

**Wettbewerbsverbot gilt auch bei Krankheit**

Ein Arbeitnehmer, der mit seinem Arbeitgeber ein Wettbewerbsverbot für ein Jahr nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis vereinbart hat, kann die dafür vorgesehene Karenzentschädigung auch dann verlangen, wenn er krankheitsbedingt gar nicht in der Lage wäre, mit seinem ehemaligen Chef in Wettbewerb zu treten.

Quelle: Wolfgang Büser

**Vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot; Übergabe der Originalurkunde;  
Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Vereinbarung; Kündigung der Wettbewerbsabrede aus  
wichtigem Grund**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 23.11.2004

**Aktenzeichen:** 9 AZR 595/03

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2004, 28647

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Hamm - 19.09.2003 - AZ: 7 Sa 863/03

**Rechtsgrundlage:**

§ 74 Abs. 1 HGB

**Fundstellen:**

BAGE 112, 376 - 383

ArbRB 2005, 234-235 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuR 2005, 164 (amtl. Leitsatz)

AUR 2005, 164 (amtl. Leitsatz)

BAGReport 2005, 135-137

BB 2006, 1118-1120 (Volltext mit amtl. LS)

DB 2005, 509 (amtl. Leitsatz)

DB 2005, XV Heft 9 (amtl. Leitsatz)

DB 2005, 671-673 (Volltext mit amtl. LS)

DStR 2005, XIV Heft 15 (Kurzinformation)

EWiR 2005, 569 (amtl. Leitsatz mit Anm.)

EzA-SD 5/2005, 5-8

FA 2005, 124 (amtl. Leitsatz)  
FA 2005, 182 (Volltext mit amtl. LS)  
FA 2005, 284-285 (Kurzinformation)  
FAr 2005, 124  
GmbHR 2005, R 137 (Kurzinformation)  
GmbH-Report 2005, R 137 (Kurzinformation)  
JR 2006, 132 (amtl. Leitsatz)  
MDR 2005, 694-695 (Volltext mit amtl. LS)  
NJW 2005, XII Heft 15 (Kurzinformation)  
NJW 2005, 2732-2734 (Volltext mit amtl. LS)  
NJW-Spezial 2005, 228-229 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.) "Karenzentschädigung bei Arbeitsunfähigkeit"  
NWB 2005, 1283 (Kurzinformation)  
NWB 2005, 3886 (Kurzinformation)  
NZA 2005, 411-413 (Volltext mit amtl. LS)  
NZA-RR 2005, V Heft 4 (amtl. Leitsatz)  
RdA 2006, 45-46 (Volltext mit red./amtl. LS u. Anm.)  
schnellbrief 2005, 4  
SJ 2005, 38-39  
ZAP EN-Nr. 359/2005  
ZAP EN-Nr. 359/2005  
ZIP 2005, 823-826 (Volltext mit amtl. LS)

---

## **BAG, 23.11.2004 - 9 AZR 595/03**

### **Amtlicher Leitsatz:**

- 1 Unterbleibt die in § 74 Abs. 1 HGB vorgesehene Übergabe der Originalurkunde über ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot, hindert dies den Arbeitnehmer nicht daran, sich auf das Wettbewerbsverbot zu berufen, soweit die dort ebenfalls vorgesehene Schriftform eingehalten ist.
- 2 Die Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung entfällt nicht deshalb, weil der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist.

### **Zusammenfassung:**

BAG: Arbeitnehmer haben auch bei Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Zahlung einer vereinbarten Karenzentschädigung

Das BAG hat entschieden, dass die einem Wettbewerbsverbot unterliegenden Arbeitnehmer auch dann einen Anspruch auf Karenzentschädigung haben, wenn sie arbeitsunfähig erkrankt sind. Ferner hat es deutlich gemacht, dass bei unterlassener Aushändigung der Urkunde aus § 74 Abs. 1 HGB nicht die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots folgt, sondern das Verbot für den Arbeitnehmer unverbindlich wird.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall stritten die Parteien über die Verpflichtung der Beklagten, an den Kläger eine Karenzentschädigung zu zahlen. Der Kläger war bei der Beklagten seit 1998 als Verkaufsleiter tätig. Im Arbeitsvertrag war ein Wettbewerbsverbot vereinbart, nachdem der Kläger sich verpflichtete, für die Dauer von einem Jahr nach seinem Ausscheiden aus dem Betrieb weder für die Konkurrenz tätig zu werden noch ein eigenes Konkurrenzgeschäft zu errichten. Als Gegenleistung sollte die Beklagte ihm für die Zeit des Verbots die Hälfte des bisherigen Gehalts weiterzahlen. Seit Anfang 2001 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis wegen Berufsunfähigkeit und verzichtete auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot. Nachdem der Kläger außergerichtlich vergeblich Karenzentschädigung verlangt hat, verfolgte er seinen Anspruch nunmehr gerichtlich weiter.

Das BAG hat dem Kläger die Entschädigung zugesprochen. Zunächst sei das Wettbewerbsverbot wirksam vereinbart worden. Werde die Urkunde entgegen § 74 Abs. 1 HGB nicht ausgehändigt, so sei das Wettbewerbsverbot nicht unwirksam, sondern nur für den Arbeitnehmer unverbindlich. Dieser habe ein Wahlrecht dahingehend, ob er das Wettbewerbsverbot einhalten will oder nicht. Aufgrund des Wettbewerbsverbots sei die Beklagte auch verpflichtet, dem Kläger unabhängig von seiner Arbeitsunfähigkeit eine Karenzentschädigung zu zahlen. Dazu hat das Gericht ausgeführt, dass Wettbewerbsverbote gegenseitige Verträge seien. Der Arbeitnehmer schulde die Unterlassung des Wettbewerbs, der Arbeitgeber die Zahlung der Karenzentschädigung. Sie würden den Arbeitnehmer daher nicht zu einem positiven Handeln verpflichten, sondern lediglich Unterlassungspflichten begründen. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Karenzentschädigung entstehe deshalb allein dadurch, dass der Arbeitnehmer den ihm verbotenen Wettbewerb unterlasse. Ob es dem Arbeitnehmer tatsächlich möglich sei, Wettbewerb auszuüben oder nicht, komme es daher nicht an. Ebenso unerheblich sei es, ob für den Arbeitnehmer eine Wettbewerbsmöglichkeit überhaupt bestehe oder ob er überhaupt in der Lage wäre, in der verbotenen Weise zu konkurrieren. Dieses sei auch mit den berechtigten Interessen des Arbeitgebers vereinbar. Diese würden durch § 75a HGB ausreichend geschützt. Außerdem sei die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots auch nicht nach den Grundsätzen über den Wegfall oder die Störung der Geschäftsgrundlage anzupassen. Nach den gesetzlichen Wertungen in § 74c Abs. 1 S. 3 und § 75a HGB liege das Risiko, dass der Arbeitnehmer die Karenzentschädigung zu erhalten hat, obwohl er keinen Wettbewerb leisten kann - vom Fall der Freiheitsstrafe abgesehen - beim Arbeitgeber. Dieser sei darauf verwiesen, ein vereinbartes Wettbewerbsverbot durch einseitige Erklärung zu beschränken und dadurch die Wirkung der Vereinbarung des Gebots auf das Jahr nach der Erklärung zu begrenzen. Damit entfalle die Geschäftsgrundlage eines Wettbewerbsverbots nicht allein deswegen, weil der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, den verbotenen Wettbewerb auszuüben.

### **Tenor:**

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 19. September 2003 - 7 Sa 863/03 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

### **Tatbestand**

- 1** Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten, an den Kläger entsprechend einer zwischen diesem und ihrer Rechtsvorgängerin geschlossenen Vereinbarung eine Karenzentschädigung zu zahlen.
- 2** Der am 28. April 1952 geborene Kläger trat am 1. Mai 1998 als Verkaufsleiter in die Dienste der E GmbH. Zwischen dieser und dem Kläger wurden sowohl unter dem 2. Mai 1998, als auch unter dem 1. November 1998 Formulararbeitsverträge abgeschlossen, in die die Beklagte durch Übernahmevertrag mit dem Kläger vom 1. September 2000 eintrat. Beide Verträge enthalten ua. folgende Regelung:

3 *"§ 7 - Wettbewerbsverbot (siehe Fußnote\*)*

*Der Angestellte verpflichtet sich, während eines Zeitraumes von 1 Jahr nach Beendigung des Dienstverhältnisses weder ein Geschäft zu errichten noch zu betreiben, noch sich unmittelbar oder mittelbar an einem solchen zu beteiligen, noch für ein solches unmittelbar oder mittelbar tätig zu sein.*

*Für die Zeit des Wettbewerbsverbots steht ihm die Hälfte des bisher bezogenen Gehaltes zu, das jeweils am Monatsschluß nachträglich zahlbar sein soll. Er muß sich jedoch gemäß § 74 c HGB auf die fällige Entschädigung dasjenige anrechnen lassen, was er in dieser Zeit durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat; hierüber hat er auf Verlangen Auskunft zu erteilen.*

*Der Angestellte verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe von DM 5.000,-- für jeden Fall einer Zuwiderhandlung.*

*Das Wettbewerbsverbot wird unwirksam, wenn der Angestellte aus einem wichtigen Grunde berechtigt ist, den Vertrag aufzulösen und innerhalb eines Monats erklärt, daß er sich an die Vereinbarung nicht gebunden hält. - Hat der Angestellte einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben, so fällt die Entschädigung während der Dauer des Wettbewerbsverbots weg.*

*..."*

4 Seit dem 1. Januar 2001 ist der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Die Beklagte kündigte ihm mit Schreiben vom 7. Februar 2002, das dem Kläger am 9. Februar 2002 zugeht und ua. wie folgt lautet:

5 "...

*aufgrund ihrer Mitteilung Ihrer Berufsunfähigkeit kündigen wir Ihnen das bestehende Angestelltenverhältnis mit dem Zeitpunkt, von wo ab Sie Berufsunfähigkeitsrente beziehen.*

*Hilfsweise kündigen wir nach der gesetzlichen Regelung zum nächstmöglichen Termin.*

*Begründung: Ihre Berufsunfähigkeit.*

*Eine anderweitige Beschäftigung können wir Ihnen nicht anbieten*

*Auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot wird verzichtet."*

6 Bis zum 23. April 2002 erhielt der Kläger Krankengeld, dessen Höhe zusammen mit der begehrten Karenzentschädigung 110% der zuletzt geschuldeten Vergütung nicht überschritt. Im Übrigen betrieb er nach erfolglosen Verwaltungsverfahren verschiedene sozialgerichtliche Verfahren sowohl hinsichtlich der Zahlung von Arbeitslosengeld als auch von Erwerbsunfähigkeitsrente.

7 Im Zeitraum vom 1. September 2000 bis 31. Januar 2001 betrug der durchschnittliche Monatsverdienst des Klägers 10.429,84 DM.

8 Nachdem der Kläger außergerichtlich vergeblich Karenzentschädigung verlangt hat, verfolgt er seinen Anspruch nunmehr gerichtlich für den Zeitraum vom 1. April 2002 bis zum 9. Februar 2003 weiter.

9 Der Kläger hat zuletzt beantragt,

- 10 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 26.663,50 Euro brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz auf 2.666,35 Euro seit dem 1. Mai 2002, auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. Juni 2002, auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. Juli 2002, auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. August 2002, auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. September 2002, auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. Oktober 2002, auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. November 2002, auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. Dezember 2002 und auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. Januar 2003, auf weitere 2.666,35 Euro brutto seit dem 1. Februar 2003 zu zahlen, und
- 11 2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 857,04 Euro brutto zu zahlen.
- 12 Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.
- 13 Sie hat bestritten, dass dem Kläger eine Originalurkunde mit dem Wettbewerbsverbot überreicht wurde und die Ansicht vertreten, die Übergabe des Originals der Wettbewerbsvereinbarung sei Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vereinbarung; der Kläger habe diese nicht bewiesen. Sie habe die Wettbewerbsabrede aus wichtigem Grund wirksam gekündigt, jedenfalls sei die Geschäftsgrundlage entfallen. Im Übrigen verstoße der Kläger durch die Geltendmachung seiner Ansprüche gegen Treu und Glauben. Schließlich beruft sie sich auf ein Zurückbehaltungsrecht, da jedenfalls die möglichen sozialrechtlichen Ansprüche des Klägers mit der Karenzentschädigung zu verrechnen seien.
- 14 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, die dagegen eingelegte Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte weiter das Ziel der Klageabweisung.

### Entscheidungsgründe

- 15 **A.**  
Die Revision ist nicht begründet; dem Kläger steht die geltend gemachte Karenzentschädigung zu. Der Beklagten stehen auch keine Zurückbehaltungsrechte zur Seite.
- 16 **I.**  
Die Beklagte ist auf Grund des Übernahmevertrages vom 1. September 2000 an das zwischen dem Kläger und ihrer Rechtsvorgängerin vereinbarte Wettbewerbsverbot gebunden: Das Verbot ist ordnungsgemäß zustande gekommen, die Vereinbarung wurde nicht wirksam gekündigt und ist nicht nach den Grundsätzen über den Wegfall oder die Störung der Geschäftsgrundlage anzupassen. Der Kläger verstößt durch die Geltendmachung seiner Rechte nicht gegen Treu und Glauben. Die von ihm geltend gemachte Forderung besteht auch der Höhe nach.
- 17 1.  
Nach § 74 Abs. 1 HGB bedarf ein Wettbewerbsverbot der Schriftform und der Aushändigung einer vom (dort noch Prinzipal genannten) Arbeitgeber unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den "Gehilfen", also an den Arbeitnehmer. Daraus folgt jedoch nur, dass das Wettbewerbsverbot nicht unwirksam, sondern nur für den Arbeitnehmer unverbindlich wird, wenn die Urkunde nicht ausgehändigt wurde. Es bedarf deshalb keiner Klärung, ob dem Kläger bei Abschluss des Wettbewerbsverbots tatsächlich ein Original der Vereinbarung ausgehändigt wurde.

Im Einzelnen gilt:

**18** a)

Die unterlassene Aushändigung der Urkunde führt nicht zur Formunwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nach § 125 Satz 1 BGB .

**19** Nach dieser Bestimmung ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Gesetzliche Formen sind die Schriftform, die elektronische Form, die Textform und die notarielle Beurkundung oder öffentliche Beglaubigung ( §§ 126 bis 126b , §§ 127a bis 129 BGB ). Die Übergabe der Urkunde nach § 74 Abs. 1, 2. Tatbestandsmerkmal HGB stellt dagegen keine Formvorschrift, sondern lediglich eine Dokumentationsregelung dar. Dementsprechend hat das Bundesarbeitsgericht es auch nicht als Formvorschrift angesehen, wenn durch eine Vereinbarung die Übersendung einer Kündigung durch Einschreiben verlangt wird (20. September 1979 - 2 AZR 967/77 - AP BGB § 125 Nr. 8 = EzA BGB § 125 Nr. 5) oder landesrechtliche Regelungen die Beidrückung eines Dienstsiegels verlangen (29. Juni 1988 - 7 AZR 180/87 - BAGE 59, 93). Soweit der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 26. September 1957 (- 2 AZR 309/56 - AP HGB § 74 Nr. 2) in einem Fall, in dem sich der Arbeitgeber auf das Wettbewerbsverbot berief, eine andere Ansicht vertreten hat, stellt der nunmehr für Wettbewerbsverbote allein zuständige Neunte Senat dies klar.

**20** b)

Eine Rechtsunwirksamkeit der Wettbewerbsvereinbarung bei unterbliebener Übergabe der Urkunde folgt auch nicht unmittelbar aus § 74 Abs. 1 HGB . Diese Regelung gibt dem Arbeitnehmer vielmehr ein Wahlrecht dahingehend, ob er das Wettbewerbsverbot einhalten will oder nicht.

**21** Soweit diese Bestimmung die Übergabe vorsieht und regelt, dass das Wettbewerbsverbot dieser Übergabe "bedarf", ist sie ihrem Zweck entsprechend einschränkend auszulegen. Die Aushändigungspflicht dient - wie das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat - allein den Interessen des Arbeitnehmers. Er soll sich jederzeit ohne Rückfrage beim Arbeitgeber über dessen Inhalt vergewissern können. Das gibt ihm die Möglichkeit, ohne Unterrichtung seines Arbeitgebers zu prüfen, auf welche anderen Stellen er sich bewerben kann. Entgegen der Ansicht der Revision hat die Regelung dagegen nicht den Zweck, beiden Parteien die Bedeutung des Wettbewerbsverbots zu verdeutlichen. Dies wird bereits durch die ebenfalls in § 74 Abs. 1 HGB vorgesehene Schriftform erfüllt. Die Regelung erfordert deshalb lediglich, dass sich der Arbeitgeber nicht auf die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots berufen kann, wenn er die Urkunde nicht ausgehändigt hat (vgl. zu diesem Fall BAG 26. September 1957 - 2 AZR 309/56 - AP HGB § 74 Nr. 2; im Ergebnis wie hier unter Berufung auf § 242 BGB Bauer/Diller Wettbewerbsverbote 3. Aufl. Rn. 109; ErfK/Schaub 4. Aufl. HGB § 74 Rn. 28 mwN).

**22** 2.

Auf Grund des Wettbewerbsverbots ist die Beklagte verpflichtet, dem Kläger unabhängig von seiner Arbeitsunfähigkeit eine Karenzentschädigung zu zahlen.

**23** Die Wettbewerbsvereinbarungen zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und dem Kläger wurden durch Formularvertrag abgeschlossen. Derartige typische Klauseln können vom Revisionsgericht ohne Einschränkung ausgelegt werden (Senat 16. Mai 2000 - 9 AZR 245/99 - BAGE 94, 325). Mit dem Landesarbeitsgericht ist dabei davon auszugehen, dass sich aus der Vereinbarung keine Einschränkungen für die Zahlung der Karenzentschädigung im Falle der Arbeitsunfähigkeit ergeben:

**24** Wettbewerbsverbote sind gegenseitige Verträge - der Arbeitnehmer schuldet die Unterlassung des Wettbewerbs, der Arbeitgeber die Zahlung der Karenzentschädigung. Sie verpflichten den Arbeitnehmer daher nicht zu einem positiven Handeln, sondern begründen lediglich

Unterlassungspflichten. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Karenzentschädigung entsteht deshalb allein dadurch, dass der Arbeitnehmer den ihm verbotenen Wettbewerb unterlässt (BAG 9. August 1974 - 3 AZR 350/73 - AP HGB § 74c Nr. 5 = EzA HGB § 74c Nr. 14; 3. Juli 1990 - 3 AZR 96/89 - AP HGB § 74 Nr. 61 = EzA HGB § 74c Nr. 29).

- 25** Darauf, ob es dem Arbeitnehmer tatsächlich möglich ist, Wettbewerb auszuüben oder nicht, kommt es nicht an. Der Gesetzgeber hat lediglich für die Dauer der Verbüßung einer Freiheitsstrafe den Anspruch auf Entschädigung entfallen lassen ( § 74c Abs. 1 Satz 3 HGB ). Dabei handelt es sich um einen seltenen Fall, in dem eindeutig feststeht, dass eine Wettbewerbstätigkeit von vornherein nicht in Betracht kommt. Die Regelung ist auf andere Fallgestaltungen nicht zu übertragen. Es ist deshalb gleichgültig, aus welchem Grunde der Arbeitnehmer sich der Konkurrenz enthält (BAG 3. Juli 1990 - 3 AZR 96/89 - AP HGB § 74 Nr. 61 = EzA HGB § 74c Nr. 29). Ebenso unerheblich ist es, ob für den Arbeitnehmer eine Wettbewerbsmöglichkeit überhaupt besteht (BAG 2. Dezember 1968 - 3 AZR 402/67 - AP HGB § 74a Nr. 3 = EzA HGB § 74a Nr. 2) oder ob er überhaupt in der Lage ist, in der verbotenen Weise zu konkurrieren (BAG 9. August 1974 - 3 AZR 350/73 - AP HGB § 74c Nr. 5 = EzA HGB § 74c Nr. 14).
- 26** Das ist auch mit den berechtigten Interessen des Arbeitgebers vereinbar. Diese werden durch § 75a HGB ausreichend geschützt (BAG 3. Juli 1990 - 3 AZR 96/89 - AP HGB § 74 Nr. 61 = EzA HGB § 74c Nr. 29). Danach kann der Arbeitgeber vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch schriftliche Erklärung auf das Wettbewerbsverbot verzichten. Er wird dann mit Ablauf eines Jahres seit der Erklärung von der Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung frei.
- 27** 3.
- Das Wettbewerbsverbot entfällt auch nicht in analoger Anwendung von § 75 Abs. 1 HGB oder nach § 7 Abs. 4 Satz 2 der Anstellungsverträge.
- 28** Der Arbeitgeber kann sich von einem Wettbewerbsverbot dann, wenn er ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt hat, in analoger Anwendung des § 75 Abs. 1 HGB binnen eines Monats lösen (vgl. MünchKomm HGB/von Hoyningen-Huene § 75 Rn. 17 ff.). In dieser Weise hat sich die Beklagte, wie das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen hat, nicht vom Wettbewerbsverbot gelöst.
- 29** Auch § 7 Abs. 4 Satz 2 der Anstellungsverträge, wonach die Entschädigung entfällt, wenn der Angestellte einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben hat, greift nicht ein. Eine derartige Regelung, die im Ergebnis zu einem Wettbewerbsverbot ohne Entschädigungsverpflichtung führt, begegnet schon rechtlichen Bedenken (vgl. zur ähnlichen Problematik des § 75 Abs. 3 HGB BAG 23. Februar 1977 - 3 AZR 620/75 - BAGE 29, 30 [BAG 23.02.1977 - 3 AZR 620/75] ). Ein wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers ist jedenfalls weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.
- 30** 4.
- Der Beklagten kommen auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht zugute.
- 31** Die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, für die hier noch das BGB in seiner vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung anzuwenden ist ( Art. 229 § 5 EGBGB ), wurden zwischenzeitlich ohne wesentliche Änderungen in § 313 BGB niedergelegt (Senat 10. Februar 2004 - 9 AZR 401/02 - AP BGB § 119 Nr. 15 = EzA ATG § 2 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Nach dieser Bestimmung kommt es für die Beurteilung, ob die Geschäftsgrundlage gestört ist, auch auf die gesetzliche Risikoverteilung an ( § 313 Abs. 1 BGB ). Nach den gesetzlichen Wertungen in § 74c Abs. 1 Satz 3 und § 75a HGB liegt das Risiko, dass der Arbeitnehmer die Karenzentschädigung zu erhalten hat, obwohl er keinen Wettbewerb leisten kann - vom Fall der Freiheitsstrafe abgesehen - beim Arbeitgeber. Dieser ist darauf verwiesen, ein

vereinbartes Wettbewerbsverbot durch einseitige Erklärung zu beschränken und dadurch die Wirkung der Vereinbarung des Gebots auf das Jahr nach der Erklärung zu begrenzen. Damit entfällt die Geschäftsgrundlage eines Wettbewerbsverbots nicht allein deswegen, weil der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, den verbotenen Wettbewerb auszuüben (so bereits BAG 2. Dezember 1968 - 3 AZR 402/67 - AP HGB § 74a Nr. 3 = EzA HGB § 74a Nr. 2).

**32** 5.

Die Geltendmachung seiner Ansprüche durch den Kläger verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben ( § 242 BGB ). Der Kläger tut nichts anderes, als einen ihm zustehenden Anspruch geltend zu machen.

**33** 6.

Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auch nach Dauer, Höhe und hinsichtlich der Zinsen zu.

**34** a)

Die am 9. Februar 2002 zugegangene Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nach der gesetzlichen Kündigungsfrist mit Ende März 2002 beendet ( § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB ). Die Pflicht zur Zahlung der Karenzentschädigung begann damit ab April 2002. Sie endete mit Ablauf eines Jahres, seit dem die Beklagte den Verzicht auf das Wettbewerbsverbot erklärt hatte ( § 75a HGB ), also mit Ablauf des 9. Februar 2003. Der Tag des Zugangs der Erklärung ist nicht mitzurechnen ( § 187 Abs. 1 , § 188 Abs. 2 BGB ).

**35** b)

Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 steht dem Kläger im Karenzzeitraum die Hälfte des zuletzt bezogenen Gehaltes zu. Auf der Grundlage eines monatlichen Bruttoentgelts in Höhe von zuletzt 10.429,84 DM sind das 5.214,92 DM, also 2.666,35 Euro, brutto monatlich und für Februar 2003 anteilig 857,04 Euro brutto (2.666,35 Euro geteilt durch 28 Kalendertage multipliziert mit neun Kalendertagen).

**36** c)

Das vom Kläger bis zum 23. April 2002 bezogene Krankengeld ändert an der Höhe der zu zahlenden Entschädigung nichts. Es kann dahingestellt bleiben, ob es in direkter oder entsprechender Anwendung von § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB anzurechnen wäre. Eine Anrechnungspflicht kommt nur in Betracht, soweit die zu zahlende Karenzentschädigung und die anzurechnende Leistung insgesamt die vorher bezogenen vertragsgemäßen Leistungen um mehr als ein Zehntel übersteigen würden. Das ist nicht der Fall.

**37** d)

Der Zinsanspruch folgt aus § 284 Abs. 2 Satz 1 , § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB aF, die § 286 Abs. 1 , Abs. 2 Nr. 1 , § 288 Abs. 1 BGB nF entsprechen.

**38** II.

Der Beklagten steht auch kein Zurückbehaltungsrecht ( § 273 BGB ) im Hinblick darauf zu, dass dem Kläger möglicherweise noch sozialrechtliche Ansprüche zustehen oder er im Hinblick auf diese Ansprüche keine ordnungsgemäße Auskunft erteilt hätte.

**39** Selbst wenn dem Kläger eine Erwerbsunfähigkeitsrente zustehen sollte, wäre diese nicht auf die Karenzentschädigung anzurechnen (BAG 30. Oktober 1984 - 3 AZR 213/82 - BAGE 47, 125). Ebenso wenig kommt eine Minderung des Anspruchs des Klägers für den Fall in Betracht, dass ihm



Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung zustünden:

- 40** Bei entsprechender Anwendung von § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB ist allenfalls der von der Arbeitslosenversicherung gezahlte Nettobetrag mit der Karenzentschädigung, also 50 % des zuletzt bezogenen Bruttoentgelts (vgl. zur Berechnungsmethode BAG 25. Juni 1985 - 3 AZR 305/83 - BAGE 49, 109) zusammenzurechnen. Nur wenn diese Beträge 110 % des vorhergehenden Bruttoentgelts überschreiten, kommt eine Anrechnung in Betracht. Das Arbeitslosengeld beträgt maximal 67 % des zuletzt bezogenen Nettoeinkommens, wobei die Beitragsbemessungsgrenze zusätzlich zu berücksichtigen ist (§ 129 iVm. § 132 Abs. 1 SGB III ). Daher ist es ausgeschlossen, dass diese Grenze hier überschritten wird. Es kann somit dahingestellt bleiben, ob derartige Leistungen überhaupt in voller Höhe mit der Karenzentschädigung zu verrechnen wären (vgl. dazu § 148 SGB III in der Fassung von Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes vom 21. Dezember 2000 BGBl. I S. 1971, der nunmehr durch Art. 1 Nr. 82 des Gesetzes vom 23. Dezember 2003 BGBl. I S. 2848 aufgehoben wurde und BVerfG 10. November 1998 - 1 BvR 2296/96 -, - 1 BvR 1081/97 - BVerfGE 99, 202 einerseits sowie BAG 25. Juni 1985 - 3 AZR 305/83 - BAGE 49, 109 und 22. Mai 1990 - 3 AZR 373/88 - AP HGB § 74c Nr. 19 = EzA HGB § 74c Nr. 28 andererseits).
- 41** Seine Auskunftspflichten ( § 74c Abs. 2 HGB ) hat der Kläger durch seinen Sachvortrag im hiesigen Verfahren erfüllt.
- 42** **III.**
- Soweit die Beklagte erstmals im Revisionsverfahren andeutet, der Kläger sei möglicherweise nicht arbeitsunfähig, und meint, daraus Rechte herleiten zu können, kann sie damit nicht durchdringen. Es handelt sich um neuen Sachvortrag, der in der Revisionsinstanz ohne Bedeutung ist ( § 559 Abs. 1 ZPO ).
- 43** **B.**
- Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO .

---

**44** Düwell  
Reinecke  
Zwanziger  
Fr. Holze  
Benrath

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.