

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die Amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: BGB § 138, §§ 139, 242, 656, 762, 817 und 826; AFG § 133; GG Art. 2 Abs. 1; GewO § 33 a und § 144 Abs. 1 Ziff. 1; RVO § 405; SGG § 51 Abs. 1; StGB § 183 a; ZPO § 232 Abs. 2, §§ 233, 238 Abs. 3 und § 256

Leitsätze:

1. Besteht die nach einem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung in der Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf einer Bühne, so ist dieser Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) nichtig.
2. Da solchenfalls die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach ihrem Inhalt und Zweck selbst unsittlich ist, kommen bei dieser Fallgestaltung auch Ansprüche aus einem "faktischen Arbeitsverhältnis" nicht in Betracht.
3. Für einen etwaigen Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Erteilung einer Arbeitsbescheinigung gemäß § 133 AFG sind nicht die Gerichte für Arbeitssachen, sondern die Sozialgerichte zuständig.

Aktenzeichen: 4 AZR 96/75

Urteil des BAG vom 1. April 1976 LAG Düsseldorf



4 AZR 96/75
14 Sa 1256/73 Düsseldorf

Urteilstenor
zugestellt am
1. April 1976

Im Namen des Volkes!

gez. Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

URTEIL

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 31. März 1976 durch den Vizepräsidenten Dr. Poelmann, die Richter Dr. Neumann und Dr. Feller sowie die ehrenamtliche Richterin Bahr und den ehrenamtlichen Richter Brocksiepe für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden die Urteile des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 14. November 1974 - 14 Sa 1256/73 - sowie des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 21. September 1973 - 8 Ca 2140/73 - aufgehoben.

Soweit die Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der ihnen gegenüber am 10. März 1973 ausgesprochenen fristlosen Kündigung und Geldleistungen in Höhe von 7.919,80 DM netto begehren, wird die Klage als unbegründet abgewiesen.

-2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Soweit die Kläger die Erteilung von Arbeitsbescheinigungen gemäß § 133 AFG begehren, wird die Klage als unzulässig abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger bis auf diejenigen, die durch den Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 9. November 1973 entstanden sind; die dadurch veranlaßten Kosten trägt die Beklagte.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Die Kläger sind Eheleute und treten in Nachbars unter den Künstlernamen " R und T " auf. Die Beklagte betreibt eine Nachbar in W -Ostfriesland und eine weitere in Wi . Nachdem sie schon zweimal bei der Beklagten in W tätig geworden waren, schlossen die Parteien unter Einschaltung einer Künstler- und Kapellenagentur für die Zeit vom 1. bis 30. April 1973 einen Vertrag über die Darbietung einer "Universal-Show" in der Nachbar der Beklagten in W . Am 26. April schlossen die Parteien in gleicher Weise einen Vertrag für die Zeit vom 1. bis 31. Mai 1973 über die Darbietung einer "Universal-Show" in der Nachbar "Zur " der Beklagten in Wi .

Im Rahmen der vertraglich vereinbarten "Universal-Show" wird von den Klägern auf der Bühne der Geschlechtsverkehr vollzogen. In dem Vertrag vom 26. April 1973 verpflichteten sich die Kläger zu jeweils drei Auftritten in der Zeit von 22 bis 4 Uhr nach näherer Einteilung der Direktion. Dafür wurde ihnen eine Tagesgage von 285,-- DM zuzüglich 15,-- DM Urlaubsgeld zugesagt. Im übrigen sieht der Vertrag der Parteien vom 26. April 1973 die Geltung des zwischen der Internationalen Artistenloge und dem Internationalen Varieté-Theater- und Zirkusdirektoren-Verband in der Bundesrepublik Deutschland sowie dem Verband Deutscher Theater und verwandter Unternehmungen e.V. abgeschlossenen Tarifvertrages vor.

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

Der Beklagten wurde die Konzession zur Eröffnung der Nachtbar in Wi erst für den 7. Mai 1973 erteilt. Die Kläger, die dort auftreten sollten, arbeiteten daher in der Zeit vom 1. bis 6. Mai 1973 nicht. Am Abend des 7. Mai 1973 erklärte der Kläger zu 2), er habe sich am Geschlechtsteil verletzt und könne deswegen nicht auftreten. Im Hinblick darauf einigten sich die Parteien dahin, daß die Kläger in W eine sogenannte "Imitations Show" zeigen und das Paar aus W anstelle der Kläger in Wi den Geschlechtsverkehr vorführen solle. Demgemäß traten die Kläger bis zum 10. Mai 1973 in W auf. Dort wurde ihnen an diesem Tage fristlos gekündigt.

Mit der Klage haben die Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der ihnen gegenüber ausgesprochenen fristlosen Kündigung begehrt. Außerdem haben sie die Beklagte auf Zahlung von Arbeitsentgelt und Reisekosten in Höhe von insgesamt 7.919,80 DM sowie auf Erteilung von Arbeitsbescheinigungen in Anspruch genommen. Sie haben vorgetragen, im allgemeinen gehörten zu einer "Universal-Show" nicht nur die Vorführung des Geschlechtsverkehrs, sondern auch andere Leistungen wie Gesang, Tanz und Striptease. Ihre Auftraggeber hätten jedoch auf die übrigen Nummern verzichtet und allein die Vorführung des Geschlechtsverkehrs ("Sex-Show") verlangt, womit sie in Fachkreisen berühmt geworden und wegen sie auch von der Beklagten mehrmals engagiert worden seien. Für die Zeit vom 1. bis 6. Mai 1973 stehe ihnen Arbeitsentgelt zu, weil sie sich zur Arbeit bereitgehalten hätten. Da die ihnen gegenüber am 10. Mai 1973 ausgesprochene fristlose Kündigung des rechtlichen Grundes entbehre, könnten sie auch für die Zeit vom 7. bis 31. Mai 1973 ihr Arbeitsentgelt beanspruchen. Insgesamt stünden ihnen an Arbeitsentgelt 7.800,-- DM zu. Außerdem hätten sie 119,80 DM für Fahrtkosten aufgewendet, die ihnen die Beklagte zu ersetzen habe. Die Beklagte habe ihnen auch Arbeitsbescheinigungen im Sinne des § 133 AFG zur Vorlage beim Arbeitsamt

- 4 -



- 4 -

zu erteilen. Ihre mit der Beklagten getroffenen vertraglichen Vereinbarungen seien nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, denn die vereinbarten Vorführungen seien in zahlreichen Nachtlokalen üblich. Zudem hätten sie in W eine "Imitations-Show" zeigen sollen. Die Beklagte, der die von den Klägern erbrachten Leistungen zugutekämen, berufe sich nur deswegen auf Sittenwidrigkeit ihrer Vereinbarungen mit den Klägern, um diesen gegenüber von ihren Verbindlichkeiten freizukommen, womit sie gegen Treu und Glauben verstoße. Auch in anderen Fällen habe sich die Beklagte schon entsprechend verhalten.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert, der von den Parteien am 26. April 1973 abgeschlossene Vertrag sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam und erzeuge daher keinerlei Rechtsansprüche. Das ergebe sich daraus, daß der Vertrag auf die Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf einer Bühne gerichtet gewesen sei. Darüber habe auch zwischen den Parteien volle Übereinstimmung bestanden. Auf die Sittenwidrigkeit des Vertrages könne auch sie, die Beklagte, sich wie jedermann berufen. Sie verstoße damit nicht gegen Treu und Glauben. Für die Zeit vom 1. bis 6. Mai 1973 stehe den Klägern das eingeklagte Arbeitsentgelt ohnehin schon deswegen nicht zu, weil sie nicht gearbeitet hätten. Die von ihr ausgesprochene fristlose Kündigung vom 10. Mai 1973 sei wirksam, denn die Kläger seien abredewidrig zu spät in W eingetroffen und dort unlustig aufgetreten. Der Kläger zu 2) habe außerdem noch Besucher der dortigen Nachtbar beleidigt und ihnen mehrmals Schläge angeboten. Damit sei die Klage in vollem Umfange unbegründet.

Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt und den Streitwert auf 7.969,80 DM festgesetzt. Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten am 18. Oktober 1973 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 30. Oktober 1973, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am 12. November 1973, legte er dagegen Berufung ein;



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

zugleich beantragte er unter Wiederholung der Berufung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist. Mit am 23. November 1973 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz begründete der Beklagtenvertreter die Berufung. Das Landesarbeitsgericht hat dem Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten entsprochen und bei unverändertem Streitwert ihre Berufung gegen das arbeitsgerichtliche Urteil zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Kläger beantragen Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Die Klage ist, soweit die Kläger mit ihr die Erteilung von Arbeitsbescheinigungen nach § 133 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) verlangen, als unzulässig und im übrigen als unbegründet abzuweisen.

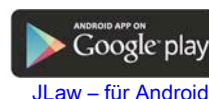
I. Soweit die Kläger mit der Klage die Feststellung der Unwirksamkeit der ihnen gegenüber am 10. Mai 1973 ausgesprochenen Kündigung begehren, ist ihre Klage, obwohl die Kläger wegen der Dauer ihrer Tätigkeit bei der Beklagten aus den Gründen des § 1 Abs. 1 KSchG jedenfalls keinen individuellen Kündigungsschutz nach diesem Gesetz genießen nach § 256 ZPO zulässig. Dem steht entgegen den Bedenken der Beklagten nicht entgegen, daß für die Kläger daneben die von ihnen zugleich genutzte rechtliche Möglichkeit bestand, mit einer Leistungsklage in demselben Rechtsstreit die Beklagte auf Zahlung ihres Arbeitsentgelts in Anspruch zu nehmen. Wie das Landesarbeitsgericht mit Recht annimmt, erschöpft sich ein Arbeitsverhältnis nämlich schon im privatrechtlichen Bereiche nicht in den beiderseitigen, in § 611 BGB geregelten Hauptrechten und Hauptpflichten, sondern erzeugt darüber hinaus noch weitere privatrechtliche Rechte und Pflichten (z.B. die Ansprüche auf Gewährung von Urlaub, Erteilung eines Zeugnisses, Unterlassung von Wettbewerb usw.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Außerdem ergeben sich aus dem rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses Auswirkungen auf dem Gebiete des Steuerrechts, des Sozialversicherungsrechts und, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, des Arbeitsverwaltungsrechts. Danach ist der Feststellungsantrag der Kläger trotz der gleichzeitigen Geltendmachung ihrer Lohnansprüche nach § 256 ZPO zulässig (vgl. BAG AP Nr. 48 zu § 256 ZPO).

Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht der Beklagten zu der Einhaltung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilt, wogegen auch die Kläger in der Revisionsinstanz keinerlei Einwendungen mehr erheben. Dazu hat das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt, daß vorliegend allenfalls ein Verschulden des Bürovorstehers des Beklagtenvertreters, nicht jedoch ein persönliches Verschulden der Beklagten oder ihres Prozeßbevollmächtigten in Betracht kommt, das sie gemäß § 232 Abs. 2 ZPO wie eigenes Verschulden gegen sich hätte gelten lassen müssen (vgl. BAG AP Nr. 61 und 63 zu § 233 ZPO; BGH LM Nr. 47 zu § 233 ZPO; Baumbach-Lauterbach, ZPO, 34. Aufl., § 233 Anm. 4 a; Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 233 II 2; Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., § 233 Anm. 5 ii). Selbst bei Anlegung des im Hinblick auf die Anforderungen des § 233 ZPO gebotenen strengen Maßstabes ist dem Landesarbeitsgericht auch darin zu folgen, daß der Beklagtenvertreter seinerseits das Erforderliche getan hat, wenn er für rechtzeitige Erstellung der Berufungsschrift gesorgt, diese am 30. Oktober 1973 unterschrieben und unmittelbar danach den Bürovorsteher angewiesen hat, sie noch am gleichen Tage postfertig zu machen und in den Briefkasten zu werfen, was dieser auch zugesagt hatte. Der Beklagtenvertreter hat mit diesen Maßnahmen auch nicht etwa unverhältnismäßig lange zugewartet, denn die Berufungsfrist lief, da Allerheiligen in Nordrhein-Westfalen gesetzlicher Feiertag ist (§ 2 lit. c Ziff. 7 des dortigen Gesetzes über die Sonn- und Feiertage), erst am 2. November 1973 ab (§ 222 Abs. 2 ZPO).



- 7 -

II. Soweit die Kläger Feststellung der Unwirksamkeit der ihnen gegenüber am 10. Mai 1973 ausgesprochenen fristlosen Kündigung begehren und Zahlungsansprüche verfolgen, ist die Klage unbegründet.

Das Landesarbeitsgericht hat hierzu ausgeführt, der von den Parteien am 26. April 1973 abgeschlossene Arbeitsvertrag, der auf die Vorführung des menschlichen Geschlechtsverkehrs auf der Bühne gerichtet gewesen sei, verstoße gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), denn die eingegangene Verpflichtung verletze sowohl das Persönlichkeitsrecht der Kläger als auch die Grundlagen des Gemeinschaftslebens. Da zwischen den Parteien von vornherein Einigkeit darüber bestanden habe, daß - wie schon bei ihren früheren Auftritten bei der Beklagten - die Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne der eigentliche Vertragsinhalt sein sollte und die Kläger nur deswegen überhaupt von der Beklagten engagiert worden seien, komme eine nur teilweise Sittenwidrigkeit der vertraglichen Vereinbarung der Parteien nicht in Betracht. Die Beklagte könne sich jedoch auf die Sittenwidrigkeit des von den Parteien geschlossenen Vertrages nicht berufen, denn andernfalls würde die Beklagte ihr Geschäftsrisiko in Treu und Glauben widersprechender Weise auf diejenigen Personen abwälzen, die in ihren Nachbarbetrieben in einer den Klägern vergleichbaren Art und Weise tätig würden. Dabei müsse berücksichtigt werden, daß die Kläger insgesamt viermal für denselben Zweck von der Beklagten engagiert worden seien. Die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung entbehre im übrigen der für sie vorgeschriebenen Schriftform und sei daher unwirksam. Den Klägern stehe mithin ihr Arbeitsentgelt für den gesamten Monat Mai 1973 zu, daneben auch noch die eingeklagten Reisekosten.

Diese Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist zwar im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend, in der weiteren Begründung und im Ergebnis jedoch unrichtig. Mit Recht geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß der von den Parteien am 26. April 1973 abgeschlossene Arbeitsvertrag, nach dem nach den entsprechenden Feststellungen des Landesarbeitsge-



richts und seiner Auslegung die beiden Kläger im wesentlichen nur zur Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne verpflichtet waren, gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 Abs. 1 BGB), woraus die Nichtigkeit des Vertrages folgt. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob es sich hierbei um einen "Arbeitsvertrag" im allgemeinen arbeitsrechtlichen Sinne handelt, wonach man unter Arbeit nur eine Betätigung oder ein Verhalten versteht, das irgendwie zur Befriedigung im Einklang mit der Rechtsordnung stehender ideeller oder materieller menschlicher Bedürfnisse dient und im Hinblick darauf im Arbeits- und Wirtschaftsleben als "Arbeit" qualifiziert wird (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band I, S. 35; Söllner, Arbeitsrecht, 5. Aufl., S. 25; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2. Aufl., S. 26), was bei den von den Klägern zugesagten Leistungen zumindest zweifelhaft erscheint. Entscheidend ist vielmehr, daß der zur Beurteilung stehende Vertrag der Parteien nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, weil er nach Inhalt, Zweck und Beweggründen gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (vgl. BGHZ 10, 228 / 232_7 sowie LM Nr. 1 zu § 138 BGB (Ca), Nr. 2 zu § 138 BGB (Ba) sowie Nr. 4 zu § 138 BGB (Bb) im Anschluß an die entsprechende Rechtsprechung des Reichsgerichts; Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., S. 362 ff.; Beuthien-Hadding, Kommentar zum BGB, § 138 II 1 a; Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, 10. Aufl., § 138 Rdnr. 3; Staudinger-Coing, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., § 138 Rdnr. 3). Dabei ist auf die Verhaltensanforderungen abzustellen, die auf den gemeinsamen Grundüberzeugungen der Gesellschaft über das moralisch Gebotene und Vertretbare beruhen, weswegen auch bei aller Veränderung und Wandelbarkeit der sogenannten "herrschenden Moral", die mit moralwissenschaftlichen Erkenntnissen ohne weiteres nichts zu tun hat, jedenfalls entgegen der Auffassung der Kläger moralwidrige Unsitten nicht deswegen als maßgeblich erklärt werden können, weil sie innerhalb gewisser



Kreise üblich sind (vgl. BGH MDR 1959, S. 503, auch Gewer-
bearchiv 59/60, S. 62; Larenz wie zuvor ab S. 363 und Ule-
Rasch, Polizei- und Ordnungsrecht 1965, S. 45). Nach den
aufgezeigten Grundsätzen, d.h. nach den der geltenden
Rechtsordnung immanenten ethischen Wertungen und Grundprin-
zipien (Art. 2 Abs. 1 GG; BVerfGE 7, 198 [215, 7]) und den
darauf beruhenden Grundüberzeugungen unserer Gesellschaft
gehört jedoch, wie der Bundesgerichtshof mit Recht in der
zuletzt zitierten Entscheidung im einzelnen ausgeführt hat,
der menschliche Geschlechtsverkehr zwischen Mann und Frau
nicht vor die Augen Dritter, wobei das Landesarbeitsgericht
insoweit zutreffend auch darauf hinweist, daß die mit dem
Vertrag der Parteien von den Klägern übernommene Verpflich-
tung zu derartigem Verhalten jedenfalls mit dem nach dem
Grundgesetz verfassungsrechtlich geschützten menschlichen
Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) unvereinbar ist.

Demgegenüber ist unbeachtlich, daß, worauf die Kläger
an sich mit Recht hinweisen, ihr nach dem Arbeitsvertrag
geschuldetes Verhalten nach dem nunmehr geltenden Straf-
recht nur noch ausnahmsweise strafbar sein kann (vgl. § 183
StGB; Dreher, StGB, 35. Aufl., § 183 a Anm. 3 - 4), wobei
ohnehin zu berücksichtigen ist, daß Verstöße gegen die
guten Sitten keineswegs immer zugleich auch ein mit Strafe
bedrohtes Verhalten darstellen müssen. Der Senat nimmt je-
doch Bedacht darauf, daß nach § 33 a Abs. 2 Ziff. 1 GewO
Konzessionen für Betriebe wie diejenigen der Beklagten nicht
erteilt werden dürfen, wenn darin Veranstaltungen stattfin-
den, die den Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufen,
wobei der Begriff der guten Sitten auch im Gewerberecht
derselbe ist wie im Zivilrecht (§§ 138, 817 und 826 BGB)
und den sonstigen Rechtsgebieten (vgl. z.B. § 226 a StGB,
§ 241 Nr.4 AktG), was auch im Schrifttum durchweg anerkannt
wird (vgl. z.B. Landmann-Rohmer, GewO, 12. Aufl., § 33 a
Anm. 39; Fuhr, GewO, § 33 a Anm. 4 a sowie Sieg-Leifermann,
GewO, 3. Aufl., § 33 a Anm. 11). Der Senat verweist in die-
sem Zusammenhang zur Illustration auch auf einen veröffent-



lichten und den Kommunalverwaltungen zur Anwendung empfohlenen Beschluß des Hessischen Städtetages vom 12. März 1971, wonach in dessen Rechts- und Verfassungsausschuß Einvernehmen darüber bestand, daß trotz der Wandelbarkeit des Begriffes der guten Sitten im Sinne von § 33 a GewO öffentliche Darstellungen des Geschlechtsverkehrs wie vorliegend jedenfalls gegen die guten Sitten verstoßen (das. Ziffern 1 und 3 a), und daß im Hinblick darauf von den zuständigen Verwaltungsbehörden derartige Vorführungen als unzulässig angesehen werden, was nach dem Akteninhalt übrigens auch für die Landeshauptstadt von Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf, zutrifft. Wie das Landesarbeitsgericht insoweit zutreffend weiter ausführt, kommt bei dem Arbeitsvertrag der Parteien auch eine an sich mögliche Teilnichtigkeit aus den Gründen des § 139 BGB nicht in Betracht, weil die nach dem Vertrag geschuldete Leistung der Kläger im wesentlichen in der Vorführung des Geschlechtsverkehrs hat bestehen sollen, so wie es unstreitig schon nach Maßgabe der früheren Arbeitsverträge der Parteien mehrmals der Fall war.

Das Landesarbeitsgericht verkennt jedoch wie auch die Kläger und das Arbeitsgericht, daß gegenüber den zwingenden Rechtswirkungen des § 138 Abs. 1 BGB ein Einwand aus § 242 BGB nicht in Betracht kommt. Gerade weil über eine Berufung auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben die Rechtswirkungen des § 138 Abs. 1 BGB nicht wieder beseitigt werden sollen, d.h. einem sittenwidrigen Geschäft über den Umweg der unzulässigen Rechtsausübung nicht wieder rechtliche Geltung verschafft werden soll, kann sich vielmehr jedermann auf die Sittenwidrigkeit einer vertraglichen Vereinbarung berufen, also auch derjenige, der seinerseits - wie vorliegend die Beklagte - selbst gegen die guten Sitten verstoßen hat (vgl. BGHZ 27, 172 180; RGZ 150, 181 186 sowie 160, 52 56; Palandt, Kommentar zum BGB, 34. Aufl., § 138 1 g; Soergel-Siebert, aaO, § 138 Rdnr. 30; Staudinger-Going, aaO, § 138 Rdnr. 21). Entgegen der auch in der



- 11 -

Revisionserwiderung vertretenen Auffassung der Kläger sowie des Landesarbeitsgerichts gilt bezüglich der Auswirkungender Sittenwidrigkeit auch nichts anderes für Arbeitsverträge (vgl. BAG 23, 171 [176_7] = AP Nr. 29 zu § 138 BGB sowie BAG 4, 274 [275_7] = AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie; RAG 33, 74 [78_7]; Hueck-Nipperdey, aaO, S. 195; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Band I S. 188; Schaub, aaO, S. 113 sowie Staudinger-Nipperdey-Neumann, Dienstvertrag, 11. Aufl., § 611 Anm. 89, wo mit Recht Nichtigkeit des Arbeitsvertrages angenommen wird, wenn die danach zu leistende Arbeit als solche sittenwidrig ist). Jede andere Beurteilung wäre mit dem zwingenden Charakter des § 138 Abs. 1 BGB unvereinbar, wobei zu berücksichtigen ist, daß nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 817 Satz 2 BGB, der eine Rechtsschutzversagung zum Inhalt hat (vgl. Beuthien-Hadding, aaO, § 817 Anm. 3), bei beiderseitigem Verstoß gegen die guten Sitten - wie vorliegend - sogar eine Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen ausgeschlossen ist, weil die Rechtsordnung gesetz- oder sittenwidrigen Verträgen und deren Vollzug grundsätzlich die rechtliche Anerkennung versagt (Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., S. 424 - 425; Palandt, aaO, § 817 Anm. 1 und 3; Soergel-Siebert, aaO, § 817 Rdnr. 5 ff. sowie Staudinger-Seufert, aaO, § 817 Rdnr. 11, auch BGHZ 8, 348 [373_7]).

Auch die weiteren, insbesondere die in der Revisionserwiderung hiergegen vorgebrachten Einwendungen der Kläger greifen nicht durch. Die Kläger können sich nicht darauf berufen, an anderen Orten werde ohne behördliche Eingriffe der Geschlechtsverkehr auf Bühnen vorgeführt, was zudem auch von der Allgemeinheit nicht mehr als anstößig empfunden werde. Dabei verkennen die Kläger zunächst, daß es entgegen ihrer Behauptung eine dementsprechende allgemeine Üblichkeit gerade nicht gibt und daß verbreitet, z.B. unstreitig in Düsseldorf, auch seitens der dafür zuständigen Verwaltungen ein solches Verhalten, weil gegen die guten Sitten verstoßend, für unzulässig und demnach ordnungswid-

- 12 -



- 12 -

rig und rechtswidrig betrachtet wird (vgl. § 33 a Abs. 2 Ziffer 1 und § 144 Abs. 1 Ziff. 1 lit. c GewO). Abgesehen davon kann allein aus dem Umstand, daß seitens der zuständigen Verwaltungs- und Ordnungsbehörden nicht in allen Fällen gesetzwidrigen Verhaltens eingeschritten wird oder erfolgreich eingeschritten werden kann, was gegenwärtig selbst bei bestimmten Straftatbeständen der Fall ist, kein Schluß dahin gezogen werden, daß dieses Verhalten deswegen als mit der Rechtsordnung vereinbar anzusehen ist (BGH LM Nr. 6 zu § 138 BGB C e).

Auch auf die Entscheidung des Fünften Senats BAG AP Nr. 18 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis können sich die Kläger hierzu nicht berufen, denn sie betraf die Tätigkeit einer Stripteasetänzerin und nicht etwa - wie vorliegend - die Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne. Fehl geht auch die Einwendung der Kläger, sie hätten in W nur eine "Imitations-Show" aufgeführt, weil nach den mit Prozeßrügen nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und seiner Vertragsauslegung die Kläger nahezu ausschließlich den Geschlechtsverkehr vorführen sollten, wie es unstreitig auch schon bei ihren früheren Auftritten bei der Beklagten der Fall war, wobei zudem auch eine sogenannte "Imitations-Show" grundsätzlich nicht anders zu bewerten wäre als die effektive Vorführung des Geschlechtsverkehrs. Rechtsunerheblich ist schließlich auch, daß eine sogenannte "Universal-Show", wie die Kläger behaupten, in aller Regel nicht nur die Vorführung des Geschlechtsverkehrs zum Inhalt haben soll, weil davon abweichend Gegenstand ihres Arbeitsvertrages im wesentlichen nur die Vorführung des Geschlechtsverkehrs war.

Danach sind der Arbeitsvertrag der Parteien sowie sein beabsichtigter Vollzug sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB, so daß zugunsten der Kläger daraus keinerlei Rechtsansprüche entstehen konnten. Entgegen der Auffassung

- 13 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



des Landesarbeitsgerichts erscheint dieses Ergebnis auch keineswegs unbillig, denn die geltende Rechtsordnung versagt z.B. schon Spiel- und Wettschulden (§ 762 Abs. 1 BGB), aber auch den Ansprüchen des Ehevermittlers (§ 656 Abs. 1 BGB) und der Dirne (vgl. Soergel-Siebert, aaO, § 138 Rdnr. 15) die Möglichkeit der Durchsetzung eventueller Ansprüche mit Hilfe der staatlichen Gerichte.

III. Im Sinne einer Hilfsbegründung hat das Landesarbeitsgericht weiter ausgeführt, selbst wenn es bei der Sittenwidrigkeit des Arbeitsvertrages der Parteien bleibe, so sei unabhängig davon zwischen ihnen ein faktisches Arbeitsverhältnis zustandegekommen, was immer dann geschehe, wenn ein unwirksamer Arbeitsvertrag aktualisiert werde. Insoweit sei der Arbeitsvertrag dann wie ein wirksam zustandegekommener abzuwickeln:

Auch diese Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts, die der Meinung der Kläger und ihrem Vortrag in der Revisionserwiderung entspricht, ist falsch. Zwar entsteht in aller Regel dann, wenn ein nichtiger Arbeitsvertrag durch Aufnahme der Arbeit aktualisiert wird, ein sogenanntes faktisches Arbeitsverhältnis, das weitgehend ähnliche Rechtswirkungen wie ein durch einen wirksamen Arbeitsvertrag begründetes Arbeitsverhältnis erzeugt (vgl. BAG 5, 58 [65] = AP Nr. 2 zu § 125 BGB; BAG 5, 159 [161] = AP Nr. 2 zu § 123 BGB sowie Nr. 18 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht einschränkungslos. Zumindest dann können die zum "faktischen Arbeitsverhältnis" entwickelten Rechtsgrundsätze nicht angewendet werden, wenn die Begründung entsprechender Ansprüche mit den Grundauffassungen der geltenden Rechtsordnung in Widerspruch steht. Das ist der Fall, wenn – wie vorliegend – die dem Arbeitsvertrag entsprechende Beschäftigung des Arbeitnehmers nach ihrem Inhalt und Zweck selbst unsittlich ist oder in sonstiger schwerwiegender Weise gegen das Gesetz – und zwar nicht nur die Strafgesetze – verstößt (vgl. Hueck-Nipperdey aaO, S. 191 – 192; Nikisch, aaO, S. 216; auch BAG AP Nr. 18



- 14 -

zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis und BAG 14, 180 [185 ff.] = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis). Auch in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß nach geltendem Verfassungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) der "verfassungsmäßigen Ordnung" und dem "Sittengesetz", das gegenständlich zwar nicht ohne weiteres, aber doch weitgehend den "guten Sitten" im zuvor dargelegten Rechtssinne entspricht (vgl. BVerfGE 7, 198 [206] sowie Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl., Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 16), der gleiche Rang und die gleiche rechtliche Gewichtigkeit bemessen wird, was sich für den Bereich des Privatrechts auch aus § 817 BGB ergibt.

Auch demgegenüber berufen sich die Kläger erfolglos auf die Entscheidung BAG AP Nr. 18 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis des Fünften Senats. In dieser Entscheidung wird nämlich ausdrücklich hervorgehoben, daß ein "faktisches Arbeitsverhältnis" und die entsprechenden Rechtswirkungen dann nicht in Betracht kommen, wenn "wegen eines besonders schweren Mangels" des Arbeitsvertrages dessen volle Nichtigkeit eintrete, was auch bei einem Verstoß gegen die guten Sitten - wie vorliegend - in Betracht komme. Im übrigen betrifft diese Entscheidung einen anderen Sachverhalt und kann schon deswegen hier keine andere Beurteilung im Sinne des Vorbringens der Kläger rechtfertigen.

IV. Unzulässig ist die Klage schließlich insoweit, als die Kläger damit die Beklagte auf Erteilung von Arbeitsbescheinigungen gemäß § 133 ArbZG in Anspruch nehmen. Zwar sind derartige Ansprüche in der Vergangenheit regelmäßig vor den Gerichten für Arbeitssachen verfolgt und auch von diesen beschieden worden. Dies ist jedoch jetzt nicht mehr möglich.

Mit Beschluß vom 4. Juni 1974 - GmS OG B 2/73 - AP Nr. 3 zu § 405 RVO hat nämlich der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes entschieden, daß die Gerichte der

- 15 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Sozialgerichtsbarkeit dann zuständig sind, wenn ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber auf Zahlung des Zuschusses nach § 405 RVO in Anspruch nimmt, und zwar auch dann, wenn der betreffende Arbeitnehmer in der privaten Krankenversicherung versichert ist. Der Gemeinsame Senat hat diese seine Rechtsauffassung damit begründet, die zu entscheidenden Rechtsfragen lägen ihrem Schwerpunkt nach im Recht der Sozialversicherung, zu dem die Sozialgerichte die größere Sachnähe hätten.

Nach dieser Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes kommt auch im vorliegenden Falle der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht mehr in Betracht, weil die in § 133 AFG normierte Rechtsfolge, auf die es entscheidend ankommt, ihren Schwerpunkt im Arbeitsförderungs-gesetz hat, also in einem Bereich des öffentlichen Rechts, für den die Zuständigkeit der Sozialgerichte gegeben ist (§ 51 Abs. 1 SGG). Daher kommt es auch nicht darauf an, ob die Vorschrift des § 133 AFG nur der Arbeitsverwaltung einen öffentlichrechtlichen oder dem Arbeitnehmer einen dem Privatrecht zuzuordnenden Rechtsanspruch gegen seinen Arbeitgeber auf Erteilung der Arbeitsbescheinigung gibt bzw. ob beide Ansprüche nebeneinander bestehen (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, S. 470; Nikisch, aaO, S. 868 - 869; Schaub, aaO, S. 627 sowie Staudinger-Nipperdey-Neumann, aaO, Anm. 172 vor § 620 BGB). Selbst wenn nämlich ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber auf Erteilung der Arbeitsbescheinigung zu bejahen wäre, kann er nunmehr aus den dargelegten Gründen nicht mehr vor den Arbeitsgerichten verfolgt werden. Dieser Umstand ist von Amts wegen auch noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen, da es hierbei nicht um eine Frage der sachlichen Zuständigkeit geht, sondern ein anderer Rechtsweg zu beschreiten ist (vgl. Baumbach-Lauterbach, aaO, § 528 2 A; Stein-Jonas, aaO, § 528 III vor 1).

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 238 Abs. 3 ZPO.

gez.: Dr. Poelmann

Dr. Neumann

Dr. Feller

Bahr

Brocksiepe

