

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Beschluss vom 18. Juni 2025
- 2 AZR 91/24 (A) -
ECLI:DE:BAG:2025:180625.B.2AZR91.24A.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 17. Juni 2021
- 10 Ca 7906/20 -
Urteil vom 1. März 2022
- 10 Ca 5080/21 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 16. November 2023
- 11 Sa 794/22 -

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzugslohn - Abbedingung - Rechtswahl

Leitsatz:

Der Zweite Senat möchte die Auffassung vertreten, dass § 615 Satz 1 BGB insoweit zwingend ist, als Annahmeverzugslohnansprüche des Arbeitnehmers für den Fall einer unwirksamen oder zu einem späteren Termin wirkenden Arbeitgeberkündigung nicht im Voraus - insbesondere nicht durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung - abbedungen werden können.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren Parallelsachen

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 91/24 (A)

11 Sa 794/22

Hessisches

Landesarbeitsgericht

Verkündet am

18. Juni 2025

BESCHLUSS

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Juni 2025 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtliche Richterin Trümner und den ehrenamtlichen Richter Krüger beschlossen:

1. Der Zweite Senat möchte die Auffassung vertreten, dass § 615 Satz 1 BGB insoweit zwingend ist, als Annahmeverzugsansprüche des Arbeitnehmers für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung nicht im Voraus - insbesondere nicht durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung - abbedungen werden können.
2. Damit weicht der Senat von der Rechtsprechung des Fünften Senats (29. März 2023 - 5 AZR 55/19 - Rn. 75) ab.
3. Der Zweite Senat fragt nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG an, ob der Fünfte Senat an seiner Rechtsauffassung festhält.
4. Der Rechtsstreit wird hinsichtlich der Revisionsanträge der Klägerin zu 5. a) bis g) (Annahmeverzug für den Zeitraum Oktober 2020 bis April 2021) ausgesetzt.

Gründe

A. Die Parteien streiten ua. darüber, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt ihr Arbeitsverhältnis - insbesondere durch eine Kündigung der Beklagten vom 29. September 2020 zum 1. Oktober 2020 - aufgelöst wurde sowie damit in Zusammenhang stehende Annahmeverzugslohnansprüche. 1

Die Beklagte ist ein Luftfahrtunternehmen mit Sitz in Chicago, Illinois. Sie unterhielt eine „Inflight Service Base“ am Flughafen Frankfurt am Main (im Folgenden nur Frankfurt). Die Klägerin, eine deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Deutschland, arbeitete auf Grundlage eines in Chicago geschlossenen schriftlichen Vertrags vom 7. April 1997 als Flugbegleiterin mit Heimatbasis Frankfurt zu einer durchschnittlichen monatlichen Vergütung von 4.216,59 Euro brutto. In ihrem Arbeitsvertrag haben die Parteien die Geltung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika vereinbart. Die Klägerin wurde zuletzt auf Langstreckenflügen zwischen Frankfurt und den USA eingesetzt. Ihre Einsätze begannen und endeten - wie die Einsätze aller anderen der Basis in Frankfurt zugeordneten Flugbegleiter auch - stets an ihrer Heimatbasis am Flughafen Frankfurt. 2

Mit einer E-Mail vom 29. September 2020 kündigte die Beklagte das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis zum 1. Oktober 2020.

Die Klägerin hat sich mit ihrer Klage ua. gegen eine Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses aufgrund dieser Kündigung gewandt. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Kündigung vom 29. September 2020 beende das Arbeitsverhältnis der Parteien, allerdings erst mit Ablauf des 30. April 2021. Die hiergegen von beiden Parteien eingelegten Revisionen hat der Senat mit einem Teilurteil (18. Juni 2025 - 2 AZR 91/24 (B) -) zurückgewiesen.

Die Klägerin hat ferner ua. geltend gemacht, ihr stünden gegen die Beklagte Annahmeverzugslohnansprüche für den Zeitraum Oktober 2020 bis April 2021 sowohl nach US-amerikanischem als auch nach deutschem Recht zu.

Die Klägerin hat - soweit vorliegend von Interesse - beantragt,

...

5. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin
 - a) 4.216,59 Euro brutto abzüglich 1.110,41 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2020 aus 3.106,18 Euro zu zahlen;
 - b) 4.216,59 Euro brutto abzüglich 1.148,70 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2020 aus 3.067,89 Euro zu zahlen;
 - c) 4.216,59 Euro brutto abzüglich 1.148,70 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2021 aus 3.067,89 Euro zu zahlen;
 - d) 4.216,59 Euro brutto abzüglich 1.180,20 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2021 aus 3.036,39 Euro zu zahlen;
 - e) 4.216,59 Euro brutto abzüglich 1.180,20 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2021 aus 3.036,39 Euro zu zahlen;
 - f) 4.216,59 Euro brutto abzüglich 1.180,20 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2021 aus 3.036,39 Euro zu zahlen;

- g) 4.216,59 Euro brutto abzüglich 1.180,20 Euro netto
nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit dem 1. Mai 2021 aus
3.036,39 Euro zu zahlen.

...

Die Beklagte hat auch insoweit die Abweisung der Klage beantragt. 7

Das Berufungsgericht hat die Klage betreffend Annahmeverzugslohnansprüche der Klägerin abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin die geltend gemachten Ansprüche weiter. 8

B. Der Senat ist derzeit an einer Entscheidung über die zulässige Revision der Klägerin betreffend die von ihr geltend gemachten Annahmeverzugslohnansprüche gehindert. Es steht zwar aufgrund des Teilurteils des Senats vom heutigen Tag (- 2 AZR 91/24 (B) -) rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht - wie von der Beklagten beabsichtigt - bereits zum 1. Oktober 2020, sondern erst zum 30. April 2021 geendet hat. Annahmeverzugslohnansprüche der Klägerin ergeben sich dabei nicht aus dem von den Parteien gewählten US-amerikanischen Recht. Nach Ansicht des Senats können sie aber aus § 615 Satz 1 BGB als dem ohne Rechtswahl für die Klägerin geltenden günstigeren Recht folgen, da es sich insoweit um eine iSv. Art. 30 Abs. 1 EGBGB in der bis 16. Dezember 2009 geltenden Fassung (aF) zwingende Norm handelt. Damit weicht der Senat in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der Rechtsauffassung des Fünften Senats (29. März 2023 - 5 AZR 55/19 - Rn. 75) ab. Daher bedarf es nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG einer Anfrage bei diesem Senat, ob er an seiner bisherigen Rechtsauffassung festhält. Bis zu dessen Entscheidung ist das nicht durch Teilurteil erledigte Verfahren entsprechend § 148 ZPO auszusetzen. 9

I. Das anwendbare materielle Recht bestimmt sich vorliegend nach Art. 27 ff. EGBGB aF. Die Rom I-VO findet keine Anwendung, weil der Arbeitsvertrag der Parteien vor dem 17. Dezember 2009 (vgl. Art. 28 Rom I-VO) geschlossen wurde und es in der Folgezeit keine umfangreiche Vertragsänderung gab, die der Sache nach zu einer Ersetzung des bisherigen Vertrags geführt hätte 10

(vgl. *EuGH 18. Oktober 2016 - C-135/15 - [Nikiforidis] Rn. 35 ff.*; *BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 20*). Im Übrigen stellte sich die Rechtslage im Streitfall gemäß Art. 3, 8 und 9 Rom I-VO nicht anders dar als nach Art. 27 ff. EGBGB aF (vgl. *BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 20*).

II. Der Klägerin stehen keine Annahmeverzugslohnansprüche nach dem 11
gewählten US-amerikanischen Recht zu.

1. Die Parteien haben wirksam gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB aF US-ame- 12
rikanisches Recht für ihr Arbeitsverhältnis gewählt.

a) Sie haben nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Gel- 13
tung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika - insbesondere das Ver-
tragsstatut des Bundesstaats Illinois - einschließlich des Railway Labor Act und
der AFA-Vereinbarung vereinbart. Bei letzterer handelt es sich um einen von der
Beklagten und der US-amerikanischen Gewerkschaft „Association of Flight
Attendants“ (AFA) auf Basis des Railway Labor Act geschlossenen Vertrag zu
den Arbeitsbedingungen der Flugbegleiter. In der AFA waren alle bei der Beklag-
ten tätigen Flugbegleiter, auch die Klägerin, Mitglied.

b) Aus Sicht des Senats bestehen an der Wirksamkeit der Rechtswahl keine 14
Bedenken. Solche sind auch von den Parteien nicht erhoben worden. Allerdings
hat der Neunte Senat in einem obiter dictum angenommen, es spreche einiges
dafür, dass eine Rechtswahlklausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirk-
sam sein könne. Dies könne insbesondere der Fall sein, wenn dem Arbeitnehmer
der unzutreffende Eindruck vermittelt werde, auf den Vertrag sei nur das ge-
wählte Recht anwendbar, ohne auf die Ausnahme der zwingenden Bestimmun-
gen nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO hinzuweisen (vgl. *BAG 23. Januar*
2024 - 9 AZR 115/23 - Rn. 47, BAGE 182, 305). Insoweit weist der Senat ergän-
zend jedoch zum einen darauf hin, dass die dort zitierten Entscheidungen des
Gerichtshofs der Europäischen Union (*3. Oktober 2019 - C-272/18 - Rn. 58 iVm.*
28. Juli 2016 - C-191/15 - Rn. 71) allein Verbraucherverträge betreffen. Arbeits-
verträge sind dagegen nach Erwägungsgrund 10 und nach Art. 2 Buchst. b der
Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Ver-

braucherverträgen (im Folgenden Klausel-RL) unionsrechtlich keine Verbraucherverträge (vgl. auch *EuGH 20. Oktober 2022 - C-604/20 - [ROI Land Investments] Rn. 55*). Zum anderen ist für die Wirksamkeit der Rechtswahl - auch bei einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Rechtswahlklausel - gemäß Art. 27 Abs. 4 iVm. Art. 31 Abs. 1 EGBGB aF das von den Parteien gewählte Recht maßgeblich (vgl. *BGH 26. Oktober 1993 - XI ZR 42/93 - zu II 2 a aa der Gründe, BGHZ 123, 380*; zur *Rom I-VO*: vgl. *BGH 24. März 2022 - I ZR 52/21 - Rn. 28, BGHZ 233, 153*; *MüKoBGB/Martiny 9. Aufl. Rom I-VO Art. 3 Rn. 101, 106*; *Grüneberg/Thorn BGB 84. Aufl. Rom I Art. 3 Rn. 9*). Eine Überprüfung der vorliegend erfolgten Wahl US-amerikanischen Rechts am Maßstab der §§ 305 ff. BGB oder der Klausel-RL scheidet danach aus.

2. Aus dem gewählten US-amerikanischen Recht folgen keine Annahmeverzugslohnansprüche der Klägerin. 15

a) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend und im Anschluss an das von ihm eingeholte Sachverständigengutachten zum US-amerikanischen Arbeitsrecht ausgeführt, dass weder das Recht des Bundesstaats Illinois noch US-amerikanisches Bundesrecht eine solche Anspruchsgrundlage kennen, da nach diesen Rechtsgrundlagen nur abgerufene Arbeitsleistung vergütet wird und es an einem substantiierten Vortrag der Klägerin fehlt, dass eine an einem unzulässigen Unterscheidungsmerkmal anknüpfende Ungleichbehandlung vorliegt. Hiergegen hat die Klägerin keine konkreten Rügen erhoben. 16

b) Annahmeverzugslohnansprüche ergeben sich auch nicht aus der AFA-Vereinbarung, wie die Klägerin meint. Dabei kann es dahinstehen, ob die Begründung des Landesarbeitsgerichts zutrifft, wonach das Ergebnis bereits daraus folgt, dass ein Gericht einen solchen Anspruch nicht anstelle des „System Board“ zusprechen könne. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Revisionsbegründung der Klägerin zur fehlenden Verbindlichkeit eines Schiedsverfahrens durch das „System Board“ kommt es nicht weiter an, da jedenfalls Voraussetzung eines solchen Anspruchs wäre, dass eine Unwirksamkeit der Kündigung nach US-amerikanischem Recht bzw. der AFA-Vereinbarung vorläge. Das wird auch im vom Landesarbeitsgericht eingeholten Gutachten zu Rechtsfragen des US- 17

amerikanischen Arbeitsrechts herausgestellt („regelmäßiger Ansatzpunkt insoweit allerdings: unwirksame Kündigung“). Nach dem Teilurteil des Senats (18. Juni 2025 - 2 AZR 91/24 (B) -) ist das aber gerade nicht der Fall, weil - selbst wenn sich aus der AFA-Vereinbarung ein marginaler Kündigungsschutz ergäbe - dieser durch eine weitere Vereinbarung der Beklagten mit der AFA wieder aufgehoben worden ist. Insoweit liegt nach US-amerikanischem Recht, auch unter Berücksichtigung der AFA-Vereinbarung keine unwirksame Kündigung vor. Die Annahme des Senats, es seien die Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB einzuhalten, betrifft allein deutsches Recht, auf das es nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB aF nur ankommt, weil es zwingend ist. Dies ändert aber nichts an der uneingeschränkten Wirksamkeit der Kündigung nach US-amerikanischem Recht, nachdem die AFA ausweislich der Feststellungen im Berufungsurteil mit der Beklagten eine Vereinbarung getroffen hat, dass die Flugbegleiter zum 1. Oktober 2020 entlassen werden können.

III. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Fehler angenommen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin ohne Rechtswahl objektiv deutsches Vertragsstatut Anwendung gefunden hätte, ohne dass eine engere Verbindung zu den USA bestand. Die Anwendung deutschen Rechts wäre für die Klägerin auch günstiger. 18

1. Nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB aF ist auf Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse das Recht des Staats objektiv anwendbar, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist. Das Kriterium des Staats, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, bezieht sich auf den Ort, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine beruflichen Tätigkeiten tatsächlich ausübt, und - in Ermangelung eines Mittelpunkts seiner Tätigkeiten - auf den Ort, an dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Tätigkeiten verrichtet (vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 24). Hinsichtlich des Ortes, „an dem“ Flugpersonal gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, ist von einer indiziengestützten Methode auszugehen, mit der in Zweifelsfällen der Ort, „von dem aus“ der Arbeitnehmer den wesentlichen Teil seiner Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber tatsächlich erfüllt, zu bestimmen ist (vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 26). Für 19

diese Beurteilung sind letztlich dieselben Aspekte maßgeblich wie bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte (*vgl. BAG 22. August 2024 - 2 AZR 251/23 - Rn. 20 ff.; 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 27 ff.*). Sollen Einzelumstände auf engere Verbindungen zu einem anderen Staat verweisen, müssen sie insgesamt das Gewicht der einschlägigen Regelanknüpfung, wie sie sich aus der Heimatbasis ergibt, deutlich übersteigen (*vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 31*).

2. Die Würdigung des Berufungsgerichts und die Gewichtung der von ihm festgestellten Anknüpfungsmomente ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar, soweit sie auf tatsächlichem Gebiet liegt. Es muss im Rahmen des ihm zukommenden Beurteilungsspielraums alle Gesichtspunkte berücksichtigen, die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen, und den- oder diejenigen würdigen, die seiner Ansicht nach am maßgeblichsten sind (*vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 32, 34*). 20

3. Nach diesem Maßstab ist die tatrichterliche Würdigung des Landesarbeitsgerichts, auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin hätte ohne Rechtswahl objektiv deutsches Vertragsstatut Anwendung gefunden, nicht zu beanstanden. Es hat bereits bei der Frage nach der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte alle maßgeblichen Umstände zum gewöhnlichen Arbeitsort der Klägerin in den Blick genommen und hierauf verwiesen. Revisionsrechtlich erhebliche Fehler sind weder zu erkennen noch werden sie von der Beklagten im Rahmen ihrer Revision aufgezeigt. Vielmehr setzt sie nur ihre Meinung gegen die des Berufungsgerichts. 21

IV. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung können Annahmeverzugslohnansprüche der Klägerin aus § 611a Abs. 2 iVm. § 615 Satz 1 BGB nicht abgelehnt werden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelt es sich bei § 615 Satz 1 BGB aus Sicht des Senats um eine insoweit zwingende Vorschrift, als von ihr nicht im Voraus für den Fall einer unwirksamen oder zu einem späteren Zeitpunkt wirkenden Kündigung abgewichen werden kann. Demgemäß kann die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass Annahmeverzugslohnansprüche der Klägerin nach deutschem Recht entfallen. Insofern 22

würde sich die Revision der Klägerin als begründet erweisen, wobei gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO eine Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht erfolgen müsste, da dieses - nach seiner Begründungslinie konsequent - keine Feststellungen zu der von der Beklagten bestrittenen Höhe der Annahmeverzugslohnansprüche getroffen hat. An einer solchen Entscheidung sieht sich der Senat aber durch die Entscheidung des Fünften Senats vom 29. März 2023 (- 5 AZR 55/19 - Rn. 75) gehindert.

1. Allerdings ist § 615 Satz 1 BGB grundsätzlich dispositiv und kann von den Parteien abbedungen werden. Das folgt aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit und kann beispielsweise Fälle des Betriebsrisikos betreffen, für die der Arbeitgeber nicht verantwortlich ist (Naturkatastrophe), oder auch im Nachhinein getroffene Ausgleichsvereinbarungen, etwa in einem gerichtlichen Vergleich. Soweit im Schrifttum dieses Ergebnis auch mittelbar aus § 619 BGB, der § 615 BGB nicht aufführt, sowie aus einem Gegenschluss zu § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG, der die Abdingbarkeit der Norm speziell (nur) für Leiharbeitnehmer einschränkt, abgeleitet wird (vgl. *Schaub ArbR-HdB/Linck 20. Aufl. § 95 Rn. 4; Staudinger/Fischinger [2025] BGB § 615 Rn. 10; Krause in Henssler/Willemsen/Kalb Arbeitsrecht Kommentar 11. Aufl. § 615 BGB Rn. 107; ErfK/Preis/Greiner 25. Aufl. BGB § 615 Rn. 8; MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. § 615 Rn. 10; MHdB ArbR/Tillmanns 6. Aufl. § 76 Rn. 11; BeckOGK/Bieder Stand 1. April 2025 BGB § 615 Rn. 141*), erscheint dies allerdings fragwürdig. § 619 BGB betrifft nach seiner amtlichen Überschrift und seinem Inhalt nur bestimmte Fürsorgepflichten des Arbeitgebers und steht in keinem Zusammenhang mit der Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko, die in § 615 BGB geregelt ist. Ließe die fehlende Erwähnung des § 615 BGB in § 619 BGB einen Umkehrschluss auf die Abdingbarkeit der Norm zu, müsste dies konsequenterweise auch für alle dort nicht genannten Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder zumindest die Normen des Zweiten Buchs Abschnitt 8 Titel 8 Untertitel 1 - etwa § 612a BGB oder § 626 BGB - gelten, was offensichtlich ausscheidet. Das Risiko von Nichteinsatzzeiten ist als Wirtschaftsrisiko in den Leiharbeitstarifverträgen mit einer geringeren Vergütung „eingepreist“ (vgl. *Schüren/Hamann/Schüren AÜG 6. Aufl. § 11 Rn. 111*), sodass die ausdrückliche Erwähnung des § 615 Satz 1 BGB in § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG

23

auch als Betonung des Schutzes von Leiharbeitnehmern verstanden werden kann, die Nichteinsatzzeiten in besonderem Maße ausgesetzt sein können, ohne dass dies generelle Rückschlüsse auf die Abdingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB als solchen zuließe.

2. Ob die grundsätzliche Abdingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB auch Fälle betrifft, in denen der Arbeitnehmer schon vor Ausspruch einer Kündigung auf etwaige Annahmeverzugslohnansprüche verzichtet, ist - mit der bereits erwähnten Ausnahme - bislang in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht abschließend entschieden worden. 24

a) So hatte der Fünfte Senat die Frage der Abdingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB für Fälle unwirksamer Arbeitgeberkündigungen angesprochen, aber ausdrücklich offengelassen (*vgl. BAG 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 19, BAGE 178, 246; siehe auch BAG 10. Januar 2007 - 5 AZR 84/06 - Rn. 28*). Insoweit beruft sich das Landesarbeitsgericht zu Unrecht auf diese Entscheidungen zur Stützung seines Urteils. In der jüngsten einschlägigen Entscheidung des Fünften Senats (*12. Februar 2025 - 5 AZR 127/24 - Rn. 13*) wird im Zusammenhang mit einer Prüfung der Anrechnungsregel des § 615 Satz 2 Var. 3 BGB lediglich ausgeführt, § 615 BGB sei „grundsätzlich abdingbar“. In einer älteren Entscheidung des Fünften Senats heißt es, dass die Vorschrift des § 615 BGB zwar grundsätzlich abdingbar sei, doch setze die Wirksamkeit einer abdingenden Vereinbarung voraus, dass auch die Interessen des Arbeitnehmers berücksichtigt und gegen die Interessen des Arbeitgebers abgewogen werden (*vgl. BAG 13. August 1980 - 5 AZR 296/78 - zu II 2 c der Gründe*). 25

b) Der Achte Senat hat einen von einem Kläger geltend gemachten Anspruch gemäß § 615 BGB auf Entschädigung für die vorenthaltene Nutzung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung als „abbedungen“ bezeichnet (*vgl. BAG 5. September 2002 - 8 AZR 702/01 - zu II 3 der Gründe*), wobei sich dies aus einem im vorhergehenden Kündigungsschutzprozess der Parteien geschlossenen Vergleich ergeben sollte, wonach alle gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erledigt seien. Daraus kann - anders als vom Berufungsgericht angenommen - jedoch nicht gefolgert werden, der Achte Senat habe eine Ab- 26

dingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB für jede Konstellation - insbesondere die einer Abbedingung im Voraus - angenommen.

3. Im Urteil vom 29. März 2023 (- 5 AZR 55/19 - Rn. 75) hat der Fünfte Senat erstmals ohne jede Einschränkung angenommen, § 615 BGB sei keine Vorschrift des zwingenden Rechts. Dieser könne insbesondere durch die Wahl einer anderen Rechtsordnung wirksam abbedungen werden. Dies habe zur Folge, dass dem Arbeitnehmer, auf dessen Arbeitsverhältnis im fraglichen Fall ohne Rechtswahl deutsches Recht anwendbar gewesen wäre, trotz rechtskräftig als unwirksam festgestellter späterer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses, keine Annahmeverzugslohnansprüche nach § 615 Satz 1 BGB zustünden. 27

4. Nach Ansicht des Zweiten Senats ist § 615 Satz 1 BGB nicht grenzenlos abdingbar. Bei einem Arbeitsverhältnis ergibt sich die Grenze daraus, dass es mit den § 615 BGB zugrunde liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen nicht vereinbar ist, durch einen vollständigen Ausschluss der Regelung das den Arbeitgeber bei einer unwirksamen oder zu einem späteren Zeitpunkt wirkenden Kündigung betreffende Entgeltrisiko von vornherein generell auf den Arbeitnehmer zu verlagern. 28

a) Insbesondere darf der zwingende Kündigungsschutz nicht dadurch unterlaufen werden, dass der Arbeitgeber im Fall einer unwirksamen oder mit falscher Frist gewählten Kündigung im Voraus von Annahmeverzugslohnansprüchen befreit wird (vgl. *Schaub ArbR-HdB/Linck 20. 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/Preis/Greiner 25. 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). Das würde im praktischen Ergebnis zu einer Umgehung des Kündigungsschutzes führen (vgl. *Staudinger/Fischinger [2025] BGB § 615 Rn. 13*). Eine solche Vereinbarung wäre nach § 134 BGB nichtig (vgl. *Grüneberg/Weidenkaff BGB 84. Aufl. § 615 Rn. 6*). 29*

- aa) Die Vertragsfreiheit erlaubt den Parteien grundsätzlich, ihre Vertragsbeziehungen so zu gestalten, dass sie ihre wirtschaftlichen Ziele erreichen können, es sei denn, die getroffene Vereinbarung verstößt gegen ein gesetzliches Verbot. Die Gesetzesumgehung bildet dann einen Nichtigkeitsgrund nach § 134 BGB, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Zweck einer Rechtsnorm vereitelt wird. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein vom Gesetz missbilligter Erfolg nicht durch die Umgehung des Gesetzes erreicht werden darf (*st. Rspr., vgl. BGH 19. Januar 2023 - VII ZR 787/21 - Rn. 25 mwN*). Wäre § 615 Satz 1 BGB in den hier zu beurteilenden Konstellationen im Voraus abdingbar, würde durch die Verwendung einer scheinbar nicht von den Kündigungsschutzvorschriften erfassten Gestaltungsmöglichkeit ein - wie die Gesetzesauslegung ergibt - verbotener Erfolg erreicht (*vgl. Grüneberg/Ellenberger BGB 84. Aufl. § 134 Rn. 28*). 30
- bb) Dem kann nicht entgegengehalten werden, eine Umgehung der Vorschriften zum Kündigungsschutz liege nicht vor, weil das Fehlen von Annahmeverzugslohnansprüchen den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als solchen unberührt lasse. Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes, aber auch die §§ 622, 626 BGB zielen nicht allein auf den formalen - zumindest vorübergehenden - Erhalt des Arbeitsverhältnisses ab, sondern wollen dem Arbeitnehmer bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB auch den Anspruch auf Arbeitsvergütung - wenigstens vorübergehend - erhalten. Das belegen ua. die §§ 1a, 9, 10 KSchG und dies zeigt sich auch in der Bemessung des Streitwerts einer Kündigungsschutzklage nach § 42 Abs. 2 Satz 1 GKG. § 11 KSchG setzt ebenfalls voraus, dass dem Arbeitnehmer das unwirksam gekündigte Arbeitsverhältnis gerade als Grundlage für den Bezug von Arbeitsentgelt erhalten werden soll. Dabei wird diese Norm als Ergänzung zu § 615 Satz 1 BGB verstanden, die nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abdingbar ist (*vgl. ErfK/Kiel 25. Aufl. KSchG § 11 Rn. 1; KR/Spilger 14. Aufl. § 11 KSchG Rn. 7*), was aber nur dann widerspruchsfrei wäre, wenn auch § 615 Satz 1 BGB in diesem Teilbereich nicht im Voraus abbedungen werden kann. 31

- cc) Wäre § 615 Satz 1 BGB im Voraus abdingbar, führte dies letztlich zu einer Entwertung von § 1 KSchG, §§ 622, 626 BGB und aller anderen Kündigungs-schutzbestimmungen. Nicht nur die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung an sich oder zu einem bestimmten Zeitpunkt wäre im praktischen Arbeitsleben ob-solet, weil der Arbeitnehmer im Fall der Nichtbeschäftigung ohnehin keinen An-spruch auf seine Vergütung hätte. Vielmehr bedürfte es einer Kündigung nicht einmal, weil der Arbeitgeber in einem insoweit wirtschaftlich ausgehöhlten Ar-beitsverhältnis auch ohne eine solche schlichtweg von einer Beschäftigung des Arbeitnehmers absehen könnte, ohne ein Annahmeverzugsrisiko einzugehen. 32
- b) Anders als vom Landesarbeitsgericht angenommen ist es unproblema-tisch, eine Unabdingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB nur in Teilbereichen anzuneh-men. Es geht nicht, wie das Berufungsgericht meint, um eine „abstrakte Abding-barkeit“ und eine „Unwirksamkeit einer Abbedingung von Annahmeverzugsan-sprüchen im Einzelfall“. Letzteres könnte beispielsweise eine Rolle spielen, wenn die Abbedingungsvereinbarung (nur) an Formalien, Vertretungsverhältnissen oder Irrtümern (Anfechtung) scheitert. Vorliegend geht es vielmehr um die gene-relle Unabdingbarkeit der Norm in einem kompletten Teilbereich ihres Anwen-dungsbereichs (Abbedingung von Annahmeverzugslohnansprüchen bei unwirk-samer oder zu einem späteren Zeitpunkt wirkender Arbeitgeberkündigung im Voraus). Eine solche Differenzierung ist nicht ungewöhnlich und wurde vom Se-nat letztlich auch bei der Einordnung der Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB als zwingend iSv. Art. 30 Abs. 1 EGBGB aF trotz der Möglichkeit tarifver-traglicher Abweichung berücksichtigt (*vgl. BAG 22. August 2024 - 2 AZR 251/23 - Rn. 86 f.; siehe auch BAG 29. Januar 2015 - 2 AZR 280/14 - Rn. 15, BAGE 150, 337: „halbzwingend“*). Es wäre auch schwer nachvollziehbar, dem Arbeitnehmer - trotz der Wahl ausländischen Rechts - den Schutz der Kündi-gungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB zukommen zu lassen, ihm aber Annahme-verzugslohnansprüche nach § 615 Satz 1 BGB zu verwehren, weil diese sich al-lein nach dem gewählten ausländischen Recht richten, das solches nicht vor-sieht. Die Regelung des § 622 Abs. 2 BGB würde ohne den sie flankierenden § 615 Satz 1 BGB faktisch entwertet. 33

V. Das sich aus der Umgehung kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften ergebende Nichtigkeitsverdict gemäß § 134 BGB gilt ungeachtet der Vertragsgestaltung, also auch für im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB. Wollte man eine verbotene Umgehung kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften - entgegen der Ansicht des Zweiten Senats - nicht annehmen, könnte § 615 Satz 1 BGB zumindest nicht - wie im Ausgangsfall geschehen - durch eine formularvertragliche Abrede ohne Kompensation abbedungen werden. In der einseitigen Verlagerung des Entgeltrisikos im Annahmeverzug des Arbeitgebers nach §§ 293 ff. BGB entgegen dem gesetzlichen Leitbild des § 615 Satz 1 BGB (*vgl. Schaub ArbR-Hdb/Linck 20. Aufl. § 95 Rn. 5*) läge eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB (*vgl. ErfK/Preis 25. Aufl. BGB § 307 Rn. 61*). Das Interesse des eine unwirksame Kündigung aussprechenden Arbeitgebers an einer risikolosen Führung des Kündigungsschutzprozesses überwiegt nicht das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt der vereinbarten Vergütung (*aA offenbar Boecken/Topf RdA 2004, 19, 24*). Auch insoweit stellte sich § 615 Satz 1 BGB letztlich als „zwingende“ Bestimmung iSv. Art. 30 Abs. 1 EGBGB aF dar. Denn die Arbeitsvertragsparteien können die Vorschrift formularvertraglich nicht entgegen den normativen Vorgaben des AGB-Rechts abbedingen (*vgl. zur fehlenden Abdingbarkeit einer Norm, von der nur nach den normativen Vorgaben eines Tarifvertrags abgewichen werden kann: BAG 22. August 2024 - 2 AZR 251/23 - Rn. 87*). Dies scheint der Fünfte Senat ebenfalls anders zu sehen. Denn in seinem Urteil vom 29. März 2023 (- 5 AZR 55/19 -) stellt er weder fest, dass § 615 Satz 1 BGB durch eine echte Individualabrede abbedungen worden sei noch führt er eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB durch.

VI. Mit dieser Rechtsauffassung zur fehlenden Abdingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB weicht der Senat in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der Rechtsauffassung des Fünften Senats (29. März 2023 - 5 AZR 55/19 - Rn. 75) ab. Unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats hätte die Revision der Klägerin hinsichtlich der Annahmeverzugsanträge dem Grunde nach Erfolg. Unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Fünften Senats wäre die Revision hingegen insoweit unbegründet. Gemäß § 45

Abs. 3 Satz 1 ArbGG fragt daher der Zweite Senat beim Fünften Senat an, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhält.

C. Bis zu dessen Entscheidung wird der noch anhängige Rechtsstreit entsprechend § 148 ZPO ausgesetzt. 36

Der Vorsitzende Richter am Bundesarbeitsgericht Koch ist an der Unterschriftsleistung verhindert.

Niemann

Schlünder

Niemann

Krüger

Trümner