Es muß ein **fehlerhafter Arbeitsvertrag** vorliegen.
Für einen „Arbeitsvertrag“ ist wenigstens eine **natürliche Willenseinigung** darüber erforderlich, dass gearbeitet werden soll, und zwar nicht unentgeltlich. „Fehlerhaft“ wird im weitesten Sinn verstanden.
Im vorliegenden Fall ist zwischen der G-GmbH und S ein Arbeitsvertrag geschlossen worden, der wegen der fehlenden Vollmacht des M fehlerhaft ist.

(b) **Vollzug des Arbeitsvertrages.**

Der Arbeitsvertrag ist vollzogen, wenn die **Arbeit aufgenommen** ist.

Ergebnis: S hatte die Arbeit aufgenommen. Die Voraussetzungen für ein faktisches Arbeitsverhältnis liegen somit vor.

- (c) **Rechtsfolge:** Das faktische Arbeitsverhältnis wird grds. wie ein aufgrund vollwirksamen Arbeitsvertrages zustande gekommenes Arbeitsverhältnis behandelt. Der Arbeitnehmer hat für die Dauer der Beschäftigung Ansprüche auf Lohn, Urlaub, Fürsorge, Zeugnis etc.. Für die Zukunft besteht jedoch keine Bindung. Die Höhe des Lohnes ergibt sich aus Tarifvertrag, falls ein solcher vorhanden ist. Andernfalls kann man die Vereinbarung in dem - allerdings nicht wirksamen- Arbeitsvertrag zugrunde legen, falls sie angemessen erscheint. Kann man weder auf Tarifvertrag noch auf den Arbeitsvertrag zurückgreifen, wird der übliche Lohn geschuldet (§ 612 BGB).

3. Die Anfechtung des Arbeitsvertrages

Wie bereits eingangs erwähnt, können Arbeitsverträge unter den gleichen Voraussetzungen wie andere Verträge angefochten werden. Dabei bestimmen die Anfechtungsregeln den förmlichen Rahmen für den Fall, dass eine Willenserklärung irrtumsbedingt abgegeben oder durch arglistige Täuschung oder Drohung beeinflusst worden ist. Die Voraussetzung einer wirksamen Anfechtung sind:

- (1) **Erklärung** der Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner;
- (2) Vorliegen eines **Anfechtungsgrundes** gem. §§ 119, 120 oder 123 BGB;
- (3) Die Anfechtung muss **fristgerecht ausgeübt** worden sein (§ 142 bzw. §§ 121, 124 BGB);
- (4) Die Anfechtung darf **nicht** durch Bestätigung **ausgeschlossen** sein, § 144 BGB.

Ein Recht zur Anfechtung konkurriert häufig mit einem Recht zur fristlosen Kündigung. Jedoch sind deren Voraussetzungen und teilweise die Einwände, die gegen diese Ansprüche erhoben werden können, unterschiedlich. Dies mag folgender Fall verdeutlichen:

Fall: Eine schlechte Personalentscheidung

P, Personalchef des mittelständischen Unternehmens U, hatte M als Marketingassistentin eingestellt. Die ihr übergebene Stellenbeschreibung für diese Position sieht u.a. die Zahlungsabwicklung der Abteilung und das Führen der Barkasse vor. Im Einstellungsgespräch war M nach Vorstrafen gefragt worden und hatte mit „keine“ geantwortet, obwohl sie gerade wegen Diebstahls und Urkundenfä-

schung rechtskräftig verurteilt worden war. Zwei Monate nach ihrem Arbeitsbeginn werden diese Vorstrafen bekannt. Als P sie daraufhin zu Rede stellt, legt sie ein ärztliches Attest vor, wonach sie seit 6 Wochen schwanger ist.

Kann U sich aus dem Arbeitsverhältnis mit M lösen? Welche Möglichkeiten zur Vertragsbeendigung bestehen?

1. Außerordentliche Kündigung, § 626 BGB (-)
2. Ordentliche Kündigung, gemäß § 622 BGB (-)
3. Anfechtung wegen Irrtums, §§ 142, 119, 120 BGB (+)
4. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, §§ 142 i.V.m. 123 BGB (+)

zu 1.: Denkbar wäre zunächst eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB. Aus den falschen Angaben und dem Umstand, dass M nach ihren Vorstrafen für den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz nicht geeignet erscheint, ergibt sich ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung.

zu 2.: Unter Beachtung der Kündigungsfristen wäre auch eine ordentliche Kündigung nach § 622 BGB aus personenbezogenen Gründen möglich.

zu 1+2: Jedoch bietet das **Mutterschutzrecht** der werdenden Mutter für die Zeit vor und nach der Entbindung einen besonderen arbeitsrechtlichen Schutz. Das MuSchG gilt dabei für alle Arbeitnehmerinnen, gleichgültig, ob sie als Angestellte, Arbeiterinnen, Auszubildende, Praktikantinnen oder in einem anderen Ausbildungsverhältnis angestellt sind und ob das Arbeitsverhältnis auf Dauer, auf Probe oder als haupt- oder nebenberufliche Voll- oder Teilzeitbeschäftigung angelegt ist. Es findet sogar auf faktische Arbeitsverhältnisse Anwendung (Schaub, § 187, III, 3). Nach § 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung unzulässig. Dies gilt sowohl für eine ordentliche wie für eine außerordentliche Kündigung (**absolutes Kündigungsverbot**).

Ratio: Zum Schutz der Mutter und des werdenden Lebens soll der Mutter auf jeden Fall die Aufregungen und Anspannungen, die sich aus einer Kündigung ergeben kann, erspart werden.

Zwischenergebnis: Somit ist im vorliegenden Fall weder eine ordentliche noch eine außerordentliche Kündigung zulässig.

zu 3.: Es kommt weiterhin eine Anfechtung des Arbeitsvertrages in Betracht. Fraglich ist jedoch zunächst, ob die Anfechtungsregeln der §§ 119 ff BGB auf den Arbeitsvertrag überhaupt anwendbar sind:

- Grundsätzlich bestehen gegen die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln deshalb Bedenken, weil die Anfechtung den Vertrag rück-

wirkend vernichtet (§ 142 Abs. 1 BGB). Wie bereits oben ausgeführt, haben Rspr. und Lehre die Anfechtungsregeln auf den Arbeitsvertrag für grundsätzlich anwendbar erklärt. Die Anfechtung hat im Arbeitsrecht jedoch lediglich die Wirkung, dass sie das durch Arbeitsaufnahme bereits aktualisierte Arbeitsverhältnis mit Jetzwirkung (ex nunc) beendet.

- Speziell für den Fall der schwangeren Arbeitnehmerin wird die Meinung vertreten, daß der Rechtsgedanke des § 9 MuSchG eine Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln ausschließe. Nach hM geht das aber zu weit. § 9 MuSchG will nur verhindern, dass eine schwangere Arbeitnehmerin ihren **berechtigtermaßen erlangten Arbeitsplatz** verliert, die Vorschrift will jedoch nicht die Beteiligten an einem Arbeitsverhältnis festhalten, das in rechtlich fehlerhafter Weise zustande gekommen ist.

Es käme also eine Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft in Betracht, §§ 142, 119, Abs. 2 BGB. Eine wirksame Anfechtung setzt voraus:

- (1) **Erklärung** der Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Diese liegt noch nicht vor, sie müsste noch erklärt werden.
- (2) Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft. Eigenschaften einer Person oder eines Gegenstandes sind alle wertbildenden Faktoren, also alle rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse, die infolge ihrer Art oder Dauer Einfluss auf die Wertschätzung haben. Zweifellos zählt die Zuverlässigkeit eines An hierzu. Verkehrswesentlich sind dabei solche Eigenschaften, die entweder nach dem typischen wirtschaftlichen Zweck bei solchen Geschäften oder nach dem objektiven Zweck des konkreten Rechtsgeschäfts zum Inhalt der Erklärung gehören. Die Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit einer Person fallen zweifellos ebenso hierunter wie Vorstrafen, politische Belastungen usw.
- (3) Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und Willenserklärung: Hätte M nicht P bei der Frage nach den Vorstrafen belogen, hätte P ihr kein Vertragsangebot gemacht. Da M auch für den Zahlungsverkehr der Abteilung verantwortlich war, stand die Frage nach den Vorstrafen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz, war also zulässig.
- (4) Die Anfechtung muss **innerhalb der Frist** des § 121 BGB ausgeübt worden sein. Das BAG (AP zu § 119 Nr. 4) zieht dabei zur Beurteilung des Begriffes „ohne schuldhaftes Zögern“ in § 119 BGB die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB mit heran. Demnach gilt bei der Anfechtung im Arbeitsrecht eine innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis erklärte Anfechtung noch als unverzüglich.

- (5) Die Anfechtung darf **nicht** durch Bestätigung **ausgeschlossen** sein, § 144 BGB. Für einen Verzicht auf die Ausübung der Anfechtung ergibt sich aus dem Sachverhalt kein Hinweis.

Gegen eine Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft kann die M auch nicht einwenden, dass die Frage des P nach Ihren Vorstrafen unzulässig gewesen sei und sie zulässigerweise gelogen hätte. Denn die Frage stand in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem angestrebten Arbeitsplatz und war für die Beurteilung ihrer Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit von Bedeutung.

zu 4.: Dass im vorliegenden Fall zusätzlich der Anfechtungstatbestand der arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) vorliegt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Die Erklärung der Anfechtung müsste nach § 124 Abs. 1 BGB innerhalb Jahresfrist erfolgen.

Ergebnis: U kann das Arbeitsverhältnis mit M sowohl wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft als auch wegen arglistiger Täuschung durch Erklärung der Anfechtung beenden. Auf die Anfechtung sind die allgemeinen Kündigungsbeschränkungen, wie sie im KSchG enthalten sind, nicht anzuwenden; also ist z.B. auch keine Anhörung des Betriebsrates notwendig. Sollte die Anfechtung aus beiden Anfechtungsgründen erklärt werden, müsste die Erklärung innerhalb zweier Woche ab Kenntnis der M zugehen.

4. Gesamtnichtigkeit (§ 134 BGB) und teilweise Nichtigkeit (§ 139 BGB) des Arbeitsverhältnisses

Ein Arbeitsvertrag kann insgesamt oder in einzelnen Teilen gegen gesetzliche Verbote verstoßen und damit gem. §§ 134, 139 BGB nichtig sein. Verbotsgesetze sind z.B. die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts, die Arbeitszeitregeln, Sonn- und Feiertags-, Frauen- und Jugendarbeitsschutz sowie die Abschlussverbote aber auch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen.

Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft nur dann nichtig, wenn es selbst gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

Bsp(e): Nichtig sind also z.B. Arbeitsverträge, die den Verkauf von Drogen oder das Herstellen von Falschgeld zum Gegenstand haben.

Beim Fehlen eines besonders schweren Mangels führt dabei die Gesamtnichtigkeit nur zur Lösung des Vertragsverhältnisses ex nunc.

Verstößt ein Arbeitsvertrag **nur in Teilen** gegen Gesetzesverbote, so tritt dann nicht über § 139 BGB Gesamtnichtigkeit ein, wenn dadurch der bestehende Arbeitnehmerschutz beeinträchtigt würde. Abweichend vom Regel-/Ausnahmever-

hältnis des § 139 BGB im allgemeinen Zivilrecht, wonach die Teilnichtigkeit in der Regel die Gesamtnichtigkeit des Vertrages zur Folge hat, werden bei Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht generell die verbotenen Teile durch die entsprechenden gesetzlichen oder tarifvertragsrechtlichen Bestimmungen ersetzt.

Zur Verdeutlichung folgender kurzer Fall:

Fall: Der Ausschluss des Arbeitsschutzgesetzes

Unternehmer U hat ein technisch veraltetes und nicht mehr den Arbeitsschutzvorschriften entsprechendes Stanzwerk, mit dem aber noch produziert werden kann. Für die Arbeit an der Stanze stellt er den ungelernten Arbeiter A ein. Da U um die Gefährlichkeit des Stanzwerks weiß, nimmt er ausdrücklich eine Klausel in den Arbeitsvertrag auf, wonach das Arbeitsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis mit A keine Anwendung finden soll. Wie ist die Rechtslage?

1. Der Arbeitsvertrag könnte gemäß § 139 (teil)nichtig sein. Denn das Arbeitsschutzgesetz ist zwingendes Recht zulasten der Ag und kann nicht ausgeschlossen werden. Damit ist die Klausel, wonach das Arbeitsschutzgesetz keine Anwendung soll, wegen Verstoßes gegen §§ 3 ff ArbSchG nichtig.
2. Welche Auswirkungen hat die Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmung auf den Bestand des Arbeitsvertrages?

An sich führt die Teilnichtigkeit nach § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Im vorliegenden Fall würde das aber zu dem sinnwidrigen Ergebnis führen, dass zwischen U und A kein wirksamer Arbeitsvertrag besteht, obwohl das Arbeitsschutzgesetz gerade den Zweck verfolgt, den Arbeitnehmern einen sicheren Arbeitsplatz zu gewährleisten. Deshalb wird § 139 BGB auf Arbeitsverträge z.B. dann nicht angewandt, wenn die Anwendung dem Schutzzweck der Norm, aus der sich die Teilnichtigkeit ergibt, zuwiderlaufen würde. An die Stelle der nichtigen Klausel tritt vielmehr die gesetzliche oder tarifliche Regelung.

Im vorliegenden Fall ergibt sich die Teilnichtigkeit aus dem ArbSchG. Da das ArbSchG zwingendes Recht ist, bedarf dessen Geltung noch nicht einmal der ausdrücklichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag. Somit fällt lediglich die teilnichtige Klausel weg; der zwischen U und A geschlossene Arbeitsvertrag bleibt im übrigen wirksam.

5. Sittenwidrigkeit des Arbeitsvertrages, § 138 Abs. 1 BGB

Ein Arbeitsvertrag ist gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn er nach

- (1) nach Inhalt oder Beweggrund der Beteiligten und seiner Zwecksetzung gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt und
- (2) den oder einem Beteiligten der Widerspruch des Rechtsgeschäfts mit dem Anstandsgefühl vorgeworfen werden kann (BAG AP zu § 138 Nr. 29).

Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt z.B. vor bei übermäßiger vertraglicher Bindung, bei übermäßiger Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit wie Wettbewerbsverboten oder Verschwiegenheitspflichten des An, beim Überbürden des Betriebs- oder Wirtschaftsrisikos auf den An oder bei sittlich anstößiger Vertragsgestaltungen wie die Anstellung zum Schmuggel, zur Unzucht oder zur Vorführung zum Geschlechtsverkehr. Sittenwidrig ist heute hingegen nicht mehr der in beiderseitiger voller Kenntnis eingegangene Arbeitsvertrag über Stripteasedarbietungen.

6. Wucher, § 138 Abs. 2 BGB

Ein Arbeitsvertrag ist nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig, wenn

- (1) der objektive Wert der Arbeitsleistung und das Entgelt in einem auffälligen Mißverhältnis zueinander stehen und
- (2) der Wucherer unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche der anderen Partei handelt.

Als „Wucherer“ kommen gedanklich sowohl Ag als auch An in Betracht, wobei der vom Ag gewährte Hungerlohn sicherlich der praktisch bedeutsamste Fall von Ausbeutung darstellt. Im Falle des Lohnwuchers führt der Verstoß gegen § 138 Abs. 2 jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit, sondern nur zur Teilnichtigkeit der Vergütungsvereinbarung, da ansonsten der Arbeitnehmerschutz in sein Gegenteil verkehrt würde.

7. Schwarzarbeit

Unter Schwarzarbeit versteht man eine unter Verletzung der steuer-, sozial- und gewerberechlichen Meldepflichten ausgeübte Tätigkeit. Dabei kann man unterscheiden zwischen

- der Schwarzarbeit eines Selbständigen (beispielsweise, um die Mehrwertsteuer zu umgehen),
- dem illegalen An-Verleih und
- der unselbständigen Schwarzarbeit, bei der An ohne Abführung der gesetzlichen Abgaben beschäftigt werden (z.B. Vollzeitbeschäftigung während der Arbeitslosigkeit).

Nur die beiden letztgenannten Fallgruppen gehören in den Bereich des Arbeitsrechts.

Nach §§ 1, 2 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwarbG) ist sowohl die Beauftragung, als auch die Erbringung von Schwarzarbeit verboten und kann als Ordnungswidrigkeit sowohl gegenüber dem An als auch dem Ag geahndet werden. Gleiches gilt nach §§ 15 ff AÜG im Falle des illegalen An-Verleihs, sowohl für den Verleiher als auch den Entleiher.

Ob die der unselbständigen Schwarzarbeit zugrundeliegenden Arbeitsverträge nichtig, anfechtbar sind oder wirksam bleiben, wird in Lit. und Rspr. teilweise kontrovers diskutiert. Während ein Teil der Lit. (Marschall; Hanau-Adomeit F, III, 4; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht § 11, II, 1, Fn. 25) „schwarze“ Arbeitsverträge trotz dieser eindeutigen Verbote grundsätzlich für zivilrechtlich wirksam hält, sprechen sich ein anderer Teil der Lit. (Schaub § 43, II, 7, d) und einige höchst-richterliche Entscheidungen für die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zwischen dem Dienstgeber und dem Schwarzarbeiter über § 134 BGB wegen des Verstoßes gegen das SchwarbG aus (BGH NJW 83, 109; 84, 1175).

Die Anhänger der „Wirksamkeitstheorie“ begründen ihre Haltung im wesentlichen damit, daß die fiskalischen und sozialversicherungsrechtlichen Melde- und Abführungspflichten eine Beschäftigung nicht verhindern sollen, sondern nur finanziell belasten wollen. Nach ihrer Auffassung führt noch nicht einmal das Fehlen erforderlicher Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisse ausländischer An zu Unwirksamkeit von Arbeitsverhältnissen.

Die Vertreter der „Nichtigkeitstheorie“ knüpfen an ordnungspolitischen Überlegungen (wie sie im SchwarbG enthalten sind) an und halten den Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Schwarzarbeiter generell für nichtig. Unterstützung könnte diese Meinung in dem Argument finden, daß es dem Arbeitgeber i.d.R. bekannt ist oder sein müsste, dass er Schwarzarbeiter beschäftigt (unclean hands). Es ist unvertretbar, ihm die Entscheidung darüber zu lassen, ob er den Vertrag erfüllen lässt oder den Vertrag für nichtig erklärt. Gegen die Nichtigkeitstheorie spricht allerdings, dass deren Vertreter dem Schwarzarbeiter keine Ansprüche aus faktischem Arbeitsverhältnis zubilligen, sondern den Schwarzarbeiter auf bereicherungsrechtliche Ansprüche verweisen wollen.

Einig sind sich beide Theorien wieder bei der Beurteilung von zwei gesetzlich geregelten Sachverhalten:

- Bei illegalem An-Verleih ist zwar der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und An nichtig, jedoch wird mit der Feststellung der Nichtigkeit ein wirksames Arbeitsverhältnis zwischen An und dem Entleiher begründet (§ 10 AÜG).

- Verstößt ein Arbeitsvertrag gegen das SchwarzG, so ist er nichtig. Ein solcher Verstoß liegt vor bei einem Arbeitsverhältnis mit einem unselbstständigen Schwarzarbeiter, der Bezieher von Arbeitslosengeld oder –hilfe ist (BGH DB 1990, 2162).