

F Kündigung vor Arbeitsantritt

Basis : JOUSSEN, Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vor Arbeitsantritt, NZA 2002 S. 1177 ff

I **Problemstellung**

Es kommt in der Praxis immer wieder vor, dass Arbeitgeber aus vorsorglicher Planung frühzeitig mit einer Arbeitnehmerin/ einem Arbeitnehmer, an deren Beschäftigung sie ein besonderes Interesse haben, einen Arbeitsvertrag abschließen, der in die Zukunft gerichtet ist. Das heißt es wird etwa im April eines Kalenderjahres einen Arbeitsvertrag bereits zwischen den Parteien ausgehandelt und unterschrieben, der Arbeitsbeginn in diesen Vertrag ist jedoch festgelegt auf den 1. September des Kalenderjahres. Nicht selten treten in der Zwischenzeit **Ereignisse ein, die gegen eine Arbeitsaufnahme zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt sprechen.**

In der Sphäre des Arbeitgebers

Es kann sich dabei sowohl um für den Arbeitgeber unvorhergesehene wirtschaftliche Umstände handeln, die es ihm möglicherweise nicht mehr erlauben, die Position vertragsgemäß zu besetzen (z. B. Wegfall eines Auftrages, für den ein weiterer Ingenieur nötig war; Ablehnung des Bauauftrages für eine weitere Betriebsstätte, sodass ein zweiter Betriebsleiter nicht notwendig wird).

In der Person des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin

Auch auf Seiten des Arbeitnehmers kann es durchaus Fälle geben, die dem Arbeitgeber signalisieren, dass die vorgesehene Beschäftigung nicht in Betracht kommt (z. B. Nichtbestehen der Meisterprüfung; Auftreten einer Allergie; Arbeitnehmer orientiert sich am Markt anders und tritt einfach eine andere Stelle an).

In all diesen Fällen haben die Parteien ein essenzielles Interesse, von dem einmal abgeschlossenen Arbeitsvertrag los zukommen, und das möglichst noch vor dem vorgesehenen Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme. Hierbei prallen

jedoch in der Regel unterschiedliche Interessenlagen aufeinander, weil jeweils ein Partner ein Interesse an schneller Lösung, der andere jedoch an möglichst langem Bestand haben wird.

II Kündigung vor Arbeitsantritt zulässig ?

Diese Frage lässt sich heute eindeutig bejahen, wenn man mit der bereits 1964 vom BAG vertretenen Rechtsauffassung, dass für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses wie für jedes Schuldverhältnis nach den Regeln des BGB ein Vertrag erforderlich ist, welcher durch Antrag und Annahme dieses Antrages nach den Regeln der §§ 145 ff BGB zu Stande kommt (vgl. BAG vom 22.8. 1964 in NJW 1965 S. 171). Ist aber im Unterschied zur früher vertretenen Eingliederungstheorie nach der nunmehr **ganz überwiegend herrschenden Vertragstheorie** für die Annahme des Bestehens eines Arbeitsvertrages auf den Vertragsabschluss und nicht auf die tatsächliche Eingliederung in den Arbeitsprozess abzustellen, so kann auch ein Arbeitsverhältnis wie jedes andere Dauerschuldverhältnis gekündigt werden.

Zulässig sind damit **grundsätzlich beide Arten von Kündigung**, sowohl eine ordentliche als auch eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund. Es muss damit, will eine Partei des Arbeitsvertrages vor dem Ausspruch einer wirksamen Kündigung vor Arbeitsantritt geschützt sein, entweder konkret im Arbeitsvertragstext selbst ein Ausschluss einer solchen Kündigungsmöglichkeit vereinbart sein oder aber es müssen ganz besondere Umstände vorliegen, aus denen sich die Annahme eines Kündigungsausschlusses vor Dienstantritt ergibt (vgl. BAG vom 2.11.1978 in DB 1979 S. 1086). So kann es unter anderem dann auch ohne ausdrücklichen Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit vor Arbeitsantritt dem Arbeitgeber verwehrt sein, eine solche Kündigung auszusprechen, wenn er etwa gezielt einen Arbeitnehmer unter Hinweis auf eine Lebensstellung verbunden mit einer besseren Gehaltsaussicht dazu bewegt, eine sichere Stelle bei einem anderen Arbeitgeber aufzugeben.

III Wann beginnt die Kündigungsfrist ?

Es sind grundsätzlich zwei Zeitpunkte denkbar, an denen man beginnt, die Kündigungsfrist zu rechnen:

- (1) Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung
- (2) Zeitpunkt des vorgesehenen Arbeitsantritts

Das BAG hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1974 (Urteil vom 6.3.1974 in AP Nr. 2 zu § 620 BGB) seine bisherige Rechtsansicht, bei Ausspruch einer Kündigung vor Arbeitsantritt beginne der Lauf der Kündigungsfrist erst mit dem Zeitpunkt der vorgesehenen Arbeitsaufnahme, aufgegeben zu Gunsten einer auf die Interessen der Parteien abstellenden Auslegung.

1985 hat das BAG (in seiner Entscheidung vom 9.5.1985 in NJW 1987 Seite 148) seine Rechtsprechung fortgeführt und konkretisiert. Es hänge in erster Linie von den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen ab, ob für eine vor dem vereinbarten Vertragsbeginn ausgesprochene ordentliche Kündigung die Frist bereits mit Zugang der Kündigung oder aber erst mit dem vereinbarten Tag des Beginns des Arbeitsverhältnisses angelaufen.

Sind aber gerade keine eindeutige Vereinbarungen zwischen den Parteien erkennbar, so fängt das Problem überhaupt erst an, da insoweit eine Vertragslücke vorliegt, die entsprechend den Überlegungen zu den §§ 133, 157 BGB durch Auslegung geschlossen werden soll. Hierbei soll anhand von Indizien der mutmaßlichen Parteiwillen ermittelt werden.

Indizien für den Beginn der Kündigungsfrist mit Zugang der Kündigung:

- (1) Vereinbarung der kürzest möglichen Kündigungsfrist
- (2) Inhalt der geschuldeten Tätigkeit lediglich einfache Arbeit
- (3) Vereinbarung eines befristeten Probearbeitsverhältnisses mit Möglichkeit der Kündigung

In diesen Fällen kann man davon ausgehen, dass das Interesse der Parteien gerade nicht auf eine lange Bindungswirkung ausgerichtet ist, sodass es auch dem mutmaßlichen Willen der Parteien nicht entsprechen würde, das

Arbeitsverhältnis tatsächlich noch in Lauf zu setzen, wenn bereits vor dessen Beginn ein Kündigungsgrund aufgetreten ist.

Indizien für den Beginn der Kündigungsfrist erst mit dem Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme

- (1) Vereinbarung einer leitenden Funktion im Unternehmen
- (2) Fehlen einer Probezeit, jedoch Vereinbarung einer Mindestlaufzeit des Arbeitsvertrages, vor deren Ablauf eine Kündigung ausgeschlossen ist
- (3) Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichtaufnahme der Arbeit zu vereinbarten Beginnzeitpunkt

Was geschieht, wenn die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führt ?

In diesen Fällen ergibt die systematische Auslegung, dass die Kündigung Wirkung entfaltet mit dem **Zugang der Willenserklärung** und **ab diesem Zeitpunkt** auch die **Kündigungsfrist** zu laufen beginnt.

Eine Willenserklärung - wie hier eine Kündigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit gestaltender Wirkung - wird nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB mit ihrem Zugang wirksam. Zwar sagt das Wirksamwerden einer Willenserklärung grundsätzlich zunächst nichts aus über den Beginn des Laufs einer Kündigungsfrist. Allerdings sprechen zwei Argumente dafür, den Lauf der Kündigungsfrist unmittelbar auf diesen Zeitpunkt festzuschreiben. Zum einen führen gestaltende Willenserklärungen (wie etwa auch die Erklärung des Rücktritts oder der Anfechtung) unmittelbar im Zeitpunkt ihres Zugangs dazu, ein Rechtsverhältnis umzugestalten. Beim Rücktritt wird etwa aus dem Vertragsverhältnis mit dem Zugang der Rücktrittserklärung ein Rückgewährschuldverhältnis. Bei der Anfechtung gilt der Vertrag mit dem Zugang der Willenserklärung als von Anfang an nichtig. Insofern wäre es nur folgerichtig, auch beim Zugang einer Kündigungserklärung vom sofortigen Beginn des Laufs der Kündigungsfrist auszugehen. Zum anderen steht im Arbeitsrecht außer Zweifel, dass das für den Beginn der Kündigungsfrist maßgebende Ereignis i. S. von § 187 BGB der Zugang der Kündigungserklärung ist.