

5 AS 4/25

Annahmeverzug - Abbedingung

Tenor

Der Fünfte Senat vertritt die Rechtsauffassung, dass § 615 Satz 1 BGB insoweit zwingend ist und von ihm nicht iSv. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO durch Vereinbarung abgewichen werden kann, als Annahmeverzugsansprüche des Arbeitnehmers für den Fall einer unwirksamen oder erst zu einem späteren Zeitpunkt wirkenden Arbeitgeberkündigung nicht im Voraus abbedungen werden können.

Leitsatz

§ 615 Satz 1 BGB kann für den Fall einer unwirksamen oder erst zu einem späteren Zeitpunkt wirkenden Arbeitgeberkündigung von den Arbeitsvertragsparteien nicht im Voraus vollständig abbedungen werden.

Entscheidungsgründe

- 1 I. Der Zweite Senat hat mit Beschluss vom 18. Juni 2025 (- 2 AZR 91/24 (A) -) nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG angefragt, ob der Fünfte Senat an seiner Rechtsauffassung festhält, dass § 615 Satz 1 BGB auch insoweit nicht zwingend ist, als Annahmeverzugsansprüche des Arbeitnehmers „für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung“ im Voraus – insbesondere durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung – abbedungen werden können. Er möchte in dem zu entscheidenden Fall die Ansicht vertreten, dass es sich bei § 615 Satz 1 BGB insoweit um eine iSv. Art. 30 Abs. 1 EGBGB in der bis 16. Dezember 2009 geltenden Fassung (aF) zwingende Norm handelt, als von ihr nicht im Voraus für den Fall einer unwirksamen oder erst zu einem späteren Zeitpunkt wirkenden Kündigung abgewichen werden kann (*BAG 18. Juni 2025 – 2 AZR 91/24 (A) – Rn. 22, 28*). Der Fünfte Senat hat in einem Rechtsstreit, in dem der dortige Kläger im Nachgang einer unwirksamen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch seinen Arbeitgeber Annahmeverzugsansprüche (gegen einen Dritten) geltend gemacht hatte, angenommen, § 615 BGB sei keine Bestimmung des zwingenden Rechts, so dass von ihr iSv. Art. 8 Rom I-VO durch Parteivereinbarung abgewichen werden könne (*BAG 29. März 2023 – 5 AZR 55/19 – Rn. 75*).
- 2 II. Hieran hält der Fünfte Senat nicht uneingeschränkt fest. Zwar ist § 615 Satz 1 BGB grundsätzlich dispositiv mit der Folge, dass er von den Arbeitsvertragsparteien auch abbedungen werden kann. Eine im Voraus erfolgte vollständige Abbedingung von Annahmeverzugsansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber für den Fall einer unwirksamen oder erst später wirkenden Arbeitgeberkündigung ist aber nicht möglich. Insoweit folgt der Fünfte Senat der Ansicht des Zweiten Senats im Beschluss vom 18. Juni 2025 (- 2 AZR 91/24 (A) -).

- 3 1. § 615 Satz 1 BGB ist grundsätzlich keine Vorschrift des zwingenden Rechts und damit prinzipiell abdingbar.
- 4 a) Hierfür spricht bereits § 619 BGB (*vgl. BAG 12. Februar 2025 – 5 AZR 127/24 – Rn. 13*) sowie die Entstehungsgeschichte beider Vorschriften.
- 5 aa) Nach § 619 BGB können die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 BGB obliegenden Verpflichtungen – die „Pflicht zur Krankenfürsorge“ und die „Pflicht zu Schutzmaßnahmen“ – nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden. Die Vorschrift wurde mit seinem Inkrafttreten zum 1. Januar 1900 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt (*vgl. Dilschmann Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1905 S. 107*). Nachdem sie in der ersten „Berathung“ des Entwurfs (*vgl. Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1884 S. 137 ff.*) noch nicht enthalten war, wurde sie – nach den Beschlüssen der Redaktionskommission – erstmals in der zweiten Lesung als § 558 Satz 4 in den Gesetzesentwurf aufgenommen (*vgl. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Zweite Lesung 1894 S. 172 f.*). Ihre Reichweite beschränkte sich dabei ausschließlich auf die in Satz 1 enthaltene Verpflichtung, die dem späteren – und heutigen – § 618 Abs. 1 BGB entsprach. Bereits im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1894 war (in einer Fußnote) zum Ausdruck gebracht worden, dass § 558 als eine derjenigen Bestimmungen im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) aufgeführt werden sollte, deren Geltung auch für den „Gesindedienstvertrag“ nicht durch Landesgesetze beeinträchtigt werden dürfe (*vgl. auch Mugdan Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1899 II. Band S. 253*). Dementsprechend ordnete Art. 95 Unterabs. 2 des ebenfalls zum 1. Januar 1900 in Kraft getretenen EGBGB an, dass ungeachtet der Fortgeltung der landesgesetzlichen Vorschriften zum Gesinderecht die §§ 617 bis 619 BGB auch für Gesindedienstverhältnisse Anwendung finden (*vgl. Dilschmann aaO S. 260*).
- 6 bb) Ein vergleichbarer Unabdingbarkeitsschutz war für die – ebenfalls zum 1. Januar 1900 in Kraft getretene – Regelung über den Annahmeverzugsanspruch des Dienstverpflichteten in § 615 BGB hingegen nicht vorgesehen. Bereits der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch aus dem Jahr 1884 enthielt in § 554 die Bestimmung, dass der Dienstverpflichtete, wenn der Dienstberechtigte in Verzug der Annahme der Dienste kommt, für die Dauer des Annahmeverzugs Anspruch auf die vertragsgemäße Vergütung hat, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein (*vgl. Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1884 S. 137*). Obwohl der Annahmeverzug – erweitert um die Regelung des heutigen § 615 Satz 2 BGB – in der zweiten „Lesung“ des Gesetzesentwurfs in § 556 und damit gemeinsam mit dem – dem heutigen § 616 BGB weitgehend entsprechenden – § 557 unmittelbar vor § 558 geregelt war (*vgl. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Zweite Lesung 1894 S. 172*), war für keine dieser beiden Verpflichtungen des Dienstberechtigten vorgesehen, dass ihre Abdingbarkeit ausgeschlossen werden sollte. Anhaltspunkte, dass diese Ansprüche zwingend sein sollten, lassen sich auch den Materialien hierzu nicht entnehmen (*vgl. Mugdan Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1899 II. Band S. 257 f.*). Bereits diese Entwicklung von § 619 und § 615 BGB zeigt, dass Satz 1 der letztgenannten Norm nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers grundsätzlich nicht unabdingbar sein sollte.

- 7 cc) Der Umstand, dass der zum 1. Januar 1900 in Kraft getretene § 626 Abs. 1 BGB nicht dispositiv ist, rechtfertigt kein anderes Verständnis. Bereits im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch war in § 559 ein – noch als zukunftsgerichtetes Rücktrittsrecht ausgestaltetes – Recht der Vertragsparteien zur sofortigen Lösung vom Vertrag bei Vorliegen wichtiger Gründe vorgesehen (*vgl. Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1884 S. 138 f.*). Der Gesetzgeber nahm erklärtermaßen an, den Parteien eines Dienstvertrags „müsse“ ein solches Recht zustehen und das Vorliegen „wichtiger“ Gründe „verleihe“ ein solches Recht (*vgl. auch Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1899 S. 261 f.*). Dementsprechend ging schon das Reichsgericht davon aus, dass § 626 Abs. 1 BGB in seiner damaligen Fassung zwingender Natur war (*vgl. dazu die Nachweise bei BAG 6. November 1956 – 3 AZR 42/55 – zu II der Gründe, BAGE 3, 168*).
- 8 dd) Unerheblich ist auch, dass nach Inkrafttreten von § 615 und § 619 BGB zum 1. Januar 1900 noch weitere unabdingbare Regelungen – wie etwa der zum 21. August 1980 in Kraft getretene § 612a oder die im Jahr 1972 kodifizierte Bestimmung zum Betriebsübergang in § 613a BGB – in den §§ 611 bis 619 BGB eingefügt wurden. Deren spätere Aufnahme in das Gesetz lässt keinen Rückschluss auf den Willen des Normgebers bei Erlass der bereits vorhandenen Bestimmungen zu.
- 9 b) Vor allem der Umkehrschluss aus § 11 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 AÜG bestätigt das vorliegende Auslegungsergebnis. Danach kann das Recht eines Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden. Die inhaltsgleiche Vorgängerregelung trat bereits zum 7. August 1972 in Kraft. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte die Norm die damaligen §§ 3, 9 und 10, die dem Verleiher das Arbeitgeberberrisiko auch für den Fall auferlegen, dass der Leiharbeitnehmer nicht bei einem Entleiher beschäftigt werden kann, ergänzen. Der Gesetzgeber hielt es, „um Umgehungsversuche zu verhindern“ für geboten, dem Verleiher „einige, nach allgemeinem Arbeitsrecht zulässige Rechtsgestaltungsmöglichkeiten zu versagen“ (*vgl. BT-Drs. VI/2303 S. 14*). So wurde es den Parteien nicht nur verwehrt, von der im damaligen § 622 Abs. 4 BGB (*jetzt § 622 Abs. 5 Nr. 1 BGB*) vorgesehenen Befugnis, für Aushilfskräfte kürzere Kündigungsfristen zu vereinbaren, Gebrauch zu machen. Ihnen wurde auch das Recht genommen, § 615 Satz 1 BGB wirksam abzubedingen. Soweit davon ausgegangen wird, dass das Risiko von Nichteinsatzzeiten eines Leiharbeitnehmers als Wirtschaftsrisiko in den Leiharbeitsarbeitsverträgen mit einer geringeren Vergütung „eingepreist“ ist (*vgl. Schüren/Hamann/Schüren AÜG 6. Aufl. § 11 Rn. 111*), ist dies allenfalls eine Folge von § 11 Abs. 3 Satz 2 AÜG aF, kann aber keinen Schluss auf den Bedeutungsgehalt der Norm für die grundsätzliche Abdingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB zulassen.
- 10 2. Die Abdingbarkeit von § 615 Satz 1 BGB findet allerdings ihre Grenze, wenn sie zur Folge hat, dass der mit den zwingenden Kündigungsschutzvorgaben beabsichtigte Erhalt des Arbeitsverhältnisses oder zumindest seine verlängerte Dauer als Grundlage für den Bezug des Arbeitsentgelts als typische wirtschaftliche Lebensgrundlage für einen Arbeitnehmer unterlaufen wird. Der Arbeitgeber darf daher im Fall einer unwirksamen oder mit falscher Frist erklärten Kündigung nicht im Voraus vollständig von Annahmeverzugslohnansprüchen befreit werden (*vgl. Schaub ArbR-HdB/Linck 21. Aufl. § 95 Rn. 5; Staudinger/Fischinger [2025] BGB § 615 Rn. 11, 13; AR/Kamanabrou 10. Aufl. § 615 BGB Rn. 8; Krause in Henssler/Willemsen/Kalb Arbeitsrecht Kommentar 11. Aufl. § 615 BGB Rn. 107; ErfK/Greiner 26. Aufl. BGB § 615*

Rn. 8; MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. § 615 Rn. 11; MHdB ArbR/Tillmanns 6. Aufl. § 76 Rn. 11; Riesenhuber in Erman BGB 17. Aufl. § 615 BGB Rn. 5; BeckOGK/Bieder Stand 1. April 2025 BGB § 615 Rn. 142). Eine solche Regelung wäre nach § 134 BGB unwirksam, da sie durch die Verwendung einer nicht von den Kündigungsschutzbestimmungen erfassten Gestaltungsmöglichkeit darauf angelegt wäre, den von ihnen angestrebten Schutz des Arbeitnehmers zu umgehen (vgl. BAG 18. Juni 2025 – 2 AZR 91/24 (A) – Rn. 22, 30).

- 11 a) Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes zielen nicht lediglich darauf ab, dem Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis bei einer unwirksamen Kündigung formal zu erhalten. Vielmehr soll in diesem Fall grundsätzlich auch der Anspruch auf Vergütung bestehen bleiben.
- 12 aa) Hierfür spricht bereits § 11 KSchG. Die Anrechnungsvorschrift setzt – wie sowohl ihre sprachliche Fassung („das Arbeitsentgelt, das ... der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet“) als auch ihr Inhalt zeigen – voraus, dass dem Arbeitnehmer bei einer unwirksamen Kündigung der Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Fortzahlung des Entgelts unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs erhalten bleibt. Bestätigt wird dies durch die Gesetzesmaterialien zu der weitgehend gleichlautenden Vorgängerregelung in § 9 KSchG idF vom 10. August 1951 (BGBl. I S. 499). Danach ging der Gesetzgeber bei deren Erlass davon aus, die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer im Fall einer rechtsunwirksamen Kündigung Lohn oder Gehalt weiterzuzahlen, ergebe sich bereits aus den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts und müsse aus diesem Grund nicht noch einmal im Kündigungsschutzgesetz ausgesprochen werden (vgl. Entwürfe eines Bundeskündigungsschutzgesetzes sowie eines Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung RdA 1951, 64). Mit dieser Vorstellung deckt sich auch seine Annahme, dass ua. der „Arbeitsplatz“ des Arbeitnehmers das vom Kündigungsschutzgesetz „geschützte Rechtsgut“ sei, der die Grundlage für dessen „wirtschaftl. und soziale Existenz“ bilde (vgl. Entwürfe eines Bundeskündigungsschutzgesetzes sowie eines Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung aaO S. 63).
- 13 bb) Auch § 12 Satz 4 KSchG lässt die Prämisse des Gesetzgebers erkennen, der Arbeitgeber habe dem Arbeitnehmer nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung grundsätzlich Annahmeverzug zu zahlen. Die Norm begrenzt dessen Pflicht zur Zahlung entgangenen Verdienstes, wenn der Arbeitnehmer von seinem Verweigerungsrecht nach § 12 Satz 1 KSchG Gebrauch macht. In diesem Fall schuldet der Arbeitgeber Vergütung nur für die Zeit zwischen der Entlassung – und damit der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses – und dem Tag des Eintritts des Arbeitnehmers in ein neues Arbeitsverhältnis. Nach der ausdrücklichen Begründung zur Vorgängerbestimmung in § 10 KSchG idF vom 10. August 1951 (BGBl. I S. 499) sollte die Norm die „Frage [regeln], für welchen Zeitraum dem Arbeitnehmer entgangener Verdienst zu gewähren ist, wenn er die Weiterbeschäftigung bei dem alten Arbeitgeber wegen des inzwischen eingegangenen neuen Arbeitsverhältnisses verweigert“ (vgl. Entwürfe eines Bundeskündigungsschutzgesetzes sowie eines Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung RdA 1951, 64).
- 14 cc) Letztlich sprechen auch die §§ 9 und 10 KSchG dafür, dass das Kündigungsschutzgesetz nicht lediglich auf den formalen Erhalt des Arbeitsverhältnisses abzielt, sondern diesem auch eine wirtschaftliche

Bedeutung zukommen soll. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliches Urteil ist danach nur dann möglich, wenn dem Arbeitnehmer zeitgleich eine Abfindung und damit ein finanzieller Ausgleich für seinen Arbeitsplatzverlust zugesprochen wird. Entsprechendes gilt für § 1a KSchG, der dem Arbeitnehmer – unter bestimmten Voraussetzungen – einen Abfindungsanspruch im Fall einer auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützten Kündigung gewährt, wenn er die Frist des § 4 KSchG verstreichen lässt.

- 15 b) Die Vorgaben für die Kündigungsfristen beim Arbeitsverhältnis nach § 622 BGB sind ebenfalls darauf angelegt, dem Arbeitnehmer die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz vorübergehend zu erhalten. Die Zeitspanne, die ihm bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zur Verfügung steht, soll es ihm ermöglichen, sich an seine veränderte berufliche Situation anzupassen. Insbesondere die verlängerten Kündigungsfristen in Absatz 2 der Norm zielen darauf ab, dem betroffenen Arbeitnehmer mehr Zeit für die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz einzuräumen (*vgl. BVerfG 16. November 1982 – 1 BvL 16/75, 1 BvL 36/79 – zu B I und B II 2 der Gründe, BVerfGE 62, 256*), indem ihm seine bisherige Grundlage für den Bezug von Entgelt solange erhalten bleibt.
- 16 c) Entsprechendes gilt letztlich auch für § 626 BGB.
- 17 aa) Die gleichermaßen für beide Vertragsparteien geltende Norm bringt – ausgehend vom Willen des historischen Gesetzgebers (*sh. Rn. 7*) – zwar lediglich das allgemein anerkannte Prinzip zum Ausdruck, dass Dauerschuldverhältnisse bei einem wichtigen Grund fristlos kündbar sein müssen. Vor dem Hintergrund des § 622 BGB hat sie allerdings zur Folge, dass ohne einen solchen Grund ein Arbeitsverhältnis nicht ohne Einhaltung jeglicher Frist gekündigt werden kann. Liegt kein Grund für eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, soll dem Arbeitnehmer daher – zumindest für die Dauer der Kündigungsfrist – sein Arbeitsverhältnis als typische Basis seiner wirtschaftlichen Existenz erhalten bleiben.
- 18 bb) Hierfür spricht auch § 13 Abs. 1 Satz 3 und 5 KSchG. Die (nur) auf Antrag des Arbeitnehmers mögliche gerichtliche Auflösung seines Arbeitsverhältnisses bei einer unbegründeten außerordentlichen Kündigung kann nur bei gleichzeitiger Verurteilung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung erfolgen. Dem Arbeitnehmer muss für seinen – vor allem – wirtschaftlichen Verlust eine finanzielle Kompensation gewährt werden.
- 19 d) Könnte § 615 Satz 1 BGB für den Fall einer unwirksamen oder nicht mit zutreffender Frist erklärten Arbeitgeberkündigung im Voraus vollständig abgedungen werden, hätte dies letztlich zur Folge, dass der durch § 1 KSchG und §§ 622, 626 BGB sowie die weiteren Kündigungsschutzbestimmungen vermittelte wirtschaftliche Schutz des Arbeitnehmers entwertet würde. Die Frage, ob die Kündigung das Arbeitsverhältnis – zum erklärten oder zu einem späteren Zeitpunkt – aufgelöst hätte, wäre praktisch bedeutungslos, da der Arbeitnehmer dann im Fall seiner Nichtbeschäftigung ohnehin keinen Anspruch auf die Zahlung seiner Vergütung hätte.

Ahrendt

Neumann

Bubach

Schad

Grieb