

Aktenzeichen: 6 AZR 283/05  
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 9. Februar 2006  
- 6 AZR 283/05 -

I. Arbeitsgericht  
Ludwigshafen

Urteil vom 8. Juli 2004  
- 4 Ca 491/04 -

II. Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 17. Februar 2005  
- 6 Sa 697/04 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichwort:

KSchG § 4 nF bei Kündigungszugang vor dem 1. Januar 2004

Gesetze:

KSchG §§ 4, 7 nF; BGB § 670

Leitsatz:

Eine noch im Jahre 2003 zugegangene Kündigung, gegen die erst im Jahre 2004 gerichtlich vorgegangen wird, unterliegt der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG idF des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3002); die Drei-Wochen-Frist begann mit In-Kraft-Treten der Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes am 1. Januar 2004 und lief am 21. Januar 2004 ab.

# BUNDEARBEITSGERICHT



6 AZR 283/05  
6 Sa 697/04  
Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
9. Februar 2006

## URTEIL

Schneider, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Revisionskläger  
und Anschlussrevisionsbeklagter,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte  
und Anschlussrevisionsklägerin,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 9. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Armbrüster und Prof. Dr. Friedrich sowie die ehrenamtlichen Richter Kapitza und Schneider für Recht erkannt:

1. Unter Zurückweisung der Revision des Klägers wird auf die Anschlussrevision der Beklagten das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 17. Februar 2005 - 6 Sa 697/04 - insoweit aufgehoben, als es auf die Berufung des Klägers in teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Ludwigshafen am Rhein vom 8. Juli 2004 - 4 Ca 491/04 - der Klage teilweise stattgegeben hat.
2. Die Berufung des Klägers wird auch insoweit zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob der vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2005 befristete, im November 2003 abgeschlossene Arbeitsvertrag trotz der schriftlichen Kündigung der Beklagten vom 28. November 2003 zum 31. Dezember 2003 bis zum 31. Dezember 2005, jedenfalls aber bis 29. Februar 2004 fortbestanden hat. Außerdem verlangt der Kläger 83,96 Euro netto nebst Zinsen als Ersatz der Kosten für die durch einen externen Arzt vorgenommenen Einstellungsuntersuchung. 1

Der am 13. Oktober 1969 geborene Kläger besitzt nach seinem Vortrag eine SAP-Zertifizierung und hat sich auf die Entwicklung von auf Web-Technik basierenden Anwendungen in Verknüpfung mit SAP spezialisiert. Die Parteien schlossen im November 2003 einen befristeten Arbeitsvertrag. Der Kläger sollte ab dem 1. Januar 2004 eine Tätigkeit als Software Engineer-Specialist befristet bis zum 31. Dezember 2005 übernehmen. Die Kündigung vor Beginn des Arbeitsverhältnisses war nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Die ersten sechs Monate galten nach dem Anstellungsschreiben vom 11. November 2003 I Abs. 2 Satz 2 als Probezeit. Unter IV 6 „Kündigung“ heißt es, dass während der Probezeit das Arbeitsverhältnis binnen einer Frist von einem Monat zum Monatsschluss gekündigt werden kann. Nach I Abs. 1 Satz 1 „beginnt ... es (scil: das Arbeitsverhältnis) ... mit dem Tag der Arbeitsaufnahme ...“. 2

Zuvor hatten sich die Parteien auf den Arbeitsvertragsbeginn 1. Dezember 2003 geeinigt, was jedoch auf Wunsch des Klägers auf den 1. Januar 2004 geändert 3

wurde. Mit Schreiben vom 11. November 2003 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass das Vertragsangebot unter dem Vorbehalt des positiven Ergebnisses der ärztlichen Untersuchung durch den werksärztlichen Dienst gemacht sei und er sich rechtzeitig vor dem Einstellungstermin bei dem Werksarzt melden solle. Den auf Seite 1 hinsichtlich des Eintrittsdatums geänderten Vertrag schickte die Beklagte mit Schreiben vom 26. November 2003 an den Kläger. Da der Kläger den vom Werksarzt vorgesehenen Termin nicht wahrnehmen konnte, erklärte sich die Beklagte mit Schreiben vom 19. November 2003 damit einverstanden, dass sich der Kläger von einem Arzt seiner Wahl untersuchen lasse.

Unter dem 26. November 2003 bat die Beklagte den Kläger schriftlich, sich an seinem ersten Arbeitstag (Montag, 5. Januar 2004, um 9.30 Uhr) einzufinden. 4

Nachdem am 27. November 2003 dem Kläger telefonisch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Aussicht gestellt worden war, erklärte die Beklagte mit dem dem Kläger am 29. November 2003 zugegangenen Schreiben vom 28. November 2003 die Kündigung zum 31. Dezember 2003. 5

Am 1. Dezember 2003 ließ sich der Kläger bei einem externen Arzt untersuchen, die Honorarkosten in Höhe von 83,96 Euro erstattete die Beklagte dem Kläger nicht. 6

Mit der beim Arbeitsgericht am 13. Februar 2004 eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Kündigung vom 28. November 2003 zum 31. Dezember 2003 und verlangt die Erstattung der verauslagten 83,96 Euro. 7

Er hat vorgetragen, die am 29. November 2003 zugegangene Kündigung vom 28. November 2003 habe nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG nF angegriffen werden müssen. Abgesehen davon, dass § 4 KSchG nF für Arbeitnehmer, die die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt hätten, nicht anzuwenden sei, sei eine noch 2003 zugegangene Kündigung nicht einem Gesetz unterworfen, das erst am 1. Januar 2004 in Kraft getreten sei. Im Übrigen werde ein Streit um die zutreffende Kündigungsfrist von § 4 KSchG nF gar nicht erfasst. Die Beklagte habe nicht die zutreffende Kündigungsfrist gewählt. Die vorgesehene Tätigkeit habe einer Einarbeitungszeit von vier Monaten nicht bedurft. Der Kläger habe bereits entsprechende Vorkenntnisse und Berufserfahrung aufzuweisen gehabt. Er habe seine Vorkenntnisse und seine Tätigkeit als Projektleiter bereits in der Bewerbung in einem Lebenslauf nachgewiesen, weswegen es zu der Einstellung überhaupt gekommen sei. Er habe auf Grund seiner umfassenden Berufserfahrung die in Aussicht genommene Tätigkeit sofort in- 8

nerhalb von vier Wochen voll durchführen können. Die Einarbeitung in eine spezielle Software - BASF Freem Work - dauere maximal einen Monat. Man habe ihm erklärt, er sei bereits in ein Kundenprojekt fest eingeplant. Die vereinbarte Probezeit spiele deshalb keine Rolle, weil die vereinbarten Tarifverträge in der Probezeit eine Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende vorsähen und die Beklagte daran gebunden sei. Da somit Gründe für ein beiderseitiges Interesse an einer kurzfristigen Beschäftigung sprächen, könne die Kündigungsfrist erst mit Arbeitsantritt in Gang gesetzt werden. Der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden. Die Kündigung sei treuwidrig. Die Beklagte sei zum Ersatz der Arztkosten verpflichtet. Dieser Arztbesuch habe auf alleinigen Wunsch und in alleinigem Interesse der Beklagten stattgefunden und sie habe die Übernahme der Kosten auch zugesagt. Er sei aus einem auswärts verbrachten Wochenende erst am Morgen des 1. Dezember 2003 zurückgekehrt und habe sich der Untersuchung unterzogen, bevor er die Kündigung der Beklagten in Händen gehalten habe. Im Zeitpunkt des Arztbesuches habe er nicht gewusst, zu welchem Termin die Kündigung erfolgen sollen. Er sei davon ausgegangen, dass er trotz der telefonischen Ankündigung der Kündigung noch zur Arbeit antreten solle.

Der Kläger hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, beantragt:

9

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 28. November 2003 nicht zum 31. Dezember 2003 beendet wurde, sondern darüber hinaus fortbesteht.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 83,96 Euro netto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszins hieraus seit dem 1. Februar 2004 zu bezahlen.

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag Ziff. 1 hat der Kläger beantragt:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 28. November 2003 nicht zum 31. Dezember 2003 beendet wurde, sondern zumindest bis 28. Februar 2004 fortbestanden hat.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe die Kündigung vom 28. November 2003 nach Maßgabe des § 4 KSchG nF angreifen müssen, wobei die Drei-Wochen-Frist am 1. Januar 2004 begonnen und mit Ablauf des 21. Januar 2004 geendet habe. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß gehört worden. Die Kündigung sei nicht treuwidrig. Ein Anspruch auf Erstattung der verauslagten Arztkosten bestehe deshalb nicht, weil der Kläger nicht mehr habe davon ausgehen dürfen, dass die Aufwendungen noch erforderlich seien. Der

10

Kläger habe fernmündlich erfahren, dass man das Arbeitsverhältnis nicht durchführen und kündigen wolle, weshalb der Kläger hätte nachfragen müssen, ob die Untersuchung noch Sinn mache.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen die Beklagte verurteilt, die Arztkosten in Höhe von 83,96 Euro nebst Zinsen zu erstatten. Mit der für den Kläger zugelassenen Revision verfolgt dieser seinen Feststellungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen und begehrt im Wege ihrer Anschlussrevision die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Der Kläger beantragt, die Anschlussrevision der Beklagten zurückzuweisen.

11

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Anschlussrevision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger die Arztkosten zu Unrecht zugesprochen. Das führt dazu, dass das Urteil des Landesarbeitsgerichts insoweit aufzuheben ist, als es der Berufung des Klägers stattgegeben hat, nämlich hinsichtlich der Arztkosten. Die Berufung des Klägers ist auch insoweit zurückzuweisen.

12

I. Den Feststellungsantrag des Klägers hat das Landesarbeitsgericht sowohl hinsichtlich des Hauptantrages als auch hinsichtlich des Hilfsantrages im Ergebnis zutreffend als unbegründet angesehen.

13

1. Das Landesarbeitsgericht hat § 4 KSchG nF auf die streitgegenständliche Kündigung für anwendbar gehalten mit der Folge, dass sich der Kläger nicht mehr mit Erfolg auf eine angeblich fehlerhafte Anhörung des Betriebsrates und auch nicht mit Erfolg darauf berufen könne, die Kündigung vom 28. November 2003 verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Was die Kündigungsfrist anbelange, sei die vertraglich vorgesehene Kündigungsfrist eingehalten worden, so dass es nicht darauf ankomme, ob § 4 KSchG nF die mit unrichtiger Frist ausgesprochene Kündigung erfasse oder nicht.

14

2. Dem folgt der Senat im Ergebnis.

15

a) Die Ansicht der Revision, § 4 KSchG nF finde schon deswegen auf die streitgegenständliche Kündigung keine Anwendung, weil der Kläger im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt, ja nicht einmal begonnen gehabt habe, ist unzutreffend. 16

Die Klagefrist greift auch bei Kündigungen innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses, in denen der Arbeitnehmer wegen Nichterfüllung der Wartezeit noch keinen Kündigungsschutz iSd. Kündigungsschutzgesetzes hat. Das ergibt sich bei isolierter Betrachtung des § 4 KSchG nF ohne weiteres aus dem Gesetzeswortlaut. Selbst wenn man § 1 Abs. 1 KSchG mitberücksichtigt, entspricht das dem Sinn und Zweck des Gesetzes: Es soll schnell die Wirksamkeit von Kündigungen geklärt werden, so dass es nicht darauf ankommt, ob das Arbeitsverhältnis dem allgemeinen Kündigungsschutz unterstellt ist oder nicht (*KR-Friedrich 7. Aufl. § 4 KSchG Rn. 11b, 11c, mwN; KPK-Ramrath 3. Aufl. § 4 KSchG Rn. 3; ErfK/Ascheid 6. Aufl. § 4 KSchG Rn. 1*). Das gilt auch für eine Kündigung, die vor dem Zeitpunkt des vereinbarten Beginns des Arbeitsverhältnisses zugegangen ist. 17

Wollte man die Klagefrist des § 4 KSchG nF nicht auch auf Kündigungen innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit oder vor Beginn der sechsmonatigen Wartezeit anwenden, so würde der Arbeitnehmer, dem innerhalb der Wartezeit oder vor Beginn der Wartezeit gekündigt wird, gegenüber anderen Arbeitnehmern besser gestellt, weil er die Unwirksamkeit der Kündigung bis zur Grenze der Verwirkung geltend machen könnte. Zur Verhinderung von Wertungswidersprüchen ist § 4 KSchG nF deshalb auch in diesen Fällen anzuwenden (*vgl. Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 4 Rn. 6*). 18

b) § 4 KSchG nF ist auch auf Kündigungen anzuwenden, die noch im Jahre 2003 zugegangen sind. 19

Es wäre zwar im Sinne einer klaren Regelung, § 4 KSchG nF, der alle Unwirksamkeitsgründe erfasst, nur auf Kündigungen anzuwenden, die ab dem 1. Januar 2004 zugehen (*so ErfK/Ascheid 6. Aufl. § 4 KSchG Rn. 1*). Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3002) enthält aber keine Übergangsregelung. Deshalb ist davon auszugehen, dass es mit dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens auch bereits zugegangene schriftliche Kündigungen erfasst mit der Maßgabe, dass die Klagefrist für die betroffenen Arbeitnehmer am 1. Januar 2004 begann und am 21. Januar 2004 endete. Die Fiktionswirkung der §§ 4, 7 KSchG nF trat danach mit Ablauf des 21. Januar 2004 ein (*so zutreffend LAG Köln 23. Juni 2005 - 5 Sa 506/05 - ZTR 2006, 50, zu 2 der Gründe*). 20

aa) Das Landesarbeitsgericht hat mit Recht auf die Urteile des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Januar 1999 - 7 AZR 715/97 - (*BAGE 90, 348*) und vom 11. Dezember 2003 - 6 AZR 64/03 - (*BAGE 109, 110*) verwiesen. 21

(1) In der Entscheidung vom 20. Januar 1999 (- 7 AZR 715/97 - aaO) ging es darum, ob die im Arbeitsvertrag vereinbarte Befristung bis zum 3. August 1996 gem. § 7 KSchG iVm. § 1 Abs. 5 BeschFG als wirksam galt, weil die Klägerin ihre Klage nicht innerhalb der gesetzlichen Frist des § 1 Abs. 5 BeschFG in der Fassung vom 25. September 1996 (BGBl. I S. 1476), der am 1. Oktober 1996 in Kraft trat, erhoben hatte, sondern ihre Klage erst am 8. November 1996 beim Arbeitsgericht eingegangen war. 22

Der Siebte Senat hat ausgeführt, dass die Klagefrist für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor dem 1. Oktober 1996 auf Grund einer Befristung enden sollte, am 1. Oktober 1996 begann. Die Fiktionswirkung des § 1 Abs. 5 BeschFG iVm. § 7 KSchG trat mit Ablauf des 21. Oktober 1996 ein. Unter II. 2. der Entscheidungsgründe heißt es: 23

„Die Vorschrift des § 1 Abs. 5 BeschFG findet auch auf die Verträge Anwendung, die vor Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Oktober 1996 abgeschlossen worden sind und die nach der jeweiligen, dem Vertrag zugrunde liegenden Befristungsvereinbarung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes beendet sein sollten und bei denen der Arbeitnehmer die Wirksamkeit der Befristung nach dem 1. Oktober 1996 überprüfen läßt. Das ergibt die Auslegung der Vorschriften in Art. 4 des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 25. September 1996 über die Änderung des Beschäftigungsförderungsgesetzes von 1985 und in Art. 13 Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz über dessen Inkrafttreten. Danach ist die Bestimmung über die Klagefrist in § 1 Abs. 5 BeschFG ohne Einschränkung seit dem 1. Oktober 1996 in Kraft. Eine anderslautende Übergangsregelung für sog. Altverträge fehlt. Danach müssen Arbeitsvertragsparteien und Gerichte für Arbeitssachen seit dem 1. Oktober 1996 die Einhaltung der Klagefrist beachten. Das gilt auch deswegen, weil der Gesetzgeber zu den geänderten Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes, des Bundesurlaubsgesetzes und des Entgeltfortzahlungsgesetzes in den Art. 1 Nr. 2 c, Art. 2 Nr. 3 und Art. 3 Nr. 6 Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz Überleitungsvorschriften geschaffen hat. Bestätigt wird die Auslegung durch die Tatsache, daß der Gesetzgeber in der Vergangenheit zum Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen mehrfach für Altfälle besondere Vorschriften geschaffen hat.“

Der Siebte Senat führt dann weiter aus, eine Rückwirkung liege nicht vor. Die Anwendung des Gesetzes bedeute nämlich nicht, dass die Frist für die Klageerhebung am 3. August 1996 angelaufen sei. Vielmehr sei die seit dem 1. Oktober 1996 einzuhaltende dreiwöchige Klagefrist für alle Arbeitsverhältnisse, die bis zum 30. September 1996 einschließlich hätten enden sollen, erst mit Beginn des 1. Oktobers 1996 angelaufen. Folglich sei die Fiktionswirkung des § 1 Abs. 5 Satz 2 BeschFG iVm. § 7 KSchG mit Ablauf des 21. Oktober 1996 eingetreten. Denn nur der Fristbeginn mit dem Tag des In-Kraft-Tretens des Gesetzes für alle auf einen Tag vor dem 1. Oktober 1996 befristeten Arbeitsverhältnisse ermögliche, dass den die Unwirksamkeit der Befristungsvereinbarung reklamierenden Arbeitnehmern eine gleichmäßige Überlegungsfrist von drei Wochen ab In-Kraft-Treten des Gesetzes zustehe. Eine Auslegung der Art. 4 und Art. 13 arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz, wonach Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor dem 1. Oktober 1996 ende, trotz uneingeschränktem In-Kraft-Treten des Gesetzes keine Klagefrist einzuhalten hätten und bis zur Grenze der Verwirkung eine gerichtliche Befristungskontrolle verlangen könnten, vertrage sich nicht mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser gebiete eine Auslegung, dass alle Arbeitnehmer, die nach dem In-Kraft-Treten des § 1 Abs. 5 BeschFG am 1. Oktober 1996 die Unwirksamkeit einer Befristung geltend machen wollten, für ihre Entscheidung eine dreiwöchige Überlegungsfrist seit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes hätten. Die gegenteilige Ansicht, nach der das Gesetz Rechtswirkungen nur für solche Arbeitsverhältnisse habe, die nach In-Kraft-Treten des Gesetzes noch bestünden, übersehe dass gerade die zur gerichtlichen Beurteilung anstehende Rechtsfrage den Bestand des Arbeitsverhältnisses nach In-Kraft-Treten des Gesetzes betreffe.

24

(2) In der Entscheidung vom 11. Dezember 2003 (- 6 AZR 64/03 - aaO) hat der erkennende Senat der Sache nach für § 4 Abs. 2 TzBfG ebenso entschieden. (Das TzBfG vom 21. Dezember 2000 war am 28. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1966) verkündet worden und nach Art. 4 am 1. Januar 2001 in Kraft getreten.)

25

Es heißt dort unter II. 8. b) der Entscheidungsgründe:

26

„Das TzBfG gilt ohne Übergangsregelung. Seine Bestimmungen erstrecken sich auf alle Sachverhalte, die sich seit dem 1. Januar 2001 in seinem Geltungsbereich verwirklichen ... Danach müssen sich auch Tarifverträge, die bereits vor In-Kraft-Treten des TzBfG vereinbart waren, an den Diskriminierungsverboten dieses Gesetzes messen lassen. § 4 TzBfG knüpft auch insoweit an einen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt an. Eine solche Anknüpfung ist grundsätzlich zulässig.“

- bb) Das ist auf § 4 KSchG nF übertragbar. Eine Übergangsregelung gibt es nicht. Im Jahre 2003 zugegangene, noch nicht klageweise angegriffene Kündigungen unterliegen ab 1. Januar 2004 dem Erfordernis, gegen sie binnen drei Wochen vorzugehen, dies allerdings nicht rückwirkend, sondern dergestalt, dass die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG nF mit dessen In-Kraft-Treten am 1. Januar 2004 begann und am 21. Januar 2004 abließ. Das entspricht der herrschenden Meinung im Schrifttum, die sich im Anschluss an die beiden genannten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts herausgebildet hat (*Bader NZA 2004, 65, 68; KR-Rost 7. Aufl. § 7 Rn. 3c; Quecke RdA 2004, 86, 99; MünchKommBGB/Hergenröder 4. Aufl. § 4 KSchG Rn. 11 Fn. 17*). 27
- cc) Verfassungsrechtliche Rückwirkungsbeschränkungen greifen entgegen der Revision nicht. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung richtet sich nach dem Recht, das zum Zeitpunkt dieser Geltendmachung gilt, dh. nach § 4 KSchG nF. 28
- dd) Diese Frist hat der Kläger mit seiner am 13. Februar 2004 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage nicht gewahrt mit der Folge, dass die Wirkungen des § 7 KSchG nF eingetreten sind, was die unter § 4 Satz 1 KSchG nF erfassten „anderen Gründe“ anbelangt, worunter § 102 BetrVG und § 242 BGB fallen (*vgl. statt vieler HaKo-Pfeiffer 2. Aufl. § 13 KSchG Rn. 71, 72*). 29
- ee) Der Kläger ist spätestens mit Zugang des Schriftsatzes der Beklagten vom 6. Mai 2004 darauf hingewiesen worden, er habe die Klagefrist versäumt. Ein Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsfeststellungsklage (§ 5 KSchG) ist nicht gestellt worden. Damit ist der als Hauptantrag gestellte Feststellungsantrag unbegründet. 30
- c) Allerdings verbleibt die Frage - und damit geht es um den Hilfsantrag -, ob die Kündigung auf den 31. Dezember 2003, den 31. Januar 2004 oder gar erst auf den 29. Februar 2004 wirkt. Das ist eine Frage der einschlägigen Kündigungsfrist bzw. die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Kündigungsfrist läuft, nämlich ab Zugang der Kündigung, ab vereinbartem Beginn des Arbeitsverhältnisses oder gar erst ab dem Zeitpunkt, an dem die Arbeit tatsächlich hätte aufgenommen werden sollen. 31
- aa) Wird geltend gemacht, bei der ordentlichen Kündigung habe der Arbeitgeber die Kündigungsfrist nicht eingehalten, so ist der Arbeitnehmer nicht auf die Klagefrist 32

des § 4 KSchG nF beschränkt. Die unzutreffende Berechnung der Kündigungsfrist durch den Arbeitgeber macht die Kündigung nicht insgesamt unwirksam, sondern betrifft nur den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit. Das hat der Zweite Senat am 15. Dezember 2005 - 2 AZR 148/05 - entschieden (*DB 2006, 1116, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Der Zweite Senat hat zum einen auf den Wortlaut der Norm abgestellt: Nicht die Wirksamkeit der Kündigung an sich ist im Streit, sondern nur der Zeitpunkt, zu dem die Kündigung wirkt. Zum anderen hat er darauf verwiesen, dass sich eine Kündigungserklärung in aller Regel als eine zum nächstzulässigen Zeitpunkt gewollte auslegen lässt. Dem schließt sich der erkennende Senat an.

bb) Im vorliegenden Fall der Kündigung vor Dienstantritt begann die Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsschluss mit dem Zugang der Kündigungserklärung vom 28. November 2003 am 29. November 2003 mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31. Dezember 2003 endete. 33

(1) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, bei den vorliegenden tatsächlichen Verhältnissen sei die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsschluss beachtet worden, weil zum 31. Dezember 2003 gekündigt worden sei. Damit hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis angenommen, dass die Parteien, die die Möglichkeit der Kündigung vor Dienstantritt nicht ausdrücklich geregelt haben, eine gewisse Mindestbeschäftigung nicht gewollt haben mit der Folge, dass die Kündigungsfrist nicht erst ab vereinbartem Vertragsbeginn oder gar erst ab vereinbarter tatsächlicher Arbeitsaufnahme beginnt. 34

(2) Dem folgt der Senat. 35

(2.1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist bei einer Kündigung vor Dienstantritt nicht davon auszugehen, dass die Parteien grundsätzlich und im Zweifel ein Interesse an einer zumindest vorübergehenden Durchführung des Arbeitsvertrages haben und deshalb die Kündigungsfrist, wenn keine Anhaltspunkte für einen abweichenden Parteiwillen bestehen, erst mit Dienstantritt beginnen soll. Grundsätzlich kann ein Arbeitsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist oder auch aus wichtigem Grund vor dem vereinbarten Dienstantritt gekündigt werden, wenn die Parteien dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben oder sich der Ausschluss der Kündigung aus den Umständen - etwa der Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Nichtantritts der Arbeit - zweifelsfrei ergibt. Es hängt in erster Linie von den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen ab, ob bei einer vor Dienstan-

tritt ausgesprochenen ordentlichen Kündigung die Kündigungsfrist bereits mit dem Zugang der Kündigung oder erst an dem Tage beginnt, an dem die Arbeit vertragsgemäß aufgenommen werden soll. Haben die Parteien keine Vereinbarung über den Beginn der Kündigungsfrist getroffen, so liegt eine Vertragslücke vor, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist. Für die Ermittlung des mutmaßlichen Parteiwillens und die hierfür maßgebende Würdigung der beiderseitigen Interessen ist grundsätzlich auf die konkreten Umstände des Falles abzustellen. Typische Vertragsgestaltungen können dabei für oder gegen die Annahme sprechen, die Parteien hätten eine auf Dauer der vereinbarten Kündigungsfrist beschränkte Realisierung des Vertrages gewollt. Vereinbaren Parteien etwa die kürzeste zulässige Kündigungsfrist, so spricht dies gegen die mutmaßliche Vereinbarung einer Realisierung des Arbeitsverhältnisses für diesen Zeitraum. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Kündigungsfrist auch bei einer Kündigung vor Dienstantritt, wenn die Vertragsauslegung und die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führen, mit dem Zugang der Kündigungserklärung beginnt. Nach der dispositiven gesetzlichen Regelung - etwa § 622 BGB - ist die Kündigungsfrist der Zeitraum, der vom Zugang der Kündigung bis zum Kündigungstermin reicht. Ergeben sich aus dem Vertrag keine Anhaltspunkte für einen abweichenden Parteiwillen, so ist kein hinreichender sachlicher Grund ersichtlich, die Kündigung vor Dienstantritt rechtlich anders zu behandeln als die Kündigung nach Dienstantritt, bei der die Kündigungsfrist auch ab Zugang der Kündigung läuft (so zuletzt BAG 25. März 2004 - 2 AZR 324/03 - AP BGB § 620 Kündigung vor Dienstantritt Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 620 Kündigung Nr. 1, mwN).

(2.2) Danach begann die Kündigungsfrist im vorliegenden Fall mit Zugang der Kündigung vom 28. November 2003, sonach am 29. November 2003 zu laufen und hat das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2003 beendet. Ein besonderes Interesse der Parteien - nicht nur des Klägers! - an einer zumindest vorübergehenden Durchführung des Arbeitsvertrages ist nicht erkennbar. Die Parteien haben eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart. Diese Regelung ist neben der Befristungsabrede getroffen worden und zeigt, dass die Beklagte den Kläger auch in diesem Fall zunächst erproben wollte. Der Kläger konnte nicht davon ausgehen, dass er längerfristig beschäftigt werde. Für die Probezeit haben die Parteien die nach dem Tarifvertrag kürzestmögliche Kündigungsfrist von einem Monat vereinbart. Je kürzer die vertragliche Bindung ist, die durch ein Beharren auf der Erfüllung des Vertrages für die Dauer der Kündigungsfrist erzwungen werden könnte, desto geringer kann das Interesse beider Parteien an einer solchen Bindung sein. Auch die Art der vorgesehenen Tätigkeit spricht gegen ein bei-

37

derseitiges Interesse an einer kurzfristigen Aufnahme der Beschäftigung. Der Kläger sollte als Software Engineer-Specialist für die Beklagte tätig werden. Dabei handelt es sich um eine Tätigkeit, die nach der zweithöchsten Entgeltgruppe des Bundesentgelttarifvertrages vergütet werden sollte. Bereits daraus folgt, dass es sich bei der geschuldeten Tätigkeit nicht um Arbeiten handelt, die sich bereits in den ersten Tagen oder gar Stunden ohne weiteres durchführen lassen, so dass sich rasch eine Routine aufbaut und der Arbeitgeber von den Arbeitsergebnissen schnell profitieren kann. Auch wenn der Kläger eine entsprechende Ausbildung und Fachkenntnisse für die Wahrnehmung seiner neuen Aufgaben mitgebracht hat, so hätte es doch eine gewisse Zeit gedauert, bis sich der Kläger in die Betriebsspezifika und konkreten Arbeitsbereiche eingearbeitet hätte. Während der Einarbeitungsphase wäre der Kläger nicht in der Lage gewesen, die volle Arbeitsleistung im Interesse der Beklagten zu erbringen. Rückfragen an Arbeitskollegen wären erforderlich gewesen, die hierdurch von ihren Aufgaben abgelenkt worden wären. Es macht keinen Sinn, die Phase der Einarbeitung durchzuführen, wenn von vornherein feststeht, dass an einer weiteren Zusammenarbeit kein Interesse mehr besteht. Darauf hat das Arbeitsgericht zutreffend hingewiesen.

Hinzu kommt, dass selbst nach dem Vortrag des Klägers eine Einarbeitungszeit von vier Wochen oder einem Monat erforderlich gewesen wäre. Ggf. wäre das Arbeitsverhältnis nur hinsichtlich der Einarbeitungszeit aktualisiert worden. Es liegt auf der Hand, dass dies als tatsächliche Mindestbeschäftigung nicht gewollt war. Für den Beginn der Kündigungsfrist ist unerheblich, dass der 1. Januar 2004 ein gesetzlicher Feiertag war, an dem der Kläger nicht zu arbeiten brauchte, und dass er auch am Brückentag, dem 2. Januar 2004, und am Wochenende 3./4. Januar 2004 nicht hätte tatsächlich arbeiten müssen (vgl. BAG 2. November 1978 - 2 AZR 74/77 - BAGE 31, 121, 131 und 27. Juni 2002 - 2 AZR 382/01 - BAGE 102, 49, 54 f.). Damit ist auch der Hilfsantrag unbegründet.

38

II. Die Anschlussrevision der Beklagten ist begründet.

39

Der Kläger hat keinen Anspruch auf die geltend gemachten Arztkosten für die Einstellungsuntersuchung am 1. Dezember 2004.

40

1. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, nach Sinn und Zweck der Untersuchung sei davon auszugehen, dass sie im Interesse des Arbeitgebers stattfindet, der wissen wolle, ob der in Aussicht genommene Arbeitnehmer auch gesundheitlich in der Lage sei, die übertragenen Tätigkeiten auszuführen, oder ob gesundheitliche Probleme

41

einer Arbeitsaufnahme entgegenstünden. Sinnvollerweise habe die Beklagte auch, was zulässig sei, das Zustandekommen des Arbeitsvertrages unter den Vorbehalt des positiven Ergebnisses der ärztlichen Untersuchung gestellt, was bedeute, dass die Beklagte eine Bedingung aufgestellt habe und diese solange Bestand habe, wie die Beklagte davon nicht ausdrücklich abrücke. In dem Kündigungsschreiben selbst vom 28. November 2003 werde die Frage der Vorstellungsuntersuchung nicht erwähnt. Dabei sei aber auch zu beachten, dass dann, wenn der Kläger den Termin des Werkarztes hätte wahrnehmen können, die Kosten bereits angefallen gewesen wären, bevor die Kündigung erklärt wurde. In anderen Bereichen spreche man dabei von Sowieso-Kosten, die bei jeder Fallgestaltung anfielen, so dass, wenn das Arbeitsverhältnis wie ursprünglich geplant zum 1. Dezember 2003 hätte in Vollzug gesetzt werden können, im Zeitpunkt der Kündigungserklärung die Kosten ebenfalls bereits angefallen gewesen wären. Jedenfalls hätte die Beklagte in dem Telefonat den Kläger darauf hinweisen müssen, dass eine ärztliche Einstellungsuntersuchung jetzt nicht mehr erforderlich sei, und nicht der Kläger, der insoweit einen Auftrag von der Beklagten erhalten gehabt habe, wenn auch im vorvertraglichen Bereich, habe nachfragen müssen, ob der Auftraggeber an der Durchführung des erteilten Auftrages festhalte.

2. Dem folgt der Senat nicht. 42
- a) Anspruchsgrundlage ist allein § 670 BGB. Danach ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet, wenn der Beauftragte zum Zweck der Ausführung des Auftrages Aufwendungen macht, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. 43
- b) Der Kläger durfte die Aufwendungen für die ärztliche Eignungsuntersuchung am 1. Dezember 2003 nicht mehr für erforderlich halten. 44
- aa) § 670 BGB nimmt zur Frage der Zweckerreichung der erbrachten Aufwendungen einen vermittelnden Standpunkt ein: Die Aufwendungen brauchen nicht objektiv erforderlich, also erfolgreich gewesen zu sein; andererseits genügen erfolglose, wenn auch zweckgerichtete Aufwendungen nicht schlechthin. Vielmehr ist die Erforderlichkeit iSd. § 670 BGB nach einem subjektiv-objektiven Maßstab zu beurteilen. Maßgebend ist die Situation des Beauftragten im Zeitpunkt der Erbringung der Aufwendungen (subjektives Merkmal; Beurteilung ex ante, nicht ex post), und zwar vom Standpunkt eines nach verständigem Ermessen Handelnden (objektives Merkmal). Es kommt also nicht auf das tatsächliche Urteil und Verhalten des Beauftragten an, sondern darauf, was der Beauftragte nach sorgfältiger Prüfung der ihm bekannten Umstände des Falles

vernünftigerweise aufzuwenden hatte (*MünchKommBGB/Seiler 4. Aufl. § 670 BGB Rn. 9 mwN*).

bb) Der Kläger durfte die durch die am 1. Dezember 2003 durchgeführte ärztliche Untersuchung entstandenen Kosten den Umständen nach nicht mehr für erforderlich halten. Wegen der dem Kläger bereits am 27. November 2003 telefonisch angekündigten Absicht der Beklagten, das Arbeitsverhältnis nicht durchzuführen und durch Kündigung zu beenden, konnte der Kläger am 1. Dezember 2003 nicht mehr davon ausgehen, dass diese Einstellungsuntersuchung noch gewollt war. Selbst wenn er auf dem Standpunkt gestanden haben sollte, dass eine gewisse tatsächliche Mindestbeschäftigung gewollt gewesen sei, wäre es an dem Kläger gewesen, vor der Wahrnehmung des Arzttermins mit der Beklagten Kontakt aufzunehmen, um die Frage der Einstellungsuntersuchung zu klären. Der Hinweis des Landesarbeitsgerichts auf die sog. Sowieso-Kosten trägt nicht. Das Landesarbeitsgericht hat damit zum Ausdruck gebracht, der Kläger habe die Kosten schon deshalb für erforderlich halten dürfen, weil sie auch dann - sowieso - angefallen wären, wenn er den Termin bei dem werksärztlichen Dienst der Beklagten wahrgenommen hätte. Soweit es um die Zeit vor dem 27. November 2003 ging, trifft das zu. Hätte der Kläger vor diesem Datum den Arzttermin gehabt, hätte die Beklagte ihm die Kosten für die ärztliche Einstellungsuntersuchung erstatten müssen. Anspruchsgrundlage wäre § 670 BGB gewesen. Der Kläger konnte bis zu diesem Zeitpunkt die Aufwendungen im Interesse der Beklagten für erforderlich halten. Nach diesem Zeitpunkt - Telefonat am 27. November 2003 - durfte der Kläger die Aufwendungen für die ärztliche Einstellungsuntersuchung nicht mehr als erforderlich ansehen, und zwar unabhängig davon, ob eine Untersuchung beim werksärztlichen Dienst der Beklagten oder bei dem Arzt des Klägers angestanden hätte. Darauf hat die Anschlussrevision zutreffend hingewiesen.

46

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91, § 97 Abs. 1 ZPO.

47

Fischermeier

Dr. Armbrüster

Friedrich

Kapitza

Schneider