

Aktenzeichen: 2 AZR 541/86

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 25. Juni 1987
- 2 AZR 541/86 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 31. Juli 1985
Mannheim - 2 Ca 138/85 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 17. April 1986
Baden-Württemberg - 7 Sa 85/85 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Aufhebungsvertrag und bedingte Wiedereinstellungszusage

Gesetz: BGB § 620 Bedingung, §§ 158, 242, 305, 626; BetrVG § 99;
KSchG 1969 § 1

Leitsätze:

Ein Vertrag, durch den das Arbeitsverhältnis zum Urlaubsende aufgelöst wird, ist unwirksam, wenn dem Arbeitnehmer gleichzeitig die Wiedereinstellung bei Wahrung des Besitzstandes zugesagt und hierfür nicht nur die termingerechte Rückkehr aus dem Urlaub, sondern auch die Zustimmung des Betriebsrats und eine günstige Beschäftigungslage als Bedingung vereinbart wird, der Arbeitgeber aber bei Vertragsabschluß die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach Urlaubsende aus betrieblichen Gründen für notwendig erachtet und ihm deshalb einen zusätzlichen unbezahlten Urlaub verweigert hat (im Anschluß an das Senatsurteil vom 13. Dezember 1984 - 2 AZR 294/83 - AP Nr 8 zu § 620 BGB Bedingung).



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 541/86

7 Sa 85/85 Baden-Württemberg

Verkündet am
25. Juni 1987

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 1987 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie den ehrenamtlichen Richter Timpe und die ehrenamtliche Richterin Nipperdey für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. April 1986 - 7 Sa 85/85 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Der 1938 geborene, verheiratete und drei Kindern unterhaltsverpflichtete Kläger ist nach eigenem Vortrag seit Juni 1968, nach dem Vortrag der Beklagten seit April 1970 in ihrer Mannheimer Niederlassung als Maurer zu einem monatlichen Nettoentgelt von zuletzt 2.500,-- DM beschäftigt. Er ist jugoslawischer Staatsangehöriger.

Seit 1972 ist der Kläger jeweils im Urlaub wie folgt krank gewesen:

1972	ab 31.12.1971 bis 25.01.1972
1973	ab 08.01.1973 bis 06.02.1973
1976	ab 16.01.1976 bis 13.02.1976
1978	ab 05.01.1978 bis 26.02.1978
1979	ab 27.12.1978 bis 24.01.1979
1980	ab 26.12.1979 bis 21.02.1980
1981	ab 05.01.1981 bis 14.02.1981
1982	ab 11.01.1982 bis 21.02.1982
1983	ab 07.01.1983 bis 28.02.1983
1984	ab 04.01.1984 bis 29.02.1984



In der Zeit vom 17. Dezember 1984 bis zum 29. Januar 1985 erhielt der Kläger bezahlten Erholungsurlaub. Vor Urlaubsantritt unterzeichnete er am 14. Dezember 1984 eine "Besondere Vereinbarung zur Urlaubs- und Freistellungsmeldung für gewerbliche Mitarbeiter/gewerbliche Auszubildende". Diese Vereinbarung (im folgenden: Aufhebungsvereinbarung) enthält, jeweils in deutscher und serbokroatischer Sprache unter Ziff. I ("Ruhe des Beschäftigungsverhältnisses") die Urlaubsgewährung sowie unter Ziff. II folgende Aufhebungsvereinbarung:

"Wegen der Beschäftigungssituation und mit Rücksicht auf die laufenden Baumaßnahmen kann Ihnen der beantragte unbezahlte Urlaub nicht gewährt werden. - In beiderseitigem Einvernehmen endet deshalb das Arbeitsverhältnis mit dem letzten Tag des bezahlten Urlaubs, dem 09.1.85.

Sollte es die Beschäftigungslage zulassen, so erklären wir uns bereit, Sie spätestens am 30.1.85 unter der Voraussetzung, daß der Betriebsrat zustimmt, wieder einzustellen.

Für den Fall der Wiedereinstellung werden vorherige Beschäftigungszeiten auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet. Die Arbeitspapiere werden bis auf weiteres im Betrieb für Sie verwahrt. Auf Wunsch senden wir sie Ihnen unverzüglich zu."

Die Beklagte unterzeichnete die in ihrem Besitz gebliebene Urkunde erst im Verlaufe des vorliegenden Rechtsstreits am 3. Juni 1985.



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



Während seines Urlaubs, den er in seinem Heimatland verbrachte, teilte der Kläger der Beklagten mit, daß er seit 17. Januar 1985 krank sei. Nachdem er am 30. Januar 1985 nicht zur Arbeit erschienen war, schrieb ihm die Beklagte unter dem 1. Februar 1985, sie sehe das Arbeitsverhältnis gemäß der Aufhebungsvereinbarung vom 14. Dezember 1984 als einvernehmlich zum 29. Januar 1985 aufgehoben an. Die periodisch immer wiederkehrenden Krankheitsfälle während seines Urlaubs seien für sie Anlaß genug, es bei dieser Vereinbarung zu belassen. Da er am 30. Januar 1985 zur Arbeit nicht mehr erschienen sei, die Beschäftigungslage seine Wiedereinstellung nicht zugelassen und auch der Betriebsrat ihr nicht zugestimmt habe, komme eine Wiedereinstellung nicht mehr in Betracht.

Der Kläger meldete sich bei der Beklagten am 1. März 1985 zurück. In einem Gespräch mit dem kaufmännischen Leiter der Niederlassung sprach dieser dem Kläger eine nach Darstellung der Beklagten vorsorgliche Kündigung zum 30. April 1985 aus. Die Beklagte bestätigte diese Kündigung mit Schreiben vom 28. Februar 1985, das dem Kläger am 5. März 1985 zuging. Außerdem vereinbarten der kaufmännische Leiter und der Kläger, daß der Kläger noch bis zum 30. April 1985 weiterarbeiten könne.

Mit seiner am 13. März 1985 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, daß sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortbestehe. Er hat vorgetragen, die Aufhebungsvereinbarung vom 14. Dezember 1984 habe das Arbeitsverhältnis nicht zum 29. Januar 1985 beenden können. Sie sei nicht zustande



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gekommen, weil Schriftform vereinbart worden sei, die Beklagte die Urkunde jedoch erst am 3. Juni 1985 und somit nicht mehr rechtzeitig unterzeichnet habe. Zum anderen sei sie wegen Umgehung zwingenden Kündigungsschutzrechts unwirksam. Zudem sei das Arbeitsverhältnis von der Beklagten vorbehaltlos nach dem 1. März 1985 fortgesetzt worden. Ihr Schreiben vom 1. Februar 1985 enthalte keine eigenständige Kündigungserklärung. Die Kündigung vom 1. März 1985, bestätigt durch Schreiben vom 28. Februar 1985, sei mangels einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung unwirksam. Sie sei darüber hinaus auch sozial nicht gerechtfertigt, da er ab dem 17. Januar 1985 tatsächlich krank gewesen sei. Er befinde sich schon seit Jahren wegen eines Wirbelsäulenleidens in ärztlicher Behandlung, sowohl in Deutschland als auch in Jugoslawien. Die Krankheit werde aufgrund seines Alters und des Klimawechsels jeweils während seiner Heimataufenthalte akut. Sollte eine krankheitsbedingte Kündigung vorliegen, habe die Beklagte die Beeinträchtigung betrieblicher Belange durch seine Erkrankungen nicht hinreichend substantiiert dargelegt.

Der Kläger hat beantragt

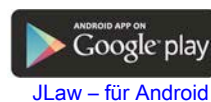
festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 28. Februar 1985 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, schon die Auflösungsvereinbarung vom 14. Dezember 1984 habe das Arbeitsverhältnis wirksam zum 29. Januar 1985 beendet. Diese Vereinbarung habe sie sofort am



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



14. Dezember 1984 im Beisein des Klägers mündlich angenommen, der Schriftform habe es hierzu nicht bedurft. Sie sei auch nicht wegen Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen unwirksam. Die Wiedereinstellungszusage sei nicht ausschließlich von einer terminberechtigten Rückkehr des Klägers aus dem Urlaub abhängig gemacht worden. Vom 1. März bis zum 30. April 1985 habe sie ihn unter dem ausdrücklichen Vorbehalt weiter beschäftigt, daß hierdurch der Aufhebungsvertrag nicht berührt werde.

In jedem Falle sei das Arbeitsverhältnis durch die teilweise ausgesprochenen Kündigungen vom 1. Februar und 1. März 1985 (bestätigt durch das Schreiben vom 28. Februar 1985) beendet worden. Den Betriebsrat habe sie hierzu wie zu der Auflösungsvereinbarung vom 14. Dezember 1984 ordnungsgemäß angehört. Die am 1. März 1985 ausgesprochene Kündigung wirke im übrigen zum 31. Mai 1985, dem letzten Tag der für sie geltenden Kündigungsfrist.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten nach Durchführung einer Beweisaufnahme zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. Die Revision ist begründet. Das Berufungsgericht hat zwar



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



richtig erkannt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch Auflösungsvertrag beendet worden ist. Jedoch läßt sich noch nicht abschließend beurteilen, ob auch die vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten unwirksam ist. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Weiterbeschäftigung des Klägers vom 1. März bis 30. April 1985 nicht zu einer von der Wirksamkeit der Auflösungsvereinbarung unabhängigen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit gemäß § 625 BGB geführt hat.

Das Berufungsgericht hat aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme festgestellt, daß der kaufmännische Niederlassungsleiter, der Zeuge W , dem Kläger am 1. März 1985 ausdrücklich erklärt habe, es bleibe bei dem Aufhebungsvertrag, er könne "ab Montag" weiter arbeiten, dem Kläger aber gleichzeitig zum 30. April 1985 gekündigt habe. An diese tatsächlichen Feststellungen ist der Senat gebunden, da der Kläger hiergegen keine Verfahrensrüge erhoben hat. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe durch diese Erklärungen des Zeugen dem Kläger gegenüber hinreichend zum Ausdruck gebracht, daß sie nach dem in dem Aufhebungsvertrag vereinbarten Beendigungstermin das Arbeitsverhältnis nicht unbefristet fortsetzen wolle und demgemäß im Sinne von § 625 BGB widersprochen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Senatsurteil vom 8. März 1962 - 2 AZR 497/61 - BAGE 12, 328 = AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, zu II 1 der Gründe; ebenso KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 625 BGB Rz 13) kann ein Widerspruch auch in dem Angebot einer befristeten Wei-



terbeschäftigung liegen. Ein solches Angebot hat die Beklagte dem Kläger mit der Weiterbeschäftigung bis zum Termin der vorsorglich ausgesprochenen Kündigung bei ausdrücklichem Festhalten an der Auflösungsvereinbarung unterbreitet.

II. Das Berufungsgericht hat das Arbeitsverhältnis durch die in der von den Parteien unterzeichneten Urkunde enthaltene Aufhebungsvereinbarung nicht für aufgelöst angesehen. Es hat die zwischen den Parteien umstrittene Frage des Zustandekommens dieser Vereinbarung offen gelassen, weil es die Ansicht vertreten hat, ein Aufhebungsvertrag dieses Inhalts sei wegen Umgehung zwingenden Kündigungsrechts unwirksam. Diese Würdigung entspricht den in dem Senatsurteil vom 13. Dezember 1984 (- 2 AZR 294/82 - AP Nr. 8 zu § 620 BGB Bedingung) zu Vertragsgestaltungen der vorliegenden Art aufgestellten Grundsätzen.

1. Die Aufhebungsvereinbarung enthält zum einen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum 29. Januar 1985 und weiter die Zusage der Beklagten, den Kläger unter Anrechnung der bisher verbrachten Dienstzeiten spätestens am 30. Januar 1985, dem Tag nach dem mit dem Auflösungstermin zusammenfallenden Ende des bewilligten tariflichen Erholungsurlaubs, wieder einzustellen, wenn es die Beschäftigungslage zulassen und der Betriebsrat zustimmen sollte. Danach liegt ein unbedingter Aufhebungsvertrag und eine damit in unmittelbarem Zusammenhang stehende Wiedereinstellungszusage der Beklagten vor, die an drei Bedingungen geknüpft ist, nämlich eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger, die Zustimmung des Betriebsrats und, so der eigene Vortrag der Be-



klagten und die von der Revision nicht beanstandete Annahme des Berufungsgerichts, Erscheinen und Bewerbung des Klägers um Wiedereinstellung bis spätestens 30. Januar 1985.

2. Die vertraglich vereinbarte Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich zulässig und nicht durch Kündigungs- oder Kündigungsschutzbestimmungen ausgeschlossen. Wie der Senat in dem grundlegenden Urteil vom 19. Dezember 1974 (BAGE 26, 417 = AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung) sowie in dem Urteil vom 13. Dezember 1984 (aaO) ausgesprochen hat, sind solche Verträge jedoch unwirksam, wenn durch ihre Ausgestaltung zwingende Bestimmungen des Kündigungsrechts umgangen werden. Eine Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn der Zweck zwingender Rechtsnormen objektiv dadurch vereitelt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbräuchlich verwendet werden (grundlegend BAG Großer Senat, BAGE 10, 65, 70 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, zu C der Gründe). Als zwingende Rechtsnorm kommt im Zusammenhang mit der vertraglichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses in erster Linie die Vorschrift des § 626 BGB über die außerordentliche Kündigung von Dienstverhältnissen in Betracht, die Vereinbarungen entgegensteht, durch die der für die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung erforderliche wichtige Grunde beseitigt oder eingeschränkt wird. Ferner ist zu berücksichtigen, daß auf den Kündigungsschutz im voraus nicht wirksam verzichtet werden kann.

a) Der Senat hat in dem Urteil BAGE 26, 417 einen bedingten Aufhebungsvertrag, in dem die Arbeitsvertragsparteien vereinbart



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



hatten, daß der ausländische Arbeitnehmer am Ende der gewährten Freizeit die Arbeit wieder aufnehmen oder das Arbeitsverhältnis andernfalls ohne Rücksicht auf die Gründe des Fernbleibens enden solle, wegen Umgehung des § 626 BGB sowie des allgemeinen Kündigungsschutzes für unwirksam angesehen. Die Gründe hierfür waren im wesentlichen folgende:

Der bedingte Aufhebungsvertrag wird nicht geschlossen, weil das Arbeitsverhältnis - wie bei einer Befristung - von vornherein nur für eine bestimmte Zeit bestehen soll. Vielmehr soll der Arbeitnehmer veranlaßt werden weiterzuarbeiten, nämlich pünktlich nach Beendigung seines Urlaubs die Arbeit wieder aufzunehmen. Nur bei verspäteter Rückkehr soll durch diese Vereinbarung eine Kündigung erspart werden, die nach dem Vertragsinhalt eine fristlose Kündigung sein müßte.

Im Zeitpunkt des Abschlusses des bedingten Aufhebungsvertrages kann der Arbeitnehmer noch nicht beurteilen, ob er die vereinbarte Bedingung erfüllen kann. Die verspätete Wiederaufnahme der Arbeit kann die verschiedensten Ursachen haben, insbesondere unabhängig vom Willen des Arbeitnehmers, aber auch aufgrund solcher Umstände eintreten, die keinen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abgeben. Der Arbeitnehmer nimmt zumindest die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen in Kauf, die den Arbeitgeber möglicherweise nicht zur fristlosen Kündigung berechtigen würden.

Hinzu kommt, daß der Arbeitgeber mit der Konstruktion des



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

bedingten Aufhebungsvertrages ein nicht zu billiges Ziel verfolgt. Der Arbeitnehmer soll unter dem Druck, seinen Arbeitsplatz zu verlieren, veranlaßt werden, pünktlich aus dem Urlaub zurückzukehren. Der grundsätzlich bestehende Anspruch des Arbeitgebers auf rechtzeitige Arbeitsaufnahme nach Urlaubsende kann aus den verschiedensten Gründen (z.B. Krankheit, Verkehrsstörungen) nicht gegeben sein. Durch die Vereinbarung, den Fall der Nichterfüllung dieses Anspruchs generell mit einer vertraglichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verbinden, wird dem Arbeitnehmer jede Gegenwehr gegen eine sonst erforderliche und regelmäßig der gerichtlichen Nachprüfung unterliegende außerordentliche Kündigung genommen. Dies ist mit den unabdingbaren Grundsätzen des Rechts zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB sowie des allgemeinen Kündigungsschutzes unvereinbar.

b) Dem Senatsurteil vom 13. Dezember 1984 (aaO) lag ein mit einer bedingten Wiedereinstellungszusage verknüpfter unbedingter Aufhebungsvertrag mit einem ausländischen Arbeitnehmer zugrunde. Danach wurde das Arbeitsverhältnis zum Ende des tariflichen Erholungsurlaubs (14. August) aufgelöst. Gleichzeitig sagte der Arbeitgeber, der einen vom Arbeitnehmer zusätzlich beantragten unbezahlten Urlaub mit dem Hinweis auf entgegenstehende betriebliche Gründe verweigert hatte, die Wiedereinstellung unter Anrechnung der bisher verbrachten Dienstzeiten zu, falls der Arbeitnehmer spätestens zwei Wochen nach Urlaubs- und Vertragsende (31. August) in den Betrieb zurückkehre.

Der Senat hat auch eine solche Vereinbarung wegen Umgehung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zwingenden Kündigungsschutzrechts für unwirksam angesehen. Formal endet danach zwar das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Urlaubs. Die weitere Vertragsgestaltung zeigt jedoch, daß es den Parteien nicht in erster Linie um die endgültige Vertragsauflösung, sondern wie bei dem bedingten Aufhebungsvertrag um die termingerechte Rückkehr des Arbeitnehmers und die für diesen Fall vereinbarte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ging. Die endgültige Trennung sollte allein im Falle der Versäumung des Rückkehrtermins eintreten. Der Arbeitgeber kann auch keinen betrieblichen Grund für eine Arbeitsaufnahme des Arbeitnehmers unmittelbar nach dem Ende des Tarifurlaubs dartun. Die in dem Aufhebungsvertrag enthaltene Feststellung, unbezahlter Urlaub habe aus betrieblichen Gründen nicht gewährt werden können, ist nur formaler Natur. Denn dem Arbeitnehmer wird trotzdem bei einer Rückkehr zwei Wochen nach dem Urlaubsende die Wiedereinstellung zugesagt, so daß seine zwischenzeitliche Abwesenheit sich bei Einhaltung dieses Termins in ihrer tatsächlichen Auswirkung als vom Arbeitgeber hingenommener unbezahlter Urlaub darstellt. Entbehrt danach die Berufung des Arbeitgebers auf betriebliche Gründe eines sachlichen Gehalts, so verfolgt der Arbeitgeber wie mit dem bedingten Aufhebungsvertrag auch mit dieser Vertragsgestaltung das mit den zwingenden Grundsätzen des Kündigungsrechts unvereinbare Ziel, den Arbeitnehmer unter dem Druck des endgültigen Verlustes des Arbeitsplatzes zur Einhaltung des Rückkehrtermins zu veranlassen und ihm die Möglichkeit zu nehmen, eine ohne diese Vereinbarung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderliche fristlose Kündigung gerichtlich nachprüfen zu lassen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Zwar ist, im Gegensatz zum bedingten Aufhebungsvertrag, das rechtliche Band zwischen den Arbeitsvertragsparteien zunächst einmal gelöst. Dieser Umstand ist jedoch ebenso formal wie die Berufung auf die einer Gewährung unbezahlten Urlaubs entgegenstehenden betrieblichen Gründe. Maßgebender Gesichtspunkt für den kündigungsähnlichen Charakter des Auflösungsvorganges beim bedingten Aufhebungsvertrag ist der Umstand, daß beide Vertragspartner grundsätzlich zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereit sind und dessen Auflösung nur für den ungewissen Fall einer Urlaubsüberschreitung vereinbaren. Damit wird praktisch die Kündigung als die eigentliche dem Gesetz entsprechende Reaktion auf eine verspätete Rückkehr aus dem Urlaub ohne Rücksicht darauf vorweggenommen, ob die Umstände eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung rechtfertigen. Nicht anders ist die wirkliche Sachlage, wenn die unbedingte Vertragsaufhebung mit einer ausschließlich von der termingerechten Rückkehr des Arbeitnehmers abhängigen Wiedereinstellung unter Aufrechterhaltung der bisher erworbenen Rechte verknüpft wird. Auch hier besteht die grundsätzliche beiderseitige Bereitschaft zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Die Kündigung wird durch die zunächst herbeigeführte unbedingte Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorweggenommen. Diese hat jedoch im Falle der beiderseitig angestrebten Wiederaufnahme der Vertragsbeziehungen nur formelle Bedeutung, weil der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Anrechnungsklausel dieselben Rechte hat wie im Falle eines bedingten Aufhebungsvertrages.

3. An diesen Grundsätzen hält der Senat fest. Das Urteil vom



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



19. Dezember 1974 (aaO) hat überwiegend Zustimmung gefunden (Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 309; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 52 a; derselbe in Anm. zu AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl., § 122 II, S. 811 - auch zu dem Senatsurteil vom 13. Dezember 1984, aaO; Söllner, Arbeitsrecht, 7. Aufl., S. 226, Fn 9; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 22; Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl., S. 220; gleicher Ansicht Reuter in Anm. zu EzA § 305 BGB Nr. 4 und 5).

Demgegenüber geht Bickel (Anm. zu AP Nr. 8 zu § 620 BGB Bedingung) bei seiner Kritik an den beiden Senatsentscheidungen zunächst davon aus, die Begründung sei bereits im methodischen Ansatz (Gesetzesumgehung) - ebenso wie die gesamte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Befristung von Arbeitsverträgen - verfehlt. Nach seiner Ansicht lassen die Entscheidungen sich nur mit Richterrecht begründen, führen jedoch zu einer unzulässigen Einschränkung der verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit, während die bisher ebenfalls nur mit Richterrecht begründbare Befristungsrechtsprechung nunmehr durch die neue Gesetzgebung (§ 1 des Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung vom 26. April 1985; §§ 57 a, 57 b des Hochschulrahmengesetzes in der Fassung des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen vom 14. Juni 1985) sanktioniert worden ist.

Das Bundesarbeitsgericht ist seit dem grundlegenden Beschluß



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

des Großen Senats (aaO) bei seiner Befristungsrechtsprechung von dem Rechtsinstitut der Gesetzesumgehung ausgegangen. Der Vierte Senat (BAGE 32, 85 = AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) hat angenommen, der Große Senat (aaO) habe mit seiner Entscheidung § 620 BGB durch gesetzesimmanente Rechtsfortbildung in Übereinstimmung mit dem im Gesetz selbst zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken ausgelegt. Kraft (Anm. zu AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) sieht in dieser Rechtsprechung eine - zulässige - gesetzesüberschreitende Rechtsfortbildung, weil die Einschränkung der Befristung des Arbeitsvertrages nicht aus § 620 BGB, sondern aus den zwingenden Normen des Kündigungsschutzes und damit aus den Prinzipien der Gesamtrechtsordnung abgeleitet wurde (ähnlich Koller, Anm. zu AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, der die Rechtsprechung als durch das arbeitsrechtliche Schutzprinzip geforderte - zulässige - Rechtsfortbildung begreift). Nach Richardi (Anm. zu AP Nr. 74 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter III) beruht die Theorie der objektiven Gesetzesumgehung auf keiner selbständigen rechtsdogmatischen Kategorie, sondern ist lediglich die wenig geglückte Bezeichnung für ein Problem der Gesetzesrelation. Unbeschadet dieser dogmatischen Unterscheidungen gehen jedoch diese wie auch die meisten der übrigen von Bickel (aaO) für seine Kritik an dem methodischen Ansatz der Befristungsrechtsprechung zitierten Autoren in der Sache davon aus, daß im Hinblick auf die Entwicklung des Kündigungsrechts Grenzen für die Vertragsfreiheit nach § 620 BGB bestehen und der befristete Arbeitsvertrag als Vertragstyp nur zulässig ist, wenn sein Einsatz nicht den Zweck des Kündigungsschutzrechts vereitelt



(Richardi, aaO). Das gilt ebenso auch für die Einschränkung der gem. § 305 BGB bestehenden Freiheit der Arbeitsvertragsparteien, Aufhebungsverträge abzuschließen. Unbeschadet der dogmatischen Einordnung ist an dem Grundsatz festzuhalten, daß auch durch einen Aufhebungsvertrag nicht der Zweck zwingender Kündigungsschutznormen vereitelt werden darf, wie dies bei bedingten oder mit bedingten Einstellungszusagen verknüpften unbedingten Aufhebungsverträgen der den Senatsurteilen vom 19. Dezember 1974 und 13. Dezember 1984 (aaO) zugrundeliegenden Art geschieht.

4. Nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen des Senats ist auch der vorliegend zu beurteilende Aufhebungsvertrag unwirksam.

a) Wie in dem Urteil vom 13. Dezember 1984 (aaO) näher begründet, kommt der unbedingten Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur formale Bedeutung zu, wenn die Wiedereinstellung unter Wahrung des Besitzstandes lediglich von dem pünktlichen Arbeitsantritt zu dem vereinbarten Rückkehrtermin abhängig ist. Diese Vertragsgestaltung steht in ihrem sachlichen Gehalt dem bedingten Aufhebungsvertrag gleich. Denn in beiden Fällen geht es den Vertragsparteien in erster Linie um die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und nur bei nicht termingerechtem Arbeitsantritt um eine endgültige Trennung; sowohl durch die in den Aufhebungsvertrag aufgenommene Bedingung, als auch mit der mit der Wiedereinstellungszusage verknüpften Vertragsauflösung wird - in unzulässiger Weise - die Kündigung als die dem Gesetz entsprechende Sanktion vorweggenommen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

b) Der vorliegend zu beurteilende Aufhebungsvertrag enthält gegenüber dem dem Senatsurteil vom 13. Dezember 1984 zugrunde liegenden Vertrag neben dem Rückkehrtermin noch zwei weitere Voraussetzungen für eine Wiedereinstellung des Klägers, nämlich die entsprechende Beschäftigungslage und die Zustimmung des Betriebsrats. Ferner wurde als Rückkehrtermin der Tag nach dem mit dem Urlaubsende zusammenfallenden Vertragsende festgelegt, während in dem früher entschiedenen Fall zwar das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des bewilligten Tarifyurlaubs enden sollte, dem Arbeitnehmer aber gleichwohl noch zwei weitere Wochen für die Rückkehr zugestanden wurden. Gleichwohl ist die Auslegung des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, es sei den Parteien auch nach dieser Vertragsgestaltung in erster Linie um die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegangen, so daß durch die mit der Wiedereinstellungszusage verknüpfte Vertragsaufhebung ebenfalls in unzulässiger Weise die Kündigung vorweggenommen werden sollte. Es handelt sich insoweit um die Auslegung eines nicht typischen Vertrages, der vom Revisionsgericht nur auf Verstöße gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze sowie daraufhin überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB verletzt und für die Auslegung wesentliche Umstände nicht berücksichtigt hat.

aa) Der für die Wiedereinstellung zur Bedingung gemachten Beschäftigungslage des Betriebes konnte das Berufungsgericht angesichts der weiteren von ihm gewürdigten Umstände ohne Rechtsfehler lediglich formalen Charakter beimessen.



Die Beklagte hat in dem Aufhebungsvertrag dem Kläger unbezahlten Urlaub über das Ende des Tarifurlaubs (29. Januar 1985) mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Beschäftigungssituation und die laufenden Baumaßnahmen verweigert. Somit war nach ihrer eigenen Einschätzung bei Vertragsabschluß eine Beschäftigung des Klägers nach Urlaubsende erforderlich, wie im übrigen auch die Revision vorträgt. Hieraus sowie aus der Bestimmung des Tages nach Urlaubsende als dem letztmöglichen Rückkehr- und Wiedereinstellungstermin konnte das Berufungsgericht folgern, ein Arbeitskräftebedarf zu diesem Termin sei von den Parteien nicht ernsthaft in Frage gestellt und deshalb nicht als sachliche Wiedereinstellungsbedingung angesehen worden, nachdem eine über den Termin hinausgehende Freistellung des Klägers mit der seine Anwesenheit erfordernden Auftragslage abgelehnt worden war. Gerade der von der Revision betonte Zusammenhang der Wiedereinstellungsbedingungen rechtfertigt diese Vertragsauslegung. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe allein darauf abgestellt, wie die Beklagte die Beschäftigungslage zum Urlaubsende bei Vertragsabschluß beurteilt habe und unberücksichtigt gelassen, daß sie nach der unbedingten Vertragsaufhebung in ihren weiteren Dispositionen über den Einsatz von Arbeitskräften freigesewesen sei und sich deshalb bei Urlaubsende die Beschäftigungslage anders habe darstellen können als bei Vertragsabschluß. Dieser Umstand spricht im Hinblick auf den zum Rückkehrtermin als feststehend angesehenen Arbeitskräftebedarf und die verhältnismäßig kurze Zeitspanne zwischen Urlaubsbeginn und -ende nicht zwingend gegen die Auslegung des Berufungsgerichts, den Parteien sei es in Wahrheit vordringlich um die Weiterbeschäftigung des



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

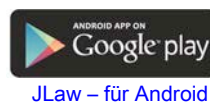
Klägers gegangen. Das Berufungsgericht konnte hierfür weiter in Betracht ziehen, daß die Arbeitspapiere des Klägers bei der Beklagten verbleiben und dem Kläger nur auf ausdrücklichen Wunsch übersandt werden sollten.

bb) Das Berufungsgericht konnte ferner ohne Rechtsfehler der Zustimmung des Betriebsrats zur Wiedereinstellung des Klägers keine substantielle Bedeutung für die Wiedereinstellungszusage zuerkennen. Es geht insoweit um das nach § 99 BetrVG - im Falle der Wirksamkeit der Vertragsauflösung - ohnehin gesetzlich vorgeschriebene Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Ohne Erfolg verweist die Revision darauf, ein Verstoß gegen diese Norm berühre nicht die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages, so daß die Parteien eine zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung für den neuen Arbeitsvertrag vereinbart hätten. Auch diese Würdigung bleibt im Formalen verhaftet. Ein Verstoß gegen § 99 BetrVG berührt zwar nicht die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages. Jedoch kann der Betriebsrat verlangen, daß der Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigt wird. Ein verständiger Arbeitgeber, der eine Lohnzahlungspflicht aus Annahmeverzug vermeiden will, wird den Arbeitnehmer deshalb ohnehin nur unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats beschäftigen (vgl. BAG Urteil vom 2. Juli 1980 - 5 AZR 56/79 - AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972, zu II 4 der Gründe).

III. Der Ansicht des Berufungsgerichts, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei auch nicht durch eine Kündigung der Beklagten beendet worden, vermag sich der Senat dagegen nicht anzu-



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



schließen.

1. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, das Schreiben der Beklagten vom 1. Februar 1985 enthalte keine Kündigungserklärung. Es hat aus der darin enthaltenen ausdrücklichen Bezugnahme auf die Aufhebungsvereinbarung gefolgert, es fehle an der eindeutigen Erklärung eines Geschäftswillens der Beklagten, das Arbeitsverhältnis unabhängig von dieser Vereinbarung durch eine neue rechtsgestaltende Erklärung zu beenden.

Diese Auslegung stimmt mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts überein, nach der eine mit einer vertraglichen Regelung (z.B. Befristungsabrede) begründete Ablehnung der Weiterbeschäftigung in der Regel dann keine vorsorgliche Kündigungserklärung darstellt, wenn die Wirksamkeit der vertraglichen Regelung zwischen den Parteien, wie auch vorliegend bei Abfassung des Schreibens vom 1. Februar 1985, noch nicht streitig ist (vgl. Senatsurteil vom 26. April 1979 - 2 AZR 431/77 - AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, zu 4 der Gründe).

2. Hinsichtlich der vorsorglichen Kündigung vom 1. März 1985 hat es das Berufungsgericht dahingestellt sein lassen, ob der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden ist. Es hat angenommen, diese Kündigung sei in jedem Falle sozial ungerechtfertigt. Es hat hierzu ausgeführt, als Kündigungsgrund komme in erster Linie in Betracht, daß der Kläger während seines Urlaubs im Januar 1985 erkrankt sei und seine Arbeit nach Urlaubsende nicht wieder aufgenommen habe. Dies könne aber die Beklagte ihm im Jahr 1985 nicht als vertragswidriges Verhalten oder als sonstige Vertrags-



störung anlasten, weil sie sich selbst für 1985 bislang immer auf die einvernehmliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und damit auf das Ende der beiderseitigen Vertragspflichten berufen habe.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es verkennt den Charakter einer vorsorglich für den Fall der Unwirksamkeit eines Aufhebungsvertrages ausgesprochenen ordentlichen Kündigung. Die Kündigung ist in dem vom 28. Februar 1985 datierenden Schreiben ausdrücklich als vorsorgliche erklärt worden. Das Festhalten an einer zunächst im Hinblick auf die Aufhebungsvereinbarung für sie günstigeren Rechtsposition bei Ausspruch einer vorsorglichen Kündigung ist der Beklagten, ohne daß sie sich damit widersprüchlich verhält, möglich (vgl. BAGE 1, 110, 112 = AP Nr. 5 zu § 3 KSchG, zu II der Gründe). Das Berufungsgericht durfte deshalb nicht die Aufhebungsvereinbarung als unwirksam ansehen, der Beklagten aber die Geltendmachung der Verletzung der dann fortbestehenden Vertragspflichten versagen. Das Berufungsgericht hat zudem unberücksichtigt gelassen, daß die Beklagte dem Kläger in erster Linie vorwirft, in Wahrheit ab 17. Januar 1985 gar nicht arbeitsunfähig krank gewesen zu sein.

3. Der Rechtsstreit muß deshalb zurückverwiesen werden, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die zur Frage der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats zu der vorsorglichen Kün-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

digung vom 1. März 1985 und ihrer sozialen Rechtfertigung erforderlichen Feststellungen zu treffen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Hillebrecht

Triebfürst

zugleich für den durch
Urlaub an der Unterschrift
verhinderten Richter Ascheid

Timpe

Nipperdey



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)