

Änderungskündigung: Volle Ablehnung kann den vollen Lohn kosten

Lehnt ein Arbeitnehmer, der von seinem Arbeitgeber eine Änderungskündigung erhalten hat, es generell ab, das Arbeitsverhältnis zunächst zu den geänderten Bedingungen fortzusetzen (um vor Gericht klären zu lassen, ob die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt war), so kann darin ein böswilliges Unterlassen liegen, zumutbare Arbeit anzunehmen. Sollte er das Verfahren gewinnen, kann dadurch die Lohnnachzahlung gefährdet sein.

Quelle: Wolfgang Büser

Beurteilung einer Ablehnung des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis nach einer Änderungskündigung fortzusetzen; Zumutbarkeit eines Angebots auf Weiterbeschäftigung einer inhaltsgleichen Tätigkeit zu einer niedrigeren Vergütung; Zumutbarkeit einer Arbeit unter dem Aspekt der Anrechnung des böswillig nicht verdienten Entgeltes nach einer Kündigung gemäß § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG; Möglichkeit der Anrechnung nicht angenommener Arbeit, wenn diese von dem Arbeitgeber angeboten wurde, der sich mit den Zahlungen in Verzug befindet

Gericht: BAG

Datum: 16.06.2004

Aktenzeichen: 5 AZR 508/03

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2004, 18092

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Hannover - 04.04.2003 - AZ: 5 Ca 3/03

LAG Niedersachsen - 23.07.2003 - AZ: 6 Sa 998/03

Rechtsgrundlage:

§ 11 S. 1 Nr. 2 KSchG

Fundstellen:

BAGE 111, 123 - 130

AA 2005, 16-17

ArbRB 2004, 329-330 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuR 2004, 435 (Kurzinformation)

AUR 2004, 435 (Kurzinformation)

BAGReport 2004, 360-363

BB 2004, 2418-2420 (Volltext mit amtl. LS)

DB 2004, XVI Heft 39 (amtl. Leitsatz)

DB 2004, 2166-2167 (Volltext mit amtl. LS)

EBE/BAG 2004, 2

EWiR 2005, 35 (amtl. Leitsatz)

EzA-SD 20/2004, 4-7

FA 2004, 370 (Volltext mit amtl. LS)

FA 2004, 375 (Volltext mit amtl. LS)

FAr 2004, 370

FAr 2004, 375

MDR 2004, 1361-1362 (Volltext mit amtl. LS)

NJW 2004, VIII Heft 42 (Kurzinformation)

NJW 2005, 1068-1070 (Volltext mit amtl. LS) "Anrechnung von unterlassenem Erwerb"

NWB 2005, 398 (Kurzinformation)

NZA 2004, 1155-1157 (Volltext mit red./amtl. LS)

RdA 2005, 247 (Urteilsbesprechung von RA Dr. Bernd Sandmann; erläuternd)

RdW 2005, 278-280

SAE 2005, 92

schnellbrief 2004, 6

StuB 2005, 331

ZAP 2004, 1153 (Kurzinformation)

ZIP 2004, 1916-1918 (Volltext mit amtl. LS)

BAG, 16.06.2004 - 5 AZR 508/03

Amtlicher Leitsatz:

Lehnt der Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Änderungskündigung durch den Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen ab, kann hierin ein böswilliges Unterlassen liegen, zumutbare Arbeit anzunehmen (§ 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG).

Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts
auf Grund der Beratung vom 16. Juni 2004
durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöße,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch und Dr. Linck sowie
die ehrenamtlichen Richter Dr. Hann und Mandrossa
für **Recht** erkannt:

Tenor:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 23. Juli 2003 - 6 Sa 998/03 - aufgehoben.

2. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob sich der Kläger auf seinen unstreitigen Annahmeverzugslohn einen möglichen Verdienst von 4.000,00 Euro monatlich anrechnen lassen muss.
- 2 Der im Jahre 1948 geborene Kläger war seit dem 1. August 1998 Gruppenleiter bei der beklagten Ingenieurgesellschaft, die etwa 50 Mitarbeiter beschäftigte. Er erzielte zuletzt ein durchschnittliches Monatsgehalt einschließlich des steuerlichen Werts der PKW-Überlassung in Höhe von 6.726,67 Euro brutto.
- 3 Die Beklagte geriet im Jahre 2001 in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Sie ließ sich vom Kläger und anderen Mitarbeitern die zweite Hälfte des 13. Monatsgehalts für 2001 stunden. Das Septembergehalt 2002 zahlte sie verspätet. Die Zahlung des 13. Monatsgehalts für 2002 wurde auf 2003 verschoben. Die Hausbank der Beklagten forderte weiterhin eine deutliche Senkung der Personalkosten. Am 31. Dezember 2002 hatte der Kläger für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2002 noch keine Vergütung erhalten.
- 4 Anfang November 2002 kam der siebenköpfige Führungskreis der Beklagten, dem auch der Kläger angehörte, überein, die Gehälter der Führungskräfte in einen festen und einen variablen Anteil aufzuteilen. Erwogen wurde ein Festanteil von 60 % bzw. 80 % und ein variabler Anteil von 40 % bzw. 20 %. Die Beklagte entschloss sich, dem Vorschlag der vom Führungskreis eingesetzten Arbeitsgruppe zu folgen und ein Vergütungsmodell mit einem festen Anteil von 60 % und einem variablen Anteil von 40 % einzuführen. Das hätte für den Kläger ein Jahresfestgehalt von 48.000,00 Euro brutto ergeben.
- 5 Nachdem der Kläger auf einem Festanteil von 80 % beharrt hatte, sprach die Beklagte ihm gegenüber am 27. Dezember 2002 eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung zum Jahresende aus, hilfsweise eine fristgerechte Änderungskündigung zum 30. Juni 2003.
- 6 Der Kläger lehnte es ab, das Arbeitsverhältnis gemäß dem von der Beklagten gewählten Modell zu geänderten Bedingungen fortzusetzen, und erhob Kündigungsschutzklage gegen die Kündigungen. Als er nach seinem Urlaub am 6. Januar 2003 bei der Beklagten erschien, forderte diese ihn auf, seine Arbeit zu einer Vergütung entsprechend der Änderungskündigung aufzunehmen. Das lehnte der Kläger ab und erklärte, er könne nur einem Vergütungsmodell mit einem Festanteil von 80 % zustimmen. Mit Datum vom 9. Januar 2003 übersandte die Beklagte dem Kläger einen Scheck bzgl. der Gehälter Oktober bis Dezember 2002. Der Kläger erklärte am 4. März 2003 seinerseits eine außerordentliche Kündigung, die die Beklagte akzeptierte.
- 7 Das Arbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag des Klägers, das Arbeitsverhältnis sei nicht durch die Kündigung vom 27. Dezember 2002 zum 31. Dezember 2002 aufgelöst worden, sondern habe bis zum 4. März 2003 fortbestanden, rechtskräftig stattgegeben. Außerdem hat es die Beklagte verurteilt, an den Kläger für die Monate Januar und Februar 2003 jeweils 2.726,67 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen.
- 8 Der Kläger hat weiteren Annahmeverzugslohn für die Monate Januar und Februar 2003 verlangt. Er habe es nicht böswillig unterlassen, durch Fortsetzung seiner Tätigkeit bei der Beklagten monatlich 4.000,00 Euro brutto zu verdienen. Die Beklagte habe ihm die Weiterbeschäftigung nicht zu den bisherigen Arbeitsbedingungen angeboten. Die Weiterarbeit zu vermindertem Gehalt sei ihm unzumutbar gewesen. Zudem habe die Beklagte bereits vor Beginn des Jahres 2003 erhebliche Lohnansprüche nicht erfüllt, so dass eine Absicherung weiterer Zeiträume durch Insolvenzgeld nicht mehr möglich gewesen sei. Die Annahme böswilligen Unterlassens führe zu einer Umgehung des Änderungskündigungsschutzes. Im Übrigen habe er die Zeit des Annahmeverzugs genutzt, um sich eine selbständige Existenz aufzubauen.

- 9 Der Kläger hat, soweit in die Revision gelangt, beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 8.000,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 4.000,00 Euro seit dem 1. Februar 2003 und auf weitere 4.000,00 Euro seit dem 1. März 2003 zu zahlen.
- 10 Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
- 11 Der Kläger habe anderweitigen Erwerb böswillig unterlassen. Die Vergütung der von ihr angebotenen Beschäftigung müsse er sich zumindest in Höhe von 4.000,00 Euro monatlich anrechnen lassen.
- 12 Die Vorinstanzen haben den Klageantrag abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger ihn weiter.

Entscheidungsgründe

- 13 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.
- 14 I.
Das Landesarbeitsgericht hat, teilweise unter Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts, ausgeführt, der Kläger habe es böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen, indem er das Angebot der Beklagten abgelehnt habe. Die Weiterarbeit bei der Beklagten mit geänderter Vergütung sei nicht unzumutbar gewesen; denn auf Grund der Änderungsschutzklage habe der Anspruch des Klägers auf volle Weiterzahlung der bisherigen vertragsmäßigen Vergütung erfolgreich sein müssen, wenn das Änderungsangebot der Beklagten nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt gewesen sei und sich der Arbeitgeber bei einem aner kennenswerten Anlass zur Änderungskündigung nicht darauf beschränkt habe, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen müsse. Daraus folge, dass die Zumutbarkeit der dem Kläger angetragenen Vergütungsänderung bereits Gegenstand der gerichtlichen Prüfung der Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung sei und der Kläger gerade kein Risiko habe tragen müssen, seine bisherige Tätigkeit möglicherweise zu einer unangemessenen Vergütung zu erbringen. Insbesondere unter Berücksichtigung der dem Kläger bekannten schwierigen wirtschaftlichen Situation und der inhaltlich unverändert angebotenen Tätigkeit könne dem Kläger ein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert habe. Die Beklagte habe keinerlei Vorwürfe gegen den Kläger erhoben und ihm die Fortsetzung der Tätigkeit nicht auf andere Weise unzumutbar gemacht. Auch habe kein Zurückbehaltungsrecht wegen der unpünktlichen Gehaltszahlung bestanden, weil der Kläger ein solches Recht nicht geltend gemacht habe. Darüber hinaus habe die Beklagte die noch ausstehenden Gehälter aus dem Jahre 2002 Anfang Januar auf entsprechende Mahnung beglichen. Damit habe für den Kläger kein aner kennenswerter Anlass bestanden, nicht mehr zu arbeiten.
- 15 II.
Diese Würdigung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Ob der Anspruch des Klägers auf Grund der Anrechnung eines hypothetischen Verdienstes erloschen ist, kann noch nicht abschließend beurteilt werden.
- 16 1.

Besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort, muss sich der Arbeitnehmer nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Diese Anrechnungsvorschrift ist eine Sonderregelung zu § 615 Satz 2 BGB. Trotz des nicht völlig identischen Wortlauts sind die Vorschriften inhaltsgleich (BAG 6. September 1990 - 2 AZR 165/90 - AP BGB § 615 Nr. 47 = EzA BGB § 615 Nr. 67, zu III 3 a der Gründe). Nach beiden Bestimmungen ist zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit zumutbar ist (Senat 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - AP KSchG 1969 § 11 Nr. 4 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 1 der Gründe mwN; 18. Juni 1965 - 5 AZR 351/64 - AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 2, zu 1 b der Gründe).

17 2.

Eine Anrechnung kommt auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug befindet (BAG 14. November 1985 - 2 AZR 98/84 - BAGE 50, 164, 176 f.; 22. Februar 2000 - 9 AZR 194/99 - AP KSchG 1969 § 11 Nr. 2 = EzA BGB § 615 Nr. 97, zu II 2 der Gründe; 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - AP BGB § 615 Nr. 98 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 1, zu B I 2 b bb der Gründe; 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - aaO, zu II 2 b der Gründe).

18 3.

Ob der Kläger es böswillig unterlassen hat, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen, indem er der Arbeitsaufforderung der Beklagten am 6. Januar 2003 nicht nachkam, ist nach den gesamten Umständen des konkreten Falls zu beurteilen. An einer entsprechenden umfassenden Einzelfallprüfung fehlt es bisher. Das Landesarbeitsgericht hat bei der Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände beachtet.

19 a)

Die Einwendung des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG setzt zunächst voraus, dass dem Arbeitnehmer die angebotene Arbeit zumutbar ist. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Bei der Prüfung sind das dem Arbeitnehmer gemäß Art. 12 GG zustehende Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl sowie der Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen ihren Grund haben (BAG 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - BAGE 88, 196, 204). Auch vertragsrechtliche Umstände sind zu berücksichtigen. Demgegenüber kann auf die Zumutbarkeitskriterien des § 121 SGB III nicht abgestellt werden, weil es hier um einen anderen Regelungsgegenstand, nämlich den Schutz der Versichertengemeinschaft geht. Böswillig handelt der Arbeitnehmer, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände (Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber) vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (BAG 18. Oktober 1958 - 2 AZR 291/58 - BAGE 6, 306, 308 ff.; Senat 18. Januar 1963 - 5 AZR 200/62 - BAGE 14, 31, 36; 18. Juni 1965 - 5 AZR 351/64 - AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 2, zu 1 b der Gründe; 22. Februar 2000 - 9 AZR 194/99 - AP KSchG 1969 § 11 Nr. 2 = EzA BGB § 615 Nr. 97, zu II 1 der Gründe; 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - AP BGB § 615 Nr. 98 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 1, zu B I 2 b bb der Gründe; 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - AP KSchG 1969 § 11 Nr. 4 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 4, zu II 2 a der Gründe).

20 b)

Die Zumutbarkeit der neuen Arbeitsbedingungen im Rahmen des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG ist nicht generell schon deshalb zu bejahen, weil Änderungsschutzklage oder Kündigungsschutzklage erhoben wurde. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, den Kläger treffe kein Risiko, weil er

entweder (bei Unwirksamkeit der Änderungskündigung) seinen vollen Vergütungsanspruch behalten oder (bei Wirksamkeit der Änderungskündigung) zu angemessenen, sozial gerechtfertigten Bedingungen weiter arbeiten würde, trifft so nicht zu. Damit wird weder das Insolvenzrisiko berücksichtigt, noch der Situation des gekündigten Arbeitnehmers Rechnung getragen. Diesen trifft nur die Obliegenheit, seine Arbeitskraft zu aktuell zumutbaren Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Die Aussicht auf eine spätere Nachzahlung ist der aktuellen Bezahlung nicht gleichzusetzen. Das wird etwa deutlich, wenn der Arbeitgeber - zB bei offensichtlich unwirksamer aber hartnäckig verteidigter Kündigung - zwar die unveränderte Fortsetzung der Arbeit anbietet, aber die Vergütungszahlung vor dem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits überhaupt ablehnt. Der Maßstab des § 2 Satz 1 KSchG ist ein anderer als der des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG, weil § 2 Satz 1 KSchG im Gegensatz zu § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG die betriebliche Situation bei dem kündigenden Arbeitgeber entscheidend berücksichtigt. Demgegenüber kommt es bei § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG in erster Linie auf die Verhältnisse des gekündigten Arbeitnehmers an. Eine Unzumutbarkeit kann sowohl bei ungerechtfertigter wie auch bei gerechtfertigter Änderungskündigung gegeben sein.

21 c)

Eine Unzumutbarkeit folgt nicht allein daraus, dass die Beklagte dem Kläger die Weiterbeschäftigung nur zu geänderten Bedingungen angeboten hat.

22 Das Bundesarbeitsgericht hat mehrfach entschieden, dass bei einer betriebsbedingten Kündigung die Weiterarbeit zu den bisherigen Arbeitsbedingungen grundsätzlich zumutbar sei (14. November 1985 - 2 AZR 98/84 - BAGE 50, 164, 177 f.; 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - AP BGB § 615 Nr. 98 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 1, zu B I 2 b bb der Gründe). Wird dagegen dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber unter Überschreitung des Direktionsrechts eine andere Arbeit zugewiesen, soll die Ablehnung dieser Arbeit keine böswillige Unterlassung begründen (Senat 3. Dezember 1980 - 5 AZR 477/78 - AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 4 = EzA BGB § 615 Nr. 39, zu II 3 der Gründe). Dem Arbeitnehmer seien nur solche Änderungen zumutbar, die sich im Rahmen des Arbeitsvertrags bzw. des Direktionsrechts bewegen. Ob hieran festzuhalten ist, kann dahingestellt bleiben.

23 Im Streitfall hat die Beklagte den Kläger aufgefordert, seine bisherige Arbeit weiter zu leisten, und von ihm damit hinsichtlich der Art der Tätigkeit im Verzugszeitraum nichts Unzumutbares verlangt. Die Obliegenheit, gegebenenfalls eine minderbezahlte Arbeit anzunehmen, bedeutet keinen Verstoß gegen den Vertragsinhaltsschutz. Ob der Vertrag und der Vertragsinhalt aufrechterhalten bleiben (mit der Konsequenz der Nachvergütung), wird von den Gerichten für Arbeitssachen geprüft. Die Gerichte gewährleisten gegebenenfalls den Vertrags- und den Inhaltsschutz. Unabhängig hiervon obliegt es dem Arbeitnehmer, eine mögliche Arbeit zu zumutbaren Bedingungen aufzunehmen oder fortzuführen. Das gebietet die Rücksichtnahme gegenüber dem (bisherigen) Vertragspartner. Die Fortsetzung derselben Arbeit zu einer verminderten Vergütung ist ebenso nicht von vornherein unzumutbar, wie die entsprechende Arbeit zu einer geringeren Vergütung bei einem anderen Arbeitgeber nicht ohne weiteres unzumutbar wäre. Die den Einzelfall ausblendende Unterscheidung danach, ob der bisherige oder ein anderer Arbeitgeber die Arbeit anbietet, ist nicht gerechtfertigt. Vielmehr bedarf es auch bei einem Angebot des bisherigen Arbeitgebers einer Einzelfallprüfung. Das wird besonders deutlich bei Änderungskündigungen, die nur auf geringfügige Änderungen abzielen, etwa auf den Abbau einer Vergünstigung oder Zulage. Der Arbeitnehmer, der hier das Änderungsangebot vorbehaltlos ablehnt und "es darauf ankommen lässt", handelt rücksichtslos und ist nicht schutzwürdig. Keinesfalls lässt sich sagen, dem Arbeitnehmer seien auf der Vergütungsseite nur solche Änderungen zumutbar, die sich im Rahmen des Arbeitsvertrags bewegen. Im Übrigen ist die Situation, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung ablehnt, im Grundsatz nicht anders zu beurteilen, als wenn er ein entsprechendes Angebot nach erfolgter Kündigung ablehnt. Dass das "Wahlrecht" des § 2 KSchG faktisch durch § 615 Satz 2 BGB und § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG eingeschränkt wird, liegt in der Natur der Sache und wird von diesen Vorschriften geradezu gefordert. Die Wahlmöglichkeit steht gleichsam unter dem Vorbehalt der Obliegenheit des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG (vgl. Moll/Jacobi Anm. AP BGB § 613a Nr. 177; Soergel-Kraft BGB § 615 Rn. 56, 58; Schirge Anm. AP KSchG 1969 § 11 Nr. 2, die Unzumutbarkeit dann annimmt, wenn der bisherige

Verdienst um mehr als 10 - 20 % unterschritten wird; ähnlich APS/Biebl § 11 KSchG Rn. 27; aA offenbar LAG Rheinland-Pfalz 12. Februar 1997 - 2 Sa 1119/96 -; MünchArbR/Boewer Bd. 1 § 78 Rn. 67).

24 d)

Demnach muss das Landesarbeitsgericht noch die einzelfallbezogene Prüfung gem. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG nachholen. Die konkreten Umstände sind bisher nicht gewürdigt worden. Dazu gehören zunächst Umfang und Dauer der Verdiensteinbuße und deren Bedeutung für den Kläger. Erheblich kann auch sein, ob der Kläger Anfang Januar 2003 konkrete Aussichten auf "flexible Vergütungsbestandteile" hatte. Die Zumutbarkeit der Arbeit wird auch durch die Höhe der Vergütung bestimmt. Welcher Verdienst für den Kläger noch zumutbar war, hängt maßgeblich von dessen Angemessenheit im Hinblick auf die zu erbringende Arbeit ab. Zu berücksichtigen ist aber auch das Verhältnis zu dem bisherigen Verdienst, da der Kläger von dieser Vertragsgrundlage ausgehen durfte. Weiter sind die wirtschaftliche Situation der Beklagten, die Lohnrückstände und das Insolvenzrisiko für den Kläger zu würdigen. Ob der Kläger ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hat, ist nicht entscheidend. Jedoch hatte sich das Risiko eines Lohnverlusts mit der Nachzahlung im Januar 2003 deutlich verringert. Das Landesarbeitsgericht wird prüfen müssen, ob das Angebot der Beklagten zu diesem Zeitpunkt noch bestand und es dem Kläger ggf. oblag, seine ablehnende Haltung zu revidieren. Ein vernünftiger, Böswilligkeit ausschließender Grund könnte die Absicht des Klägers sein, sich selbständig zu machen. War ein solches Vorhaben realistisch, bestehen gegen die Berücksichtigung von vorbereitenden Tätigkeiten für eine selbständige Berufsausübung im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung grundsätzlich keine Bedenken (vgl. BAG 18. Januar 1963 - 5 AZR 200/62 - BAGE 14, 31, 36 f.; Staudinger/Richardi [1999] § 615 BGB Rn. 154). Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, hierzu näher vorzutragen. Allerdings sind die Parteien auf den rechtlichen Gesichtspunkt des § 11 Satz 1 Nr. 1 KSchG hinzuweisen. Soweit Einkünfte erst nach Beendigung des Annahmeverzugs erzielt werden, die auf Tätigkeiten im Verzugszeitraum beruhen, sind diese nach § 11 Satz 1 Nr. 1 KSchG gegebenenfalls anteilig anzurechnen. Der Arbeitnehmer muss sich auf das Arbeitsentgelt, das der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, nicht stets den Verdienst anrechnen lassen, den er gerade in dem betreffenden Zeitraum erzielt. Vielmehr hat er durch seine Arbeit während des Annahmeverzugs auch das verdient, was er hierfür erst zu einem späteren Zeitpunkt erhält. Spätere Einnahmen des Klägers aus der selbständigen Tätigkeit könnten schon auf Arbeiten in dem Streitzeitraum beruhen und deshalb anzurechnen sein.

25 Eine abschließende Entscheidung durch den Senat ist nicht möglich, denn die Würdigung der Zumutbarkeit ist zunächst den Tatsacheninstanzen vorbehalten und hierzu können weitere, bisher nicht festgestellte Tatsachen erheblich werden.

Von Rechts wegen!

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.