

Assessor Ulf Berger-Delhey, Bonn

## Die Kündigung vor Dienstantritt

### I. Das Problem

Immer öfter und keineswegs nur für herausgehobene Positionen, deren sofortige Wiederbesetzung unumgänglich ist, müssen in der täglichen Praxis Arbeitsverhältnisse langfristig geplant werden. Aus diesem Bedürfnis heraus werden Arbeitsverträge zunehmend längere Zeit vor der tatsächlichen Arbeitsaufnahme (sog. Dienstantritt) abgeschlossen, um die Arbeitskraft zum gewünschten Zeitpunkt sicher zur Verfügung zu haben. Die zwischen Vertragsabschluss und Dienstantritt liegende Zeit gibt allerdings oft den Arbeitsvertragsparteien Anlaß, neue Überlegungen anzustellen, sei es, daß der Arbeitnehmer zwischenzeitlich einen neuen, ihm mehr zusagenden Arbeitsplatz findet, sei es, daß der Arbeitgeber glaubt, einen geeigneteren Arbeitnehmer gefunden zu haben. Daraus entsteht das Problem, ob das Arbeitsverhältnis vor der tatsächlichen Aufnahme gekündigt werden darf und wann in einem solchen Falle dann ggfs. die arbeitsvertraglichen Beziehungen enden<sup>1)</sup>.

### II. Kündigungserklärung

Da die Kündigung zu jeder Zeit<sup>2)</sup>, an jedem Ort, innerhalb oder außerhalb der Arbeitszeit, vor oder am Kündigungstermin erfolgen kann<sup>3)</sup>, ist es grundsätzlich zulässig, sowohl die außerordentliche als auch die ordentliche Kündigung nach Vertragsschluß, aber vor Dienstantritt zu erklären<sup>4)</sup>, denn dem Kündigungsempfänger entstehen wegen der Möglichkeit, sich darauf vorbereiten zu können, daraus keine Nachteile<sup>5)</sup>. (Das gilt im übrigen auch für die im Rahmen befristeter Arbeitsverhältnisse vertraglich vereinbarte Kündigung<sup>6)</sup>.) Die Arbeitsvertragsparteien können allerdings die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausschließen. Da aber keine diesbezügliche Erfahrungsregel besteht<sup>7)</sup>, bedarf es dazu entweder einer entsprechenden (ausdrücklichen) vertraglichen Vereinbarung oder es müssen besondere Umstände vorliegen, aus denen die Annahme eines Kündigungsausschlusses vor Dienstantritt folgt. Das ist z. B. der Fall bei der Zusage einer Lebens- oder Dauerstellung<sup>8)</sup>, bei der Abwerbung aus einer sicheren Arbeitsstelle<sup>9)</sup> oder der Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichtaufnahme der Arbeit<sup>10)</sup>, nicht dagegen wegen der bloßen Aufgabe eines anderen Arbeitsplatzes<sup>11)</sup>, gesteigerter Verdienstmöglichkeiten<sup>12)</sup> oder bei Vereinbarung einer Probezeit<sup>13)</sup>. Da die Kündigungserklärung vor Dienstantritt aber im Zweifel zulässig ist<sup>14)</sup>, wird sich schon aus Gründen der Rechtsklarheit eine ausdrückliche Abrede empfehlen<sup>15)</sup>. — Demgegenüber darf das Recht zur außerordentlichen Kündigung, die nach Maßgabe des § 626 Abs. 1 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes stets möglich und zulässig ist, vertraglich nicht abbedungen werden<sup>16)</sup>. Ein solches Recht besteht allerdings nicht schon deshalb, weil sich eine Gelegenheit bietet, einen günstigeren Arbeitsvertrag abzuschließen<sup>17)</sup>.

Auch vor jeder Kündigung vor Dienstantritt muß der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG anhören<sup>18)</sup>. Entsprechendes gilt im öffentlichen Dienst für den Geltungsbereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes, wo der Personalrat nach Maßgabe des § 79 Abs. 1 S. 1 bei allen ordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn mitwirkt (vgl. § 72 BPersVG).

### III. Kündigungsfrist

Ist es grundsätzlich zulässig, die Kündigung vor Dienstantritt zu erklären, so kann die Kündigungserklärung auch vorher wirksam zugehen<sup>19)</sup>. Daraus ergibt sich jedoch noch nicht, wann die Rechtswirkungen einer solchen Kündigung eintreten. Während die Rechtsbeziehungen der Arbeitsvertragsparteien insoweit im Falle einer außerordentlichen Kündigung mit deren Zugang enden<sup>20)</sup>, hängt dies für die ordentliche Kündigung vom Ablauf der Kündigungsfrist ab. Dabei ist umstritten, ob die — gesetzliche, tarifliche oder einzelvertragliche — Kündigungsfrist bereits mit dem Zugang

der Kündigungserklärung oder aber erst im Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme zu laufen beginnt und das mit dem Ablauf der Kündigungsfrist verbundene Ende der Rechtsbeziehungen dementsprechend früher oder später eintritt.

Ursprünglich hatte das BAG<sup>21)</sup> entschieden, daß die Kündigungsfrist in den Fällen, in denen es an einer eindeutigen Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien des Inhalts, sie solle schon vor Dienstantritt zu laufen beginnen, fehle, regelmäßig erst in dem Zeitpunkt laufen könne, in dem die Arbeit vertragsgemäß hätte aufgenommen werden sollen. Diese Auffassung, die das BAG auf die beiderseitige Interessenlage und den Grundsatz des Vertrauensschutzes

1) Vgl. dazu allgemein *Feller*, JZ 1964 S. 210 ff.; *Sturn*, AuR 1977 S. 269 ff.; *M. Wolf*, JuS 1968 S. 65 ff.

2) Es kann aber unzulässig sein, so zu kündigen, daß der Ablauf der Kündigungsfrist in den Urlaub fällt, vgl. *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl. 1987, § 123 VI 1 m. w. Nachw. in Fn. 112.

3) Die Kündigung darf jedoch u. a. nicht zu unziemender Zeit und am unpassenden Ort erklärt werden, etwa außerhalb der Arbeitszeit um Mitternacht, auf der Toilette, nach einem schweren Arbeitsunfall; vgl. *Schaub*, a.a.O. (Fn. 2), § 123 VI 1; vgl. ferner *Wüst*, BB 1963 S. 609; instruktiv auch LAG Bremen vom 14. 11. 1984 — 4 Sa 1066/85, BB 1986 S. 393. Hingegen ist die Kündigung an Sonn- und Feiertagen oder zu Weihnachten nicht zu beanstanden, vgl. BAG vom 14. 11. 1984 — 7 AZR 174/83, DB 1985 S. 2003 = AP Nr. 88 zu § 626 BGB = NZA 1986 S. 97 = RdA 1985 S. 316.

4) Ganz allg. Meinung, vgl. nur BAG vom 22. 8. 1964 — 1 AZR 64/64, DB 1964 S. 1705 = BAGE 16 S. 204 = AP Nr. 1 zu § 620 BGB m. Anm. *A. Hueck* = BABI. 1966 S. 169 (*Schwedes*) = JuS 1968 S. 65 (*M. Wolf*) = SAE 1965 S. 73 (*Beitzke*); vom 6. 3. 1974 — 4 AZR 72/73, DB 1974 S. 1070 = BAGE 26 S. 71 = AP Nr. 2 zu § 620 BGB m. Anm. *G. Hueck* = EZA Nr. 19 zu § 620 BGB m. Anm. *Herschel* = SAE 1975 S. 7 (*Zeiss*); vom 2. 11. 1978 — 2 AZR 74/77, DB 1979 S. 1086 = BAGE 31 S. 131 = AP Nr. 3 zu § 620 BGB m. Anm. *M. Wolf* = SAE 1980 S. 194 (*Birk*); und vom 9. 5. 1985 — 2 AZR 372/84, DB 1986 S. 1781 = AP Nr. 4 zu § 620 BGB = EZA Nr. 75 zu § 620 BGB = NZA 1986 S. 671; vgl. ferner z. B. *G. Schmidt*, AR-Blattei, Kündigung I, C II.

5) *M. Wolf*, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 2. Aufl. 1984, Grds. Rdn. 151; *ders.*, JuS 1968 S. 65 ff., 68.

6) BAG vom 19. 6. 1980 — 2 AZR 660/78, DB 1980 S. 2246 = BAGE 33 S. 220 = AP Nr. 55 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag m. Anm. *Kraft* = SAE 1981 S. 4 (*Sieg*); im übrigen ist die ordentliche Kündigung im befristeten Arbeitsvertrag grundsätzlich unzulässig, vgl. nur *Bengelsdorf*, in: Spiegelhalter (Hrsg.), Arbeitsrechtslexikon, Stand: Mai 1988 Nr. 251 (Kündigung vor Dienstantritt), 1 b.

7) BAG vom 2. 11. 1978 — 2 AZR 74/77, a.a.O. (Fn. 4).

8) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 2), § 123 VI 2 = 827; ebenso *Bengelsdorf*, a.a.O. (Fn. 6), 1b.

9) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 2), § 123 VI 2 = 827; *Bengelsdorf*, a.a.O. (Fn. 6).

10) LAG Frankfurt/M. vom 18. 6. 1980 — 10 Sa 1030/79, DB 1981 S. 532.

11) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 2), § 123 VI 2.

12) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 2), § 123 VI 2.

13) LAG Baden-Württemberg vom 8. 12. 1976 — 8 Sa 1984/76, DB 1977 S. 918 = BB 1977 S. 369.

14) BAG vom 2. 11. 1978 — 2 AZR 74/77, a.a.O. (Fn. 4).

15) Nach *Bengelsdorf*, a.a.O. (Fn. 6), z. B.: „Das Arbeitsverhältnis darf vor Arbeitsantritt nicht gekündigt werden.“

16) *KR-Wolf*, a.a.O. (Fn. 5), Grds. Rdn. 159; ein Recht zum Rücktritt nach den §§ 325, 326 BGB kommt daneben aber — auch vor Dienstantritt — nicht in Betracht, vgl. *M. Wolf*, JuS 1968 S. 65 ff., 69 m. w. N.

17) BAG vom 1. 10. 1970 — 2 AZR 542/69, DB 1971 S. 54 = AP Nr. 59 zu § 620 BGB m. Anm. *A. Hueck* = SAE 1972 S. 105 (*M. Wolf*).

18) LAG Frankfurt/M. vom 31. 5. 1985 — 13 Sa 833/84, DB 1985 S. 2689.

19) BAG vom 2. 11. 1978 — 2 AZR 74/77, a.a.O. (Fn. 4).

20) *Bengelsdorf*, a.a.O. (Fn. 6), 2a.

21) BAG vom 22. 8. 1964 — 1 AZR 64/64, a.a.O. (Fn. 4); vgl. zum damaligen Meinungsstand *Feller*, JZ 1964 S. 210 ff., und *Haberkorn*, RdA 1964 S. 246 ff.

stützte, gab es später mit der Begründung auf<sup>22)</sup>, daß es nicht von rechtsdogmatischen Erwägungen, sondern primär von den zwischen den Arbeitsvertragsparteien getroffenen Vereinbarungen abhängen müsse, von welchem Zeitpunkt an die Kündigungsfrist zu laufen beginne.

Soweit keine eindeutigen Abreden bestünden, sei deshalb die jeweilige beiderseitige Interessenlage maßgeblich, bei deren Würdigung wiederum entscheidend auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen und nicht von allgemeinen Erfahrungsregeln oder einem verallgemeinernd angewandten Grundsatz des Vertrauensschutzes auszugehen sei; einen Erfahrungssatz des Inhalts, daß die Kündigungsfrist bereits in dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung zu laufen beginne, gebe es nicht.

Im Anschluß an diese Rechtsprechung wurde dann in der Rechtslehre teilweise die Auffassung vertreten, die Kündigungsfrist müsse in Zweifelsfällen immer mit dem Zugang der Kündigungserklärung zu laufen beginnen, da alle differenzierenden Betrachtungsweisen für die Praxis unbrauchbar seien<sup>23)</sup>. Dem wurde entgegengehalten<sup>24)</sup>, gerade der Abschluß eines Arbeitsvertrages deute regelmäßig darauf hin, daß die Parteien auf Vertragsbindung und tatsächliche Aufnahme der Arbeit Wert legten, weshalb die Kündigungsfrist bei unterschiedlicher Interessenlage im Zweifel erst in dem für den Dienstantritt vereinbarten Zeitpunkt laufen könne. Eine dritte Auffassung<sup>25)</sup> wies schließlich darauf hin, daß so das gebotene Interesse an einer verfeinerten Einzelfallgerechtigkeit übersehen werde, weshalb sich der Beginn des Laufs der Kündigungsfrist eben im Zweifel ausschließlich und individuell nach der Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien zu richten habe. — Dieser (letzten) Auffassung hat sich das BAG dann mit der Begründung angeschlossen<sup>26)</sup>, daß in diesen Fällen regelmäßig eine Vertragslücke vorliege, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) zu schließen sei. Dabei sei für die Ermittlung des mutmaßlichen Parteiwillens und die dafür maßgebende Würdigung der beiderseitigen Interessen grundsätzlich auf die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls abzustellen. Wenn insoweit auch keine schematische Betrachtungsweise Platz greifen dürfe, so könne doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß das Arbeitsleben Vertragsgestaltungen aufwiese, die von typischen Interessenlagen ausgingen.

Auch wenn nicht ganz unzutreffend darauf hingewiesen wurde<sup>27)</sup>, daß sich die Standpunkte jedenfalls insofern miteinander vereinbaren ließen, als eine Würdigung der Interessenlage jeweils im Einzelfalle dazu führe, daß die Kündigungsfrist erst im Zeitpunkt des Dienstantritts oder des Zugangs der Kündigungserklärung laufe, so wird sich, stellt man i. S. der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf das erkennbar fehlende oder bestehende Interesse der Arbeitsvertragsparteien an einer — wenn auch nur vorübergehenden — Realisierung des Arbeitsverhältnisses ab<sup>28)</sup>, im allgemeinen doch ergeben, daß die Kündigungsfrist mit dem Zugang der Kündigungserklärung nur zu laufen beginnt, wenn (sehr) kurze Kündigungsfristen oder ein Probearbeitsverhältnis vereinbart wurden<sup>29)</sup>. Haben die Arbeitsvertragsparteien nämlich eine Probefrist vereinbart, so will der Arbeitnehmer seine Fähigkeiten regelmäßig nur in den Dienst eines solchen Arbeitgebers stellen, mit dem es zu einem Dauerarbeitsverhältnis kommt, während auch der Arbeitgeber nur dann die volle Leistung erwarten kann<sup>30)</sup>. Ebenso wird es in aller Regel der Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien entsprechen, keine Pflicht zur tatsächlichen Verwirklichung des Arbeitsverhältnisses anzunehmen, wenn — auch auf Grund eines Tarifvertrags<sup>31)</sup> — nach § 622 Abs. 3 BGB ganz kurze Kündigungsfristen von z. B. einem oder zwei Tagen gelten<sup>32)</sup>.

Beginnt der Lauf der Kündigungsfrist erst im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme, wird zwar nicht die mit dem Zugang eintretende Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung, wohl aber deren Beendigung hinausgeschoben<sup>33)</sup>. Die Frist ist in diesem Falle nach Maßgabe der §§ 187 Abs. 2, 188 BGB zu berechnen, das heißt, der Beginn des Tages, an dem vertragsgemäß die Arbeit aufgenommen werden soll, ist der für den Anfang der Kündigungsfrist maßgebende Zeitpunkt<sup>34)</sup>. Daneben ist es dann unerheblich, ob und wann das Arbeitsverhältnis tatsächlich aktualisiert wurde<sup>35)</sup>.

#### IV. Rechtsfolgen

Darf der Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag kündigen und macht von dieser Möglichkeit fristgerecht Gebrauch, so wird er nicht schadensersatzpflichtig<sup>36)</sup>; insbesondere liegt darin auch kein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)<sup>37)</sup>. Konnte der Arbeitnehmer hingegen nicht wirksam kündigen und bleibt trotzdem seiner Arbeit fern, so kann er auf entsprechende Klage des Arbeitgebers hin zur Arbeitsleistung verurteilt werden; allerdings ist das Urteil nicht vollstreckbar (§ 888 Abs. 2 ZPO). In jedem Falle aber muß der vertragsbrüchige Arbeitnehmer sämtliche Schäden ersetzen, die durch seinen Arbeitsvertragsbruch entstanden sind<sup>38)</sup>, unter anderem den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB), die Kosten einer Ersatzkraft, evtl. Überstundenzuschläge für andere Mitarbeiter sowie die Kosten für die Suche eines Nachfolgers, wenn der Arbeitgeber bei ordnungsgemäßer Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist eine Ersatzkraft ohne Inseratskosten hätte beschaffen können und diese Kosten deshalb zu vermeiden waren<sup>39)</sup>.

Konnte hingegen der Arbeitgeber nicht wirksam kündigen und verweigert er dem Arbeitnehmer dennoch, die Arbeit aufzunehmen, so kommt er in Annahmeverzug und bleibt damit nach §§ 615, 293 ff. BGB vor Lohnzahlung verpflichtet<sup>40)</sup>. Aber auch dann, wenn er dem Arbeitnehmer vor Dienstantritt zulässig mit der ihm vertraglich zustehenden Frist kündigt, kann sich der Arbeitgeber schadensersatzpflichtig machen, etwa wenn ihm insoweit besondere Offenbarungspflichten oblagen, denen er nicht genügt<sup>41)</sup>.

22) BAG vom 6. 3. 1974 — 4 AZR 72/73, a.a.O. (Fn. 4); und vom 2. 11. 1978 — 2 AZR 74/77, a.a.O. (Fn. 4).

23) Feller, JZ 1965 S. 364 ff.; Haberkorn, NJW 1965 S. 988; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 1988, J II 5d; G. Schmidt, NJW 1975 S. 678 f.; Soergel/Kraft, BGB, 11. Aufl. 1978 ff., Vor § 620 Rdn. 46; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz, 4. Aufl. 1982, Rdn. 91; Staudinger/Neumann, BGB, 12. Aufl. 1978 ff., Vor § 620 Rdn. 62; ebenso — für die ordentl. Kündigung eines Mietvertrags — BGH vom 21. 2. 1979 — VIII ZR 88/78, BGHZ 73 S. 350 = NJW 1979 S. 1288.

24) Beitzke, SAE 1965 S. 77; Erman/Küchenhoff, BGB, 11. Aufl. 1981, § 620 Rdn. 21; Herschel, Anm. zu EZA Nr. 20 zu § 620 BGB; Münch-Komm.-Schwerdtner, Vor § 620 BGB Rdn. 103; Wiedemann in: FS Herschel, 1982, S. 463 ff., 480; M. Wolf, JuS 1968 S. 65 ff.; ders. Anm. zu AP Nr. 3 zu § 620 BGB; KR-Wolf, a.a.O. (Fn. 5), Grds. Rdn. 154; Zeiss, SAE 1975 S. 10; Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1983, § 21 II 6.

25) A. Hueck, Anm. zu AP Nr. 1 zu § 620 BGB; G. Hueck, Anm. zu AP Nr. 2 zu § 620 BGB; KR-Hillebrecht, a.a.O. (Fn. 5), § 622 BGB Rdn. 53; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl. 1984, § 123 VI 1.

26) Vom 9. 5. 1985 — 2 AZR 372/84, a.a.O. (Fn. 4).

27) KR-Wolf, a.a.O. (Fn. 5), Grds. Rdn. 153.

28) KR-Hillebrecht, a.a.O. (Fn. 5), § 622 BGB Rdn. 53.

29) Schaub, a.a.O. (Fn. 2), § 123 VI 2b, nennt zus. das befristete Arbeitsverhältnis, was aber zweifelhaft sein dürfte, vgl. oben II und Fn. 6.

30) BAG vom 9. 5. 1985 — 2 AZR 372/84, a.a.O. (Fn. 4).

31) Bengelsdorf, a.a.O. (Fn. 6), 2b, erwähnt dazu § 14 Nr. 2 MTV-Metallindustrie Schleswig-Holstein.

32) BAG vom 9. 5. 1985 — 2 AZR 372/84, a.a.O. (Fn. 4); ebenso schon BAG vom 6. 3. 1974 — 4 AZR 72/73.

33) KR-Hillebrecht, a.a.O. (Fn. 5), § 622 BGB Rdn. 54.

34) BAG vom 9. 5. 1985 — 2 AZR 372/84, a.a.O. (Fn. 4); ebenso schon BAG vom 2. 11. 1978 — 2 AZR 74/77, a.a.O. (Fn. 4).

35) KR-Hillebrecht, a.a.O. (Fn. 5), § 622 BGB Rdn. 54.

36) BAG vom 23. 2. 1977 — 3 AZR 149/76, DB 1977 S. 1371 = AP Nr. 4 zu § 15 TVG Günstigkeitsprinzip m. Anm. Wiedemann = EZA Nr. 29 zu § 4 TVG Ausschlussfristen.

37) LAG Frankfurt/M. vom 13. 10. 1971 — 6 Sa 358/71, BB 1972 S. 753.

38) Bengelsdorf, a.a.O. (Fn. 6), 3a.

39) BAG vom 26. 3. 1981 — 3 AZR 485/78, DB 1981 S. 1832 = BAGE 35 S. 179 = AP Nr. 7 zu § 276 BGB Vertragsbruch m. Anm. Beitzke = EZA Nr. 14 zu § 249 BGB, ausdrücklich gegen BAG vom 18. 12. 1969 — 2 AZR 80/69, DB 1970 S. 500 = AP Nr. 3 zu § 276 BGB Vertragsbruch m. Anm. Medicus. Ausführlich zum Problem der mit der Einstellung eines neuen Arbeitnehmers verbundenen Kosten, insbesondere für Inserate, KR-Wolf, a.a.O. (Fn. 5), Grds. Rdn. 161 ff.

40) KR-Wolf, a.a.O. (Fn. 5), Grds. Rdn. 165.

41) BAG vom 2. 11. 1978 — 2 AZR 74/77, a.a.O. (Fn. 4).