Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 9 Sa 152/15

Datum:	21.09.2015
Gericht:	Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	9. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	9 Sa 152/15
ECLI:	ECLI:DE:LAGD:2015:0921.9SA152.15.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Düsseldorf, 2 Ca 3082/12
Schlagworte:	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot; Anfechtung; Aufhebung durch Vergleich; Treuwidrigkeit, Leistungsverweigerungsrecht; Umfang der Auskunft; Anrechnung von Arbeitslosengeld
Normen:	§ 74 Abs. 1 HGB; § 74 Nr. 2 HGB; § 74 c Abs. 2 HGB; § 74 c Abs. 1 HGB
Sachgebiet:	Arbeitsrecht

Leitsätze:

Der Umfang der Auskunftspflicht nach § 74 c Abs. 2 HGB richtet sich nach den Grundsätzen des § 242 BGB. Dabei ist zu differenzieren, ob es sich um Ansprüche aus unselbständiger oder selbständiger Tätigkeit handelt. In sämtlichen Fällen verbieten sich schematische Lösungen. Erforderlich ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers, die Karenzentschädigung zu erhalten und dem Interesse des Arbeitgebers, überhöhte Zahlungen zu vermeiden. Arbeitslosengeld ist kein anderweitiger Erwerb im Sinne des § 74 c Abs. 1 HGB.

Tenor:

I.Auf die Berufung der Beklagten und des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 13.01.2015, Az.: 2 Ca 3082/12 teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 240.229,44 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.01.2015 zu zahlen.

II.Die weitergehende Berufung des Klägers und der Beklagten wird zurückgewiesen.

III.Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 5%, die Beklagte zu 95%.

IV.Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Zahlung einer Karenzentschädigung für den Zeitraum vom 01.04.2012 bis zum 31.03.2014 sowie um die Erteilung eines Referenzschreibens.

Die Beklagte ist die deutsche Tochtergesellschaft eines in Israel tätigen Unternehmens. Ihr Geschäftsgeschäftsgegenstand ist die telemedizinische Versorgung von Patienten.

Der Kläger, der israelischer Staatsbürger ist und aus Israel stammt, war vom 01.08.2008 bis zum 31.03.2012 bei der Beklagten in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt, zuletzt als Vice President Finance, IS and Administration. Er bezog eine jährliche Grundvergütung in Höhe von 148.260,00 € brutto, also monatlich 12.355,00 € brutto. Zudem erhielt er im Jahr 2009 eine Bonuszahlung in Höhe von 30.000 € brutto, in den Jahren 2010 und 2011 jeweils in Höhe von 25.000 € brutto und für den Zeitraum vom 01.01.2012 bis zum 31.03.2012 einen Bonus in Höhe von 1.095,94 € brutto. Der Kläger war zudem berechtigt, das ihm zur Verfügung gestellte Diensthandy privat zu nutzen, wobei ihm für privat veranlasste Telefonate ein geldwerter Vorteil von monatlich mindestens 1.000,00 € abgerechnet worden ist.

Die Einzelheiten der Beschäftigung regelt der in englischer Sprache verfasste Arbeitsvertrag (Bl. 6 ff. d. A) vom 14./27.08.2008. Er enthält in § 14 Abs. 2 die folgende Schriftformklausel vor:

"Any modifications, amendments, additions or supplemental agreements to this contract must be made in writing. This also applies to the cancellation of the written form requirement itself.”

Die zur Akte gereichte beglaubigte Übersetzung (Bl. 85 ff. d. A.) lautet:

"Alle Änderungen, Ergänzungen, Zusätze oder zusätzliche Vereinbarungen zu diesem Vertrag müssen schriftlich erfolgen. Dies gilt auch für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses selbst."

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbarten die Parteien zunächst nicht. In einem Management Meeting am 20.05.2010 einigten sich die Mitglieder des Managements der Beklagten allerdings darauf, dass mit ihnen nachvertragliche Wettbewerbsverbote abgeschlossen werden sollten.

In einem undatierten Schreiben des Geschäftsführers der Beklagten (Bl. 26 d. A.) wird Bezug genommen auf eine am 12.10.2010 von Seiten der Beklagten durch den Geschäfsführer M. unterzeichnete Änderungsvereinbarung zu dem Arbeitsvertrag vom 27.08.2008. Diese (Bl. 18 d.A.) hat auszugsweise den folgenden Wortlaut:

"§ 3 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Abwerbeverbot

[ ]

(2)Wird das Anstellungsverhältnis über die in Abs. 1 genannte Wartezeit hinaus fortgeführt und dauert es nicht länger als 12 Monate, ist es dem Arbeitnehmer für die Dauer von 6 Monaten von der Beendigung des Anstellungsverhältnisses an untersagt, in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise in Deutschland direkt oder indirekt für ein Unternehmen tätig zu werden, welches direkt oder indirekt, im Ganzen oder teilweise Produkte oder Dienstleistungen anbietet, die mit den Produkten oder Dienstleistungen von T. Telemedizin konkurrieren oder welches mit einem solchen Wettbewerbsunternehmen verbunden ist. In gleicher Weise ist es dem Arbeitnehmer untersagt, ein solches Unternehmen, das in Deutschland tätig ist, zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen. Ausgenommen sind bloße Finanzbeteiligungen, durch die kein wesentlicher Einfluss auf die Führung der Gesellschaft entsteht.

[ ] 14

(4)Dauert das Anstellungsverhältnis länger als 24 Monate, gilt Abs. 2 mit der Maßgabe, dass die Dauer des Verbots zwei Jahre von der Beendigung des Anstellungsverhältnisses an beträgt. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses das 65. Lebensjahr vollendet hat; [ ] 15

[ ] 16

(6)Für die Einhaltung der in den vorstehenden Absätzen genannten Verbote erhält der Arbeitnehmer während deren Dauer eine Entschädigung, die für jedes Jahr der Verbote 65 % der von ihm zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen beträgt. 17

[ ] 18

(9)Im Übrigen gelten die §§ 74 ff. HGB." 19

In einem vom Kläger verfassten Protokoll eines weiteren Management Meetings vom 20.07.2010 (Bl. 265 ff. d. A.) heißt es auszugsweise: 20

"Preventing employees from crossing to competitor - done". 21

Im November 2011 bot die Beklagte dem Kläger eine Tätigkeit in der Zentrale der Muttergesellschaft in Tel Aviv als Finance Director im Bereich "Corporate" an. Eine entsprechende Vereinbarung kam zwischen den Parteien aber nicht zustande, wobei die Hintergründe zwischen den Parteien streitig sind. 22

Mit Schreiben vom 25.11.2011 kündigte die Beklagte das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zum 31.03.2012. Dagegen wendete sich der Kläger mit einer Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf im Verfahren 7 Ca 7443/11. Dieses Verfahren endete durch einen Vergleich im schriftlichen Verfahren gemäß § 278 Abs. 6 ZPO mit Beschluss vom 09.03.2012, Bl. 23 d.A.. Auszugsweise enthält dieser Vergleich folgende Regelungen: 23

"1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund arbeitgeberseitiger, fristgerechter, betriebsbedingter Kündigung vom 30.11.2011 am 31.03.2012 endet. 24

[ ] 25

26

3. Der Kläger wird seine vollen vertraglichen Leistungen für die Jahre 2011 und anteilig 2012 bis zu seinem Ausscheiden erhalten.

[ ] 27

7. Die Beklagte erteilt dem Kläger ein Zwischen- und Abschlusszeugnis mit einer sehr guten Führungs- und Leistungsbeurteilung auf Deutsch und Englisch und wird bei ihrer Gesellschafterin Sorge dafür tragen, dass diese bis zum 31.03.2012 ein entsprechendes Empfehlungsschreiben auf Englisch/Hebräisch erteilt. 28

[ ] 29

9. Die Beklagte zahlt an den Kläger in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG als Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung in Höhe von 35.500,00 EUR, fällig am 31.03.2012." 30

Vor Abschluss des Vergleiches tauschten die Parteien im Rahmen von außergerichtlich geführten Vergleichsgesprächen unterschiedliche Entwürfe in englischer Sprache aus. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot bzw. eine Karenzentschädigung war nicht ausdrücklich Gegenstand der Vergleichsverhandlungen, die auf Seiten der Beklagten maßgeblich Herr B. führte, der von der Existenz eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes keine Kenntnis hatte. 31

Mit Schreiben vom 28.12.2012 (Bl. 274 d. A.) focht die Beklagte den gerichtlichen Vergleich ebenso wie ein etwaiges nachvertragliches Wettbewerbsverbot wegen arglistiger Täuschung an. Vorsorglich erklärte sie den Verzicht auf ein etwaiges nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Mit Urteil vom 08.04.2013 im Verfahren 7 Ca 7443/11 stellte das Arbeitsgericht Düsseldorf fest, dass der Prozess durch den gerichtlichen Vergleich vom 09.03.2012 beendet wurde. Die dagegen gerichtet Berufung wies das Landesarbeitsgericht Düsseldorf zurück. 32

Nach seinem Ausscheiden bezog der Kläger im Zeitraum vom 01.04.2012 bis zum 30.06.2012 Arbeitslosengeld in Höhe von monatlich 2.031,30 €. Zudem war er auch im Juni 2012 für die F. Energie GmbH drei Wochen lang als Trainee oder Auszubildender zum Zwecke der Erprobung einer möglichen Tätigkeit unentgeltlich tätig. Seit dem 01.07.2012 ist der Kläger im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses jedenfalls für die F. Energie GmbH tätig. Die F. Energie GmbH zahlt dem Kläger ein fixes monatliches Gehalt. Der Ausdruck der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung für das Jahr 2012 (Bl. 834 d. A.) weist für den Zeitraum vom 01.07.2012 bis zum 31.12.2012 ein Bruttoarbeitslohn in Höhe von 24.999,96 € (monatlich 4.166,66 € brutto) sowie pauschalbesteuerte Arbeitgeberleistungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte in Höhe von 326,28 € brutto (monatlich 54,38 € brutto) aus. Für die Zeit vom 01.01.2013 bis zum 31.12.2013 weist die elektronischen Lohnsteuerbescheinigung 2013 (Bl. 835 d. A.) von der F. Energie GmbH einen Bruttoarbeitslohn in Höhe von 50.499,92 € sowie pauschalbesteuerte Arbeitgeberleistungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte in Höhe von 675,48 € brutto (monatlich 56,29 € brutto). In dem Bruttoarbeitslohn in Höhe von 50.449,92 € ist dabei ausweislich der Lohnabrechnung für Dezember 2013 (Bl. 851 d. A.) auch ein Weihnachtsgeld in Höhe von 500,00 € brutto enthalten, so dass sich der Bruttoarbeitslohn für das gesamte Jahr aus der Zahlung von monatlich 4.166,66 € brutto zuzüglich des Weihnachtsgeldes ergibt. Für das Jahr 2014 hatte der Kläger zunächst Entgeltabrechnungen für die Monate Januar bis März 2014 (Bl. 836 ff. d. A.) sowie Dezember 2014 (Bl. 860 d. A.) vorgelegt. Danach bezog er jeweils ein Festgehalt in Höhe von 4.166,66 € brutto sowie ein Fahrgeld in Höhe von 58,39 € 33

brutto. Die später überreichte elektronische Lohnsteuerbescheinigung 2014 (Bl. 1064 d. A.) weist von der F. Energie GmbH 49.999,92 sowie Fahrgeld in Höhe von 700,68 € aus. Dies entspricht dem monatlichen Bezug eines Festgehaltes in Höhe von 4.166,66 € brutto sowie eines Fahrgeldes in Höhe von 58,39 €.

Im Rahmen der Tätigkeit für die F. Energie GmbH erbringt er auch Leistungen für die F. Enterprises Limited, die mit der F. Energie GmbH konzernrechtlich verbunden ist. Darüber hinaus erhält er auch von der F. Enterprises Limited Geldleistungen, die auf selbständiger Basis vergütet werden. Insoweit hat der Kläger einen Kontoauszug der "N. INNOVATION LTD" vom 19.11.2014 (Bl. 857 ff. d. A.) mit Sitz in Zypern vorgelegt, wonach ihm am 23.09.2014 von der F. Enterprises Limited mit dem Betreff "INV 1/14" ein Betrag in Höhe von 70.000,00 € und am 14.11.2014 unter dem Betreff "INV NO 2/14" ein Betrag in Höhe von 5.000,00 € gutgeschrieben worden ist. Der Kläger hat hierzu behauptet, der Betrag in Höhe von 5.000,00 € sei als Bonus oder Gehalt für seine Tätigkeit als Trainee bzw. Auszubildender im Juni 2012 gezahlt worden, der weitere Betrag die Gegenleistung für die bisherige Tätigkeit in Höhe von 2.500,00 € monatlich. 34

Ausweislich einer E-Mail des Klägers mit dem Betreff "Income Proof" vom 09.01.2015 (Bl. 855 ff.) bittet der Kläger Herrn C. N. von der F. Energie GmbH, zu bestätigen, dass er in der Zeit von 2012 bis zum 31.08.2014 für seine Tätigkeiten in der Gruppe eine Zahlung in Höhe von 70.000 € brutto, von der F. Energie GmbH zudem ein Gehalt in Höhe von 50.000 € erhalten habe und darüber hinaus keine Ansprüche gegen die F. Energie GmbH oder damit verbundene Unternehmen habe. Dies bestätigte Herr N. wie folgt: 35

"Hi Moti, 36

I need to prove my income from the F. group, as we don’t have any contract in place can you please confirm the below retroactive statement. It would be really helpful if I can send it to you on a letter head of F. for you to sign before Shabbat. 37

Sorry for the last minute. 38

Many thanks, 39

Z. 40

To whom it may concern, 41

This is to certify that Mr. Z. I., directly or indirectly, has received for freelance work, he has rentered services to our consolidated group from 2012 and up until 31.08.2014 including a total payment of € 70,000.00 gross. Apart from for the above Mr. Z. I. directly or indirectly, is entitled and received for the period above only a salary of 50.000 EUR per annum from F. energie GmbH (HRB 15799). Mr. I. is not entitled, directly or indirectly, to make any further payment claims against us or affiliated companies for the period above.” 42

Mit E-Mail vom 12.01.2015 bestätigt Herr C.-N. folgendes: 43

"I confirm the below." 44

Mit seiner am 18.05.2012 beim Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Klage, die der Beklagten am 25.05.2012 zugestellt worden ist, machte der Kläger diverse Zahlungsansprüche geltend. Dabei handelte es sich zum einen um eine Tantieme für die Kalenderjahre 2011 und 2012 in Höhe von 31.250,00 €. Insoweit hat das Arbeitsgericht 45

Düsseldorf die Beklagte durch Teilurteil vom 27.08.2013 verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 26.095,94 € brutto zu zahlen. Die dagegen gerichtete Berufung hat sie zurück genommen. Zum anderen hat der Kläger ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ab April 2012 behauptet und den Anspruch zunächst mit 10.035,00 € monatlich berechnet. Die Ansprüche auf Karenzentschädigung erweiterte er später.

Soweit für das vorliegende Verfahren von Interesse hat der Kläger erstinstanzlich behauptet, er habe mit der Beklagten ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot entsprechend einer Änderungsvereinbarung vom 05./12.10.2010 abgeschlossen. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Beklagte erstmals im Laufe des gerichtlichen Verfahrens mit Schriftsatz vom 04.01.2013 (Bl. 252 ff. d. A.) bemerkt habe, die Existenz des Wettbewerbsverbotes nicht positiv bestätigen zu können. Dies ergebe sich schon aus dem Schriftsatz vom 31.10.2012. Zudem habe er die Beklagte schon am 04.05.2012 zur Zahlung der Karenzentschädigung aufgefordert. Auch zahle die Beklagte die im Änderungsvertrag vom 05./12.10.2010 festgelegte Vergütung. Ob sich die Vereinbarung in der Personalakte befände, sei ohne Bedeutung. Er bestreitet auch, dass sie sich dort nicht befände. Er habe sie jedenfalls nicht entfernt. Auch aus den außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen ergebe sich nichts Gegenteiliges. Schließlich habe er keine allgemeine Erledigungsklausel akzeptiert und den Formulierungsvorschlag der Beklagten gestrichen. Er habe auch nie mitgeteilt, dass es keine weiteren Ansprüche gebe. Die Höhe der Karenzentschädigung berechnet er mit monatlich 10.238,04 € brutto. Er habe von der Beklagten eine vertragsgemäße Vergütung in Höhe von monatlich 12.355,00 € erhalten. Zu berücksichtigen sei auch der geldwerte Vorteil für die private Nutzung des Firmenhandys in Höhe von 1.000,00 € brutto sowie eine durchschnittliche Bonuszahlung in Höhe von monatlich 2.395,83 € brutto. Ihm müsse bei der Frage der Einkünfte auch nicht ein fiktiver Betrag angerechnet werden, den er bei der Muttergesellschaft in Israel hätte erzielen können. Denn er habe das ohne konkrete Konditionen übermittelte Angebot aus persönlichen Gründen nicht angenommen. Auch unter Berücksichtigung des Arbeitslosengeldes werde die Anrechnungsgrenze nicht erreicht. Von der F. Energie GmbH, mit der kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen worden sei, erhalte er ein festes Gehalt in Höhe von jährlich 50.000,00 € brutto, also monatlich 4.166,66 € brutto. Zudem habe er Anspruch auf eine Bonuszahlung in Höhe von 30.000 € jährlich, also 2.500,00 € monatlich. Diesen Betrag hat er später der F. Enterprises Limited zugewiesen und erläutert, er werde von dieser auf selbständiger Basis vergütet und erhalte 2.500,00 € monatlich. Für Juni 2014 habe er von dieser Gesellschaft 5.000,00 € erhalten. Die F. Enterprises Limited habe die Beträge allerdings erst im November 2014 gezahlt. 46

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt, 47

1.die Beklagte zu verurteilen, an ihn 245.712,96 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 10.238,04 € seit dem 01.05.2012, 01.06.2012, 01.07.2012, 01.08.2012, 01.09.2012, 01.10.2012, 01.11.2012, 01.12.2012, 01.01.2013, 01.02.2013, 01.03.2013, 01.04.2013, 01.05.2013, 01.06.2013, 01.07.2013, 01.08.2013, 01.09.2013, 01.10.2013, 01.11.2013, 01.12.2013, 01.01.2014, 01.02.2014, 01.03.2014 sowie 01.04.2014 zu zahlen; 48

2.die Beklagte zu verurteilen, ihm ein von der T. Telemedicine Ltd. ausgestelltes, dem Zeugnis der Beklagten vom 30.04.2012 entsprechendes Referenzschreiben auf Englisch und Hebräisch zu erteilen. 49

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt, 50

die Klage abzuweisen. 51

Die Beklagte hat erstinstanzlich bestritten, dass zwischen den Parteien ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart worden sei, hielt dies aber auch nicht für völlig ausgeschlossen. Allerdings könne sich der Kläger in keinem Falle auf ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot berufen. Denn sie, die Beklagte, habe sich aufgrund des Verhaltens des Klägers darauf verlassen, dass ein solches nicht existiere. Schließlich habe sich das Verbot nicht in der vom Kläger geführten Personalakte befunden. Zwar sei im Rahmen des Management-Meetings am 20.05.2012 über den Abschluss von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten gesprochen worden. Es seien aber nicht mit allen Mitarbeitern, so etwa mit Herrn M., tatsächlich nachvertragliche Wettbewerbsverbote geschlossen worden. Im Übrigen sollte die Dauer allenfalls ein Jahr betragen. Auch sei zu beachten, dass der Kläger die undatierte Vereinbarung über die Höhe des Bonus, in der auf die Änderungsvereinbarung vom 05./12.10.2010 Bezug genommen werde, selbst verfasst habe. Auch haben dem Kläger die Führung der Personalunterlagen und die Implementierung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten oblegen. Er hätte deshalb auf dessen Existenz hinweisen müssen. Jedenfalls habe er sie, die Beklagte, gemäß § 123 BGB arglistig getäuscht. Es bestehe der Verdacht, dass er ausschließlich eigene Interessen verfolge. Denn es habe in seinem Falle nie ein berechtigtes geschäftliches Interesse an der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots bestanden. Zudem habe Herr B. den Kläger am Ende der geführten Gespräche auf hebräisch gefragt, ob es noch weitere Zahlungsansprüche gebe, was der Kläger verneint habe. Auch in einem Gespräch am 07.02.2012 oder 08.02.2012 in Düsseldorf habe Herr B. den Kläger gefragt, ob mit dem Vergleich alle finanziellen Forderungen erledigt seien oder ob er noch Anspruch auf weitere Leistungen habe. Auch dies habe der Kläger verneint. Der Vergleich habe damit als abschließend angesehen werden müssen. Auch habe der Kläger keine Rückstellungen für eine Karenzentschädigung gebildet, obwohl dies zu seinem Aufgabenkreis gehört hätte. Die Höhe der Einnahmen des Klägers bestreite sie. Der Kläger hätte auch nie ohne Vorhandensein eines schriftlichen Arbeitsvertrages die Tätigkeit für die F. Energie GmbH aufgenommen. Sie bestreitet seine Einkünfte in Höhe von monatlich 4.166,66 € brutto zuzüglich 2.500,00 € monatlich. Jedenfalls habe er bei ihr, der Beklagten wesentlich höhere Einnahmen erzielt und auch ihr Angebot zur Beschäftigung in Israel sei wesentlich höher dotiert gewesen. Es sei deshalb zu vermuten, dass ihm variable Vergütungen, Gewinnbeteiligungsrechte, Aktienoptionen, Long-Term Incentives oder ähnliches zustünden, die er nicht angegeben habe. Möglicherweise erhalte er auch Leistungen einer anderen Konzerngesellschaft. Auch seien Verträge mit Familienangehörigen denkbar. Insoweit hat sie mit Schriftsatz vom 12.09.2012 Auskunft über anderweitigen Verdienst begehrt und macht ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Mit Schriftsatz vom 04.01.2013 hat die Beklagte die Aufrechnung mit den dem Kläger auf der Grundlage des gerichtlichen Vergleichs vom 09.03.2012 gewährten Leistungen, nämlich der Abfindung in Höhe von 35.500,00 € brutto sowie einer Einmalzahlung in Höhe von 13.000,00 € brutto, erklärt. Wegen der wirksamen Anfechtung des Vergleiches habe er diese Leistungen rechtsgrundlos erhalten. 52

Das Arbeitsgericht Düsseldorf der Klage in Höhe von 240.127,84 € brutto stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Ein Wettbewerbsverbot sei wirksam durch die Änderungsvereinbarung vom 05./12.10.2010 vereinbart worden. Sie sei im Original für die Beklagte von deren Geschäftsführer M. unterschrieben worden. Dass sich die Urkunde nicht in der Personalakte befinde, sei unerheblich. Auch dass mit einem weiteren Mitarbeiter, Herrn M., keine Vereinbarung abgeschlossen worden sei, sei ebenso irrelevant, wie der Hinweis, dass Verbote nur für die Dauer von 12 Monaten vereinbart werden sollten. Die Beklagte habe die Vereinbarung auch nicht wirksam angefochten, weil es an einem Anfechtungsgrund fehle. Die Beklagte habe nicht dargelegt, inwiefern der Kläger bei Abschluss der Änderungsvereinbarung durch Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen einen Irrtum 53

erregt habe. Auch materielle Zweifel am Bestand des Wettbewerbsverbotes bestünden nicht. Die Beklagte habe auf das Wettbewerbsverbot auch nicht rechtswirksam verzichtet. Denn der Verzicht sei erst nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses erklärt worden. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot sei auch nicht durch eine mündliche Vereinbarung aufgehoben worden. Dem stünde die im Arbeitsvertrag vom 14./27.08.2008 enthaltene doppelte Schriftformklausel entgegen. Zudem würde eine mündliche Ausgleichsklausel Ansprüche aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot auch nicht erfassen. Allein die Frage von Herrn B. im Rahmen der Vergleichsverhandlungen, ob es noch weitere Zahlungsansprüche bestünden, sei nicht trennscharf. Der Kläger könne sich auch auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot berufen. Schließlich sei es vom Geschäftsführer selbst unterzeichnet worden. Es sei auch nicht ersichtlich, dass der Kläger Ansprüche habe verschleiern wollen. Berechnungsgrundlage für die Höhe des Anspruchs sei die vertragsmäßige Vergütung in Höhe von 15.399,33 € brutto. Die Karenzentschädigung betrage 65% dieser Leistungen, also 10.009,56 € brutto. Darin enthalten sei das monatliche Festgehalt in Höhe von 12.355,00 € brutto. Provisionen und andere wechselnden Bezüge seien mit dem Durchschnitt der letzten drei Jahre, also für den Zeitraum vom 01.04.2009 bis zum 31.03.2012 zu berücksichtigen. Ausgehend vom Bonus für das Jahr 2009 für die Zeit vom 01.04.2009 bis zum 31.12.2009 in Höhe von 22.500,00 € brutto (30.000,00 € ./. 12 x 9) sowie für die Jahre 2010 und 2011 in Höhe von jeweils 25.000,00 € brutto errechne sich ein Bonus von insgesamt 73.595,94 € brutto für die Zeit vom 01.04.2009 bis zum 31.03.2012, also 2.044,33 € brutto monatlich. Der geldwerte Vorteil für das Diensthandy sei mit 1.000,00 € anzusetzen. Der Kläger müsse sich zwar anderweitigen Verdienst anrechnen lassen und der Beklagten stünde insoweit ein Auskunftsanspruch zu, aus dessen Nichterfüllung ein Zurückbehaltungsrecht resultiere. Der Kläger habe indes seine Pflichten zur Auskunftserteilung erfüllt. Dabei reiche bei einer unselbständigen Beschäftigung die Vorlage von Lohn- bzw. Gehaltsabrechnungen aus. Insoweit habe er für die Jahre 2012 und 2013 sogar eine elektronische Lohnsteuerbescheinigung der F. Energie GmbH vorgelegt. Da diese für das Jahr 2014 zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht existierte, seien die übermittelten Gehaltsabrechnungen ausreichend. Die Zahlungen der F. Enterprises Limited habe er durch Vorlage eines Kontoauszug nachgewiesen und sich die Höhe der Vergütung von seinem Arbeitgeber bescheinigen lassen. Die sei ausreichend, zumal die Beklagte nicht aufgezeigt habe, weshalb die übermittelten Angaben fehlerhaft sein sollten. Allein, dass er bei dem neuen Arbeitgeber weniger verdiene, reiche jedenfalls nicht aus. Auch das Angebot der Konzernmutter habe er nicht annehmen müssen. Denn der Arbeitnehmer müsse seinen weiteren Werdegang nicht an den finanziellen Interessen seines früheren Arbeitgebers orientieren. Die Höhe der Karenzentschädigung berechnet das Arbeitsgericht mit 10.009,56 € brutto monatlich. Er müsse sich zwar erhaltene Einkünfte anrechnen lassen, diese erreichten aber mit Ausnahme des Monats Juni 2012, für den er sich 101,60 € brutto anrechnen lassen müsse, nicht die Anrechnungsgrenze von 16.939,26 €. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung gehe in die Leere. Ihr stünde keine aufrechenbare Forderung zu. Der ausgeurteilte Zinsanspruch folge aus §§ 286, 288 Abs. 1 BGB. Für die Monate April 2012 bis Juli 2012 habe er Anspruch auf Zinsen ab Fälligkeit der jeweiligen Karenzentschädigung. Für den Zeitraum danach sei zu beachten, dass sich die Beklagte mit Schriftsatz vom 12.09.2012 wirksam auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen habe. Der zugrunde liegenden Auskunftsverpflichtung sei der Kläger erst durch Übersendung der Gehaltsabrechnungen und sonstigen Unterlagen am 13.01.2015 nachgekommen. Für den Zeitraum vom 15.09.2012 bis zur vollständigen Erteilung der Auskunft im Kammertermin am 13.01.2015 habe der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden, so dass für diesen Zeitraum auch keine Zinsansprüche entstehen konnten. Der Kläger habe gegen die Beklagte aber keinen Anspruch auf Erteilung eines von der T. Telemedicine Ltd. ausgestellten Referenzschreibens auf Englisch und Hebräisch. Nicht die Beklagte, sondern die T. Telemedicine Ltd. habe ihm

ein solches Referenzschreiben zu erteilen. Die Beklagte sei nicht Schuldnerin des Anspruchs.

Gegen das ihr am 12.02.2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem am 02.02.2015 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese gleichzeitig begründet. Die Berufungsbegründungsfrist ist sodann bis zum 30.04.2014 verlängert worden. Eine ergänzende Berufungsbegründung erfolgte mit einem am 30.04.2015 eingegangenen Schriftsatz. 54

Gegen das ihm am 24.02.2015 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 24.03.2015 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Frist zur Begründung der Berufung bis zum 15.05.2015 - mit einem am 13.05.2015 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 55

Der Kläger verfolgt mit der Berufung sein ursprüngliches Begehren teilweise weiter, soweit die Klage abgewiesen worden ist. Er meint, das Arbeitsgericht habe rechtsfehlerfrei eine Karenzentschädigung in Höhe von 10.009,56 € errechnet und darauf hingewiesen, dass die Anrechnungsgrenze nicht überschritten worden sei. Allerdings habe das Arbeitsgericht für Juni 2012 unzutreffend das Arbeitslosengeld angerechnet und einen Betrag in Höhe von 101,60 € abgezogen. Zudem habe das Arbeitsgericht die Zinszahlung unzutreffend gekürzt. Unzutreffend meine das Arbeitsgericht, dass sich die Beklagte von September 2012 bis zum 13.01.2015 auf ein Zurückbehaltungsrecht habe berufen können. Indes habe er bereits im Schriftsatz vom 12.09.2012 mitgeteilt, wieder beschäftigt zu sein und erklärt eine Grundvergütung in Höhe von 4.166,66 € sowie einen Bonus von jährlich 30.000,00 € (2.500,00 € monatlich) zu erzielen. Jeweils neue Lohnabrechnungen habe er bei gleichbleibender Vergütung nicht vorlegen müssen. Es hätten auch keine anderen Unterlagen zur Verfügung gestanden. Die Zahlung in Höhe von 30.000,00 € habe er erst am 23.09.2014 erhalten und deshalb nicht früher nachweisen können. Erstmals mit Schreiben vom 22.12.2014 habe die Beklagte dann Zweifel an seinem Einkommen geäußert. Zudem habe er mit Schriftsatz vom 04.12.2012 Gehaltsabrechnungen für September und Oktober 2012 vorgelegt und damit alle bestehenden Pflichten erfüllt. Er habe auch Anspruch auf das vereinbarte Referenzschreiben. Anspruchsgegner sei entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes die Beklagte, weil sie sich verpflichtet habe, bei der Gesellschafterin für die Erstellung "Sorge zu tragen". 56

Der Kläger beantragt, 57

das am 13.01.2015 verkündete Schlussurteil des Arbeitsgerichtes Düsseldorf - 2 Ca 3082/12 - wird abgeändert und die Beklagte verurteilt, 58

1.an ihn 240.229,44 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 10.009,56 € seit dem 01.05.2012, 01.06.2012, 01.07.2012, 01.08.2012, 01.09.2012, 01.10.2012, 01.11.2012, 01.12.2012, 01.01.2013, 01.02.2013, 01.03.2013, 01.04.2013, 01.05.2013, 01.06.2013, 01.07.2013, 01.08.2013, 01.09.2013, 01.10.2013, 01.11.2013, 01.12.2013, 01.01.2014, 01.02.2014, 01.03.2014 sowie 01.04.2014 zu zahlen; 59

2.ihm ein von der T. Telemedicine Ltd. ausgestelltes, dem Zeugnis der Beklagten vom 30.04.2012 entsprechendes Referenzschreiben auf Englisch und Hebräisch zu erteilen. 60

Der Beklagte beantragt, 61

62

1.das am 13.01.2015 verkündete Urteil des Arbeitsgerichtes Düsseldorf - 2 Ca 3082/12 abzuändern und die Klage abzuweisen, hilfsweise als zur Zeit unbegründet abzuweisen;

2.die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 63

Der Kläger beantragt, 64

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 65

Die Beklagte verfolgt mit der Berufung ihr ursprüngliches Begehren der vollständigen Klageabweisung weiter. Die Beklagte fokussiert sich zunächst auf das vom Arbeitsgericht teilweise zugrunde gelegte Zurückbehaltungsrecht. Dies habe entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes nicht nur bis zum 12.01.2015 bestanden, sondern begründe ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht, weil es dem Kläger nach wie vor nicht gelungen sei, seine Einkünfte in der gebotenen Art und Weise darzulegen. Denn der Arbeitnehmer sei nach § 74c Abs. 2 HGB verpflichtet, über die Höhe seines Erwerbs Auskunft zu erteilen. Dies erfordere wahrheitsgemäße und nachprüfbare Angaben und erfasse nicht nur den tatsächlichen, sondern auch den böswillig unterlassenen Erwerb. Der Umfang der Auskunft werde durch § 259 BGB geregelt. Erforderlich seien eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und die Übermittlung von Nachweisen. Der Kläger müsse eine geordnete schriftliche der Nachprüfung zugängliche Zusammenstellung der Einnahmen vorlegen. Die Übermittlung von Unterlagen reiche hierzu nicht aus, sondern sei mit der Abrechnung zusammen vorzulegen. Zu unterscheiden seien inhaltliche Richtigkeit und formale Vollständigkeit der Rechnung. Hier fehle es schon an der formalen Vollständigkeit. Ihre Zweifel seien auch begründet. Zunächst sei die Diskrepanz zwischen der bei ihr, der Beklagten, bezogenen Vergütung und den behaupteten neuen Bezügen auffällig. Auch bestreitet sie, dass der Kläger erst ab dem 01.07.2012 eine Beschäftigung aufgenommen habe sowie die Höhe der mitgeteilten Bezüge. Der Kläger müsse schon den Arbeitsvertrag vorlegen oder ihn auf Grundlage des Nachweisgesetzes anfordern. Wenn das Gehalt zuträfe müssten ihm Gewinnbeteiligungen oder stille Beteiligungen zustehen. Es könnten auch Verträge mit Verwandten des Klägers abgeschlossen worden sein. Sein Verhalten bei der Übermittlung von Dokumenten sei auch dubios. Er übermittle wenige Unterlagen auf Anfrage, andere bringe er zum Termin mit. Dieses fragmentarische Vorgehen könne den Auskunftsanspruch nicht erfüllen, so dass ihr Leistungsverweigerungsrecht fortbestehe. Seine Angaben seien auch widersprüchlich, etwa wenn er behaupte, er arbeite nicht für die F. Energie GmbH, sondern für eine Gesellschaft in Großbritannien. Von einem Festgehalt in Höhe von 2.500,00 € von einer F. Enterprises Ltd. sei bisher nicht die Rede gewesen. Er habe erklärt, dass er dieses Gehalt "in Rechnung stelle". Er habe eingeräumt, bereits als Trainee gearbeitet zu haben. 70.000,00 € seien zudem nicht auf ein Konto des Klägers überwiesen worden, sondern an die N. Innovation Ltd auf Zypern. Im Ergebnis lege der Kläger also nur mosaikartig vor. Unabhängig vom Zurückbehaltungsrecht sei es ihm nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf Ansprüche aus dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zu berufen. Insoweit habe das Arbeitsgericht das widersprüchliche Verhalten des Klägers nicht zutreffend gewürdigt. Besonders zu betonen sei, dass beim Kläger, der insbesondere bei eigenen Belangen stets besonderen Wert auf akkurate Aufgabenerledigung Wert gelegt habe, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht in der Personalakte aufzufinden sei. Es habe auch kein anderer ein Interesse gehabt, den Vertrag aus der Akte zu entfernen, was ein Hinweis auf ein planvolles Handeln sei. Zudem habe er für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot keine Rückstellungen gebildet, obgleich er dafür zuständig gewesen und an exponierter Stelle tätig geworden sei. Bei einer ordnungsgemäß gebildeten Rückstellung wäre den zuständigen Stellen auch sogleich aufgefallen, dass etwas nicht stimme. Schließlich habe er das nachvertragliche 66

Wettbewerbsverbot lange verschwiegen und im Rahmen der Verhandlungen über den Aufhebungsvertrag darauf nicht hingewiesen. Dabei sei auch sein prozessuales Verhalten zu würdigen. So habe er sein "Original" der Änderungsvereinbarung erst im Termin am 13.01.2015 vorgelegt, als nur eine kurze Sichtprüfung möglich gewesen sei. Dieselbe Verschlossenheit zeige sich bei den Auskünften über den Zwischenverdienst. Es seien auch keine Gründe ersichtlich, weshalb er gegen sein wirtschaftliches Interesse gehandelt habe. Schließlich sei auch zu beachten, dass nur ein Verbot mit einer Dauer von einem Jahr habe abgeschlossen werden sollen, was sich bereits aus der E-Mail vom 14.07.2010 ergebe.

Soweit das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben hat, verteidigt der Kläger das angefochtene Urteil und macht unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend geltend: Die Beklagte stütze ihre Berufung lediglich auf die angeblich nicht erfüllte Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach § 74c Abs. 2 HGB. Er habe indes seine Verpflichtungen erfüllt. Entscheidend sei eine einzelfallbezogene Betrachtung der Zumutbarkeit, um dem Anspruchsgegner einen vollständigen Überblick über die Einkünfte zu verschaffen. § 259 BGB finde gerade keine Anwendung. Denn es bestünde eine Auskunftspflicht, keine Pflicht zur Rechnungslegung. Er, der Kläger, habe insoweit bereits am 10.10.2012 mitgeteilt, wieder beschäftigt zu sein und eine Grundvergütung von 4.166,66 € sowie einen Bonus von jährlich 30.000,00 € (2.500,00 € monatlich) zu erzielen. Dies habe er ebenso wie die vorangegangenen Arbeitslosengeldzahlungen belegt. Zudem habe er dann nach dem gerichtlichen Hinweis die Lohnsteuerbescheinigungen für 2012 und 2013 vorgelegt. Für 2014 habe er Gehaltsabrechnungen vorgelegt, weil die Lohnsteuerbescheinigung noch nicht vorgelegen habe. Die Zahlung von 70.000,00 € im September 2014 beruhe auf der Bonuszahlung von 2.500,00 € für den Zeitraum Juli 2012 - August 2014, also für 26 Monate (65.000,00 €) zuzüglich einer weiteren Zahlung in Höhe von 5.000,00 €. Insoweit habe er seine Pflichten bereits durch den Schriftsatz vom 10.10.2012 erfüllt, spätestens aber im Kammertermin vom 13.01.2015. Es bestünden auch keine Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskünfte. Dass er weniger als früher verdiene, sei richtig, aber ohne jeden Aussagewert. Er habe auch keine anderweitigen Einkünfte. Die Behauptung, seine Ehefrau oder Verwandte könnten als Strohmänner eingesetzt sein, sei reine Spekulation. Auch mit ihrer weiteren Begründung könne sie nicht durchdringen. Denn er, der Kläger, habe sich nicht widersprüchlich verhalten. Die Beklagte versuche wieder, die eindeutige Änderungsvereinbarung aus November 2011 zu ignorieren. Sie könne auch nicht behaupten, dass Herr M. nicht gewusst habe, was er unterschreibe. Auch aus Anlage K 32 und K 33 ergebe sich, dass der Änderungsvertrag offen kommuniziert worden sei. Tatsächlich sei das nachträgliche Wettbewerbsverbot nur auf Wunsch der Beklagten vereinbart worden. Auch dass das Original erst im Termin vorgelegt worden sei, sei irrelevant. Dies sei nur erfolgt, um letzte Zweifel der Beklagten auszuräumen. Sie müsse nur ihren Geschäftsführer M. fragen, ob er ein derartiges Exemplar unterschrieben habe. Im Übrigen verweist er darauf, dass Einkommenssteuerbescheide für 2013 und 2014 bislang noch nicht erlassen seien. 67

Soweit der Anspruch durch das Arbeitsgericht abgewiesen worden ist, verteidigt die Beklagte das angefochtene Urteil. Die Berufung des Klägers sei zurückzuweisen. Er habe, wie sich aus ihrer Berufungsbegründung ergebe, nach wie vor seine Auskunftspflichten nicht erfüllt. Richtig erkenne er, dass eine Kongruenz zwischen seinen Angaben und den vorgelegten Bescheinigungen bestünde. Dies sei aber nicht entscheidend für die Frage der Vollständigkeit der Angaben. Es gehe vielmehr darum, was der Kläger nicht erklärt habe, also die Vollständigkeit seiner Angaben. Dass es keinen Arbeitsvertrag gebe, bestreite sie. Vereinbarungen mit den Unternehmen der F. Energie würden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit schriftlich fixiert. Sie bleibe auch dabei, dass er über den Bestand des 68

Wettbewerbsverbotes getäuscht habe. Herrn M. habe dem Kläger vertraut. Zweifel an der Existenz des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes seien auch nur deshalb aufgekommen, weil es sich nicht in den Personalakten befunden habe. Herr M. glaubte zwar, mit dem Kläger ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart zu haben, er war sich dessen aber nicht mehr sicher, weil nichts Entsprechendes in der Personalakte vorhanden gewesen sei. Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf das Referenzschreiben, weil ihr dessen Erstellung unmöglich wäre.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen. 69

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 70

I. 71

Die von Kläger und Beklagter eingelegten Berufungen sind zulässig, insbesondere sind sie unter Beachtung der Vorgaben der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie sind aber nur zu einem geringen Teil begründet. Die Berufung des Klägers ist in Höhe von 101,60 € begründet. Insoweit hat das Arbeitsgericht für den Monat Juni 2012 unzutreffend das vom Kläger bezogene Arbeitslosengeld verrechnet. Im Übrigen ist die Berufung des Klägers unbegründet. Insbesondere hat er keinen Anspruch auf das Referenzschreiben. Die Berufung der Beklagten hingegen ist nur teilweise hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Zinsen gerechtfertigt. Denn ihr stand nach Auffassung der Kammer bis zum 13.01.2015 ein Zurückbehaltungsrecht zu. Zinsansprüche sind deshalb erst ab dem 14.01.2015 begründet. Im Übrigen ist auch die Berufung der Beklagten unbegründet. Zum einen kann sich der Kläger entgegen der Auffassung der Beklagten auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot berufen. Zum anderen hat er die ihm obliegenden Auskunftspflichten am 13.01.2015 erfüllt. 72

Im Einzelnen: 73

I.Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 240.229,44 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.01.2015. 74

1.Die Parteien haben wirksam ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart, das nicht nachträglich entfallen oder aufgehoben worden ist. 75

a)Ausweislich der schriftlichen Änderungsvereinbarung vom 05./12.10.2010 haben die Parteien wirksam ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart. 76

Darauf hat das Arbeitsgericht bereits zutreffend hingewiesen. Die erkennende Kammer folgt insoweit den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Die Beklagte hat zweitinstanzlich zur Begründung eines Wettbewerbsverbotes keine Tatsachen vorgetragen, die Anlass zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geben. 77

Nur ergänzend wird angemerkt: Ein Vertrag kommt nach Maßgabe der §§ 145 BGB zustande durch zwei sich deckende, in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, Angebot und Annahme (vgl. BAG v. 22.07.2014 - 9 AZR 1066/12, juris; BAG v. 25.04.2013 - 8 AZR 453/12, juris; BAG v. 30.01.1991, DB 1991, 2342). 78

79

Ausgangspunkt für entsprechende Willenserklärungen ist die vom Kläger und dem Geschäftsführer der Beklagten im Original unterschriebene Änderungsvereinbarung. Diese enthält ohne Zweifel konkrete und eindeutige Willenserklärungen gerichtet auf den Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes. Dass es sich um eine Fälschung handeln soll, hat die Beklagte nicht behauptet.

Auch ist für die Frage der Existenz des Wettbewerbsverbotes nicht entscheidend, dass sich das Exemplar - wie von der Beklagten behauptet - nicht in der Personalakte befinden soll. Denn es reicht aus, dass ein schriftliches Exemplar existiert. 80

Nach § 74 Abs. 1 HGB bedarf die Vereinbarung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes der Schriftform. Soweit Schriftform vorausgesetzt wird, ist nach § 126 Abs. 1 BGB erforderlich, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Bei einem Vertrag müssen die Parteien nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB regelmäßig auf derselben Urkunde unterzeichnen. 81

Soweit die Beklagte die Rechtsunwirksamkeit möglicherweise damit begründen möchte, dass ihr selbst kein unterschriebenes Exemplar in der Personalakte vorliege, geht dies fehl. Ausreichend für die Wirksamkeit ist jedenfalls, dass eine Ausfertigung des Vertrages existiert, auf der sich beide Unterschriften befinden. Es gilt der Grundsatz der Urkundeneinheit. Die Aushändigung der gegengezeichneten Urkunde ist nicht Teil des Formerfordernisses. Denn für die Wahrung der Schriftform kommt es nicht darauf an, in wessen Besitz die Urkunde anschließend verbleibt. Die Aushändigung der gegengezeichneten Urkunde ist nicht Teil des Formerfordernisses, sondern gegebenenfalls eine Frage des Zustandekommens des Vertrags (BGH v. 14.07.2004 - XII ZR 68/02, juris; BGH v. 30.06.1999 - XII ZR 55/97, ZIP 1999, 1300; LAG Berlin v. 07.01.2005 - 8 Sa 1500/04, NZA-RR 2005, 464, ErfK/Preis, § 125 - 127 Rz. 20). 82

Auch dass die Beklagte verschiedentlich behauptet, es habe allenfalls ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für die Dauer von 12 Monaten vereinbart werden sollen, berührt den Bestand des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes nicht. Denn tatsächlich haben sich die Parteien gerade im Vertrag auf ein weitergehendes Verbot verständigt. Soweit die Beklagten hierzu meint, der Geschäftsführer der Beklagten habe dem Kläger vertraut, ist dies kein tragfähiger Ansatz, den Bestand der Vereinbarung mit dem schriftlich fixierten Inhalt zu negieren. Dies selbst dann nicht, wenn der Geschäftsführer der Beklagten die Urkunde gar nicht eingehend gelesen haben sollte. Wenn eine Urkunde unterzeichnet wird, ohne dass der Unterzeichnende sie vorher gelesen hat, ist es nur denkbar, dass sich die Parteien des Vertrages über ihren Inhalt einig sind, die Urkunde diesen Willen aber nicht einwandfrei zum Ausdruck bringt. Hier gilt dann nach dem Grundsatz der "falsa demonstratio non nocet" das übereinstimmend gewollte. Entsprechendes gilt, wenn der Partner den abweichenden Willen des Unterzeichnenden erkannt hat (Staudinger/Singer, § 119 BGB Rz. 9; MüKo/BGB/Kramer, § 119 Rz.50; Flume, § 23 2 b)). Hier ist aber nicht erkennbar, dass beide Parteien einen entsprechenden Willen gehabt haben. Dies gilt keinesfalls für den Kläger. 83

b)Dass eine Anfechtung nicht durchgreift, weil kein Anfechtungsgrund vorliegt, hat das Arbeitsgericht ebenfalls auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausführlich begründet. Auch insoweit folgt die erkennende Kammer den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Die Beklagte hat diesen Gesichtspunkt zweitinstanzlich auch gar nicht mehr begründet. Nur ergänzend wird darauf hingewiesen, dass keine einzige Tatsache vorgetragen worden 84

ist, inwieweit der Kläger bei Abschluss der Vereinbarung die Beklagte getäuscht haben soll. Dass überhaupt ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot abgeschlossen werden sollte, war seit dem Management Meeting am 20.05.2010 klar. Denkbar wäre auch hier wiederum nur, dass das Wettbewerbsverbot mit einem anderen Inhalt abgeschlossen werden sollte. Auch hierzu hat die Beklagte nicht ansatzweise aufgezeigt, wie und weshalb der Geschäftsführer der Beklagten durch welche Handlung des Klägers arglistig getäuscht worden sein sollte, zumal er das nachvertragliche Wettbewerbsverbot unterschrieben hat. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass das Wettbewerbsverbot in anderer Weise ausgehandelt worden sein soll und dann gleichsam heimlich vom Kläger abgeändert und der Beklagten untergeschoben worden sein soll. Das Gegenteil ist der Fall. Die Verträge sind offen kommuniziert worden. Dass sich der Geschäftsführer in dieser Situation möglicherweise nicht die Mühe gemacht hat, diese zu lesen, ist als solches kein Anfechtungsgrund.

c)Dass der Verzicht am 28.12.2012 den Bestand des Wettbewerbsverbotes nicht mehr berühren konnte, ergibt sich bereits aus § 75 a HGB. Denn danach kann der Verzicht auf das Wettbewerbsverbot nur vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt werden. Das Arbeitsverhältnis endete aber bereits am 31.03.2012. Ein fast neun Monate nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses erklärter Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot geht in die Leere. 85

d)Dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auch nicht durch eine separate mündliche Abrede oder den Vergleich vom 09.03.2012 aufgehoben worden ist, hat wiederum bereits das Arbeitsgericht mit tragfähiger Begründung aufgezeigt. Auch diesen Gesichtspunkt hat die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung nicht mehr aufgegriffen. Dies zu Recht, weil die erstinstanzlich behauptete mündliche Erledigungsklausel offensichtlich keine Auswirkungen auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot haben kann. Denn die erstinstanzlich behauptete mündliche Erklärung ist schon inhaltlich nicht eindeutig darauf bezogen, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot entschädigungslos aufzuheben. 86

aa)Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ist jederzeit aufhebbar. Eine Aufhebung ist auch möglich durch eine Ausgleichsklausel in einem Aufhebungsvertrag oder in einem gerichtlichen Vergleich, ohne dass sie gesondert getroffen worden sein muss (BAG v. 22.10.2008 - 10 AZR 617/07, juris; BAG v. 08.03.2006 - 10 AZR 349/05, juris; BAG v. 31.07.2002 - 10 AZR 558/01, juris; BAG v. 31.07.2002 - 10 AZR 513/01, juris). 87

(1)Die Parteien haben einen Abwicklungsvertrag vereinbart, so dass das Arbeitsverhältnis infolge der ausgesprochenen Kündigung beendet worden ist. Das Arbeitsverhältnis war also trotz des Abwicklungsvertrages gekündigt. 88

Mit einem Abwicklungsvertrag vereinbaren die Parteien nach Ausspruch einer Kündigung die Bedingungen, zu denen der Arbeitnehmer ausscheidet. Er ist in der Regel gekennzeichnet durch den (vertraglichen) Verzicht des Arbeitnehmers auf Kündigungsschutz gegen Zahlung einer Abfindung. Mit solchen nach geltendem Recht unbedenklich zulässigen Abfindungs- und Abwicklungsverträgen "erkauft” sich der Arbeitgeber die von ihm angestrebte Planungssicherheit. Gegenstand des Vertrags ist die Hinnahme der Kündigung unter Verzicht auf die Inanspruchnahme des staatlichen Rechtsschutzes (BAG v. 25.04.2007 - 6 AZR 622/06, juris; BAG v. 15.02.2005 - 9 AZR 116/04, juris). Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird damit nicht durch den Abwicklungsvertrag, sondern durch einen anderen Tatbestand bewirkt (BAG v. 25.04.2007 - 6 AZR 622/06, juris). Ein Aufhebungsvertrag dagegen ist eine Vereinbarung über das vorzeitige Ausscheiden eines Arbeitnehmers aus einem Dauerarbeitsverhältnis. Er führt selbst zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BAG v. 25.04.2007 - 6 AZR 622/06, juris; BAG v. 28.06.2005 - 1 ABR 89

25/04, juris; BAG v. 12.01.2000 - 7 AZR 48/99, juris).

(2)Welche Rechtsqualität und welchen Umfang eine Ausgleichsklausel hat, ist durch Auslegung nach den Regeln der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. 90

Grundsätzlich sind Verträge gemäß § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (BAG v. 22.07.2014 - 9 AZR 1066/12, juris; BAG v. 25.04.2013 - 8 AZR 453/12, juris; BAG v. 02.07.2009 - 3 AZR 501/07, DB 2009, 1939; BAG v. 17.01.2008 - 2 AZR 902/06, NZA 2008, 872; BAG v. 13.12.2006 - 10 AZR 787/05, NZA 2007, 408; BAG v. 20.09.2006 - 10 AZR 770/05, AP Nr. 41 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag). Die Auslegung hat trotz des in § 133 BGB enthaltenen Verbotes der Buchstabeninterpretation vom Wortlaut auszugehen. Maßgebend ist im Zweifel der allgemeine Sprachgebrauch. Nach der Ermittlung des Wortsinns sind in einem zweiten Schritt die Begleitumstände heranzuziehen, insbesondere die Entstehungsgeschichte sowie die Äußerungen der Parteien sowie Interessenlage und Zweck. Geboten ist eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt (BAG v. 22.07.2014 - 9 AZR 1066/12, juris; BAG v. 02.07.2009 - 3 AZR 501/07, DB 2009, 1939; BAG v. 13.11.2007 - 3 AZR 636/06, AP Nr. 50 zu § 1 BetrAVG; BGH v. 13.07.2007 - IV ZR 330/05, NJW 2007, 2320; Palandt-Heinrichs, § 133 BGB Rdnr.14 ff; MüKo/Bussche, § 133 Rz. 60). 91

Als rechtstechnische Mittel mit unterschiedlichen Rechtsfolgen kommen für den Willen der Parteien, ihre Rechtsbeziehungen zu bereinigen, der Erlassvertrag, das konstitutive oder das deklaratorische positive oder negative Schuldanerkenntnis in Betracht. Ein Erlassvertrag ist dann anzunehmen, wenn die Parteien vom Bestehen einer bestimmten Schuld ausgehen, diese aber übereinstimmend als nicht mehr zu erfüllend betrachten. Ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis liegt dann vor, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, alle oder bestimmte Gruppen von bekannten oder unbekannten Ansprüchen zum Erlöschen bringen zu wollen. Ein deklaratorisches positives oder negatives Schuldanerkenntnis ist dann gegeben, wenn die Parteien nur die von ihnen angenommene Rechtslage eindeutig dokumentieren und damit fixieren wollen (BAG v. 22.10.2008 - 10 AZR 617/07, juris; BAG v. 08.03.2006 - 10 AZR 349/05, juris; BAG v. 31.07.2002 - 10 AZR 558/01, juris; BAG v. 31.07.2002 - 10 AZR 513/01, juris BAG v. 22.10.2008 - 10 AZR 617/07, juris). 92

bb)Auf dieser Grundlage ist der abgeschlossene Vergleich als solches nicht geeignet, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot aufzuheben. Denn der abgeschlossene Vergleich regelt jedenfalls ausdrücklich keine Ausgleichsklausel. Aber auch eine etwaige Erklärung der Parteien außerhalb des Vergleiches zum Ausgleich sämtlicher finanzieller Ansprüche lässt das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in seinem Bestand unberührt. Denn einerseits enthält der Vertrag aus sich heraus keine abschließende Regelung der wechselseitigen Ansprüche. Vielmehr lässt er wichtige Regelungsfragen des Arbeitsverhältnisses offen. Dies betrifft etwa Regelungen zum überlassenen dienstlichen Mobiltelefon. 93

Zudem ist die von der Beklagten erstinstanzlich behauptete mündliche Ausgleichsklausel auch gar nicht trennscharf gerichtet auf die entschädigungslose Aufhebung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes. Es darf nicht übersehen werden, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot aus zwei wesentlichen Elementen besteht. Zum einen 94

verpflichtet sich der Mitarbeiter dazu, sich im Rechtskreis des Arbeitgebers des Wettbewerbs zu enthalten. Zum anderen verpflichtet sich der Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung. Gerade die Verpflichtung zur Enthaltung von Wettbewerb aber ist keine finanzielle Verpflichtung des Arbeitnehmers. Soweit sich die Parteien also tatsächlich, wie der Arbeitgeber meint, darüber einig gewesen sein sollten, dass die finanziellen Ansprüche anschließend geregelt seien, blieb die weitere Verpflichtung zur Wettbewerbsenthaltung offen. Denn es ist nicht zu erwarten, dass die Parteien ein Wettbewerbsverbot unter Ausschluss der Karenzentschädigung aufrechterhalten wollten, zumal dies mit § 74 HGB unvereinbar wäre (so ausdrücklich auch BAG v. 08.03.2006 - 10 AZR 349/05, juris; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote Rz. 723). Insoweit hätte die entschädigungslose Aufhebung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes ausdrücklich auch bei einem weiten Verständnis einer Ausgleichsklausel aufgenommen werden müssen, die sich nur auf die finanziellen Folgen bezieht.

2.Der Kläger kann sich entgegen der Auffassung der Beklagten auch auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot berufen. Die Beklagte hat insoweit in der Berufungsbegründung im Wesentlichen behauptet, der Kläger könne sich aus vier Gründen nicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot berufen. Erstens habe er es trotz seiner exponierten Position unterlassen, Rückstellungen zu bilden. Zweitens habe sich das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht in der Personalakte befunden, für deren Führung der Kläger zuständig gewesen sei. Drittens habe er im Rahmen der Gespräche über den Abwicklungsvertrag nicht auf die Existenz des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes hingewiesen. Viertens sei er darüber unterrichtet gewesen, dass nur Verbote mit einer Laufzeit von einem Jahr abgeschlossen werden sollen. Mit diesen Verhaltensweisen habe er es der Beklagten unmöglich gemacht, ihre Interessen wahrzunehmen. 95

aa)Zuzugeben ist der Beklagten, dass jeder Vertragspartei aus einem Schuldverhältnis nicht nur Leistungs-, sondern auch Verhaltenspflichten zur Rücksichtnahme und zum Schutz der Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils erwachsen, § 241 Abs. 2 BGB. Der Arbeitnehmer ist insoweit verpflichtet, einem dem Betrieb oder seinem Arbeitgeber drohenden Schaden für dessen Rechtsgüter, einschließlich seines Vermögens, zu verhindern (Müller-Glöge, MüKo-BGB, § 611 BGB Rn. 1082). Auch darf er keine Schäden herbeiführen. Die Regelung des § 241 Abs. 2 BGB dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann (vgl. BAG v. 08.05.2014 - 2 AZR 249/13, juris; BAG v. 28.10.2010 - 2 AZR 293/09, juris; BAG v. 10. 09.2009 - 2 AZR 257/08, juris). 96

Zuzugeben ist der Beklagten auch, dass es Fälle geben kann, in denen sich der Berechtigte nicht auf eine bestimmte Rechtsfolge berufen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn dem Berechtigten eine eigene Pflichtverletzung zur Last fällt, oder aber er das Recht durch ein vertragswidriges Verhalten erworben hat (vgl. statt aller Palandt/Grüneberg § 242 Rz. 43, 46). Allerdings: Nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten führt stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung. Treuwidriges Verhalten eines Vertragspartners kann zwar dazu führen, dass ihm die Ausübung eines ihm zustehenden Rechts zu versagen ist, wenn er sich dieses Recht gerade durch das treuwidrige Verhalten verschafft hat (BGH v. 28.10.2009 - IV ZR 140/08 Rz. 21, juris). Entsprechendes gilt, wenn das treuwidrige Verhalten darauf gerichtet war, die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsausübung zu schaffen. Lässt sich ein zielgerichtet 97

treuwidriges Verhalten nicht feststellen, muss zudem durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (BGH v. 28.10.2009 - IV ZR 140/08 Rz. 21, juris; Looschelders/Olzen in Staudinger, BGB [2005] § 242 Rdn. 220, 251).

bb)Die Behauptungen der Beklagten lassen aus Sicht der Kammer aber kein derartiges Verhalten des Klägers erkennen. 98

(1)Jede Partei trägt die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Tatbestand der ihr günstigen Rechtsnorm erfüllt ist. Wer eine Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, hat die rechtsbegründenden und rechtserhaltenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, der Gegner die rechtsverhindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden (BAG v. 20.11.2003 - 8 AZR 580/02 - NZA 2004, 489; Thomas/Putzo, vor § 284 Rz. 23; Zöller/Vollkommer, vor § 284 Rz. 15 ff). Der Arbeitgeber, der sich auf § 242 beruft, trägt damit für das Vorliegen der behaupteten Pflichtverletzungen die Darlegungs- und Beweislast. Er hat im Rechtsstreit die konkreten Umstände, aus denen er die angeblichen Pflichtverletzungen herleitet, konkret zu bezeichnen. Nur dadurch werden die Tatsachengerichte in die Lage versetzt, zu überprüfen, ob die behaupteten Vorgänge zu einer Rechtsbeeinträchtigung des Arbeitgebers geführt haben, um dann gegebenenfalls über jeden behaupteten Vorgang Beweis zu erheben (vgl. allgemein zur Beweislast: BAG v. 24.04.2008 - 8 AZR 347/07 - NZA 2009, 38; BAG v. 13.03.2008 - 2 AZR 88/07 - DB 2009, 68; BAG v. 25.10.2007 - 8 AZR 593/06 - NZA 2008, 223; BAG v. 16.05.2007 - 8 AZR 709/06 - NZA 2007, 1154). 99

Dabei ist ein Sachvortrag zur Begründung eines Klageanspruchs schlüssig und damit erheblich, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Das Gericht muss nur in der Lage sein, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs vorliegen (BGH v. 13.03.2012 - II ZR 50/09, NJW-RR 2012, 728; BAG v. 08.10.2008 - 5 AZR 8/08, NZA 2009, 98; BAG v. 20.11.2003 - 8 AZR 580/02, NZA 2004, 489; BGH v. 20.09.2002, NJW-RR 2003, 69; BGH v. 7.3.2001, NJW-RR 2001,887; BGH v. 28.04.1992 - X ZR 129/90, NJW 1992, 2427). Dazu sind regelmäßig bestimmte Tatsachen zu behaupten, die wenigstens einen einzelnen Lebensvorgang erkennen lassen, dem die geltend gemachte Rechtsfolge zu entnehmen ist (BGH v. 17.10.1996 - IX ZR 293/95, NJW 1997, 128). Die Haupttatsache kann dabei auch mit Indizien dargelegt werden. Dazu genügt es, wenn die Hilfstatsachen selbst vorgetragen sind, die auf sie gestützte Schlussfolgerung möglich ist und diese Schlussfolgerung die geltend gemachte Rechtsfolge als entstanden erscheinen lässt. Denn eine auf Tatsachenbehauptung beruhende mögliche Schlussfolgerung kann daraufhin beurteilt werden, ob sich ihretwegen die Überzeugung gewinnen lässt, dass die Voraussetzungen der Rechtsfolge vorliegen (BAG v. 20.11.2003 - 8 AZR 580/02, NZA 2004, 489; BGH v. 7.3.2001, NJW-RR 2001, 887). 100

(2)Hier nun erschöpft sich der Sachvortrag der Beklagten mangels vorhandener Tatsachengrundlage in Spekulationen. Dabei verkennt sie schon, dass es der Geschäftsführer selbst gewesen ist, der das nachvertragliche Wettbewerbsverbot für sie unterzeichnete. Der Arbeitgeber selbst hatte also Kenntnis vom Wettbewerbsverbot, das zudem im Management Meeting für alle Führungskräfte thematisiert worden ist. Es war gerade die Beklagte, die Wert auf die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten legte. In dieser Situation § 242 BGB heranzuziehen, greift zu kurz, weil der Abschluss des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes beim Geschäftsführer vielleicht nicht mehr als aktuelles präsentes 101

Wissen vorhanden gewesen ist. Die Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnis ist aber kein Tatbestand des § 242 BGB. Denn die Beklagte hatte ursprünglich konkrete Kenntnis vom Abschluss des Verbotes durch den Geschäftsführer. Dass sich dieser nicht mehr daran erinnern konnte oder wollte ist nicht dem Kläger anzulasten. Dabei ist besonders zu betonen, dass die Beklagte zuletzt sogar vorgetragen hat, der Geschäftsführer meine, er habe ein Wettbewerbsverbot vereinbart, sei sich aber nicht sicher. Für dieses "sokratische" Element ist der Kläger nicht verantwortlich. Soweit die Beklagte meint, dass das Wettbewerbsverbot in die Personalakte gehöre, ist dies sicher richtig. Nur dem Kläger anzulasten, dass es dort nicht aufzufinden sei, ist kein zwingender Schluss. Auch hier spekuliert die Beklagte. Es sind diverse Sachverhalte denkbar, die dazu führen, dass das Dokument nicht zur Personalakte gelangt ist. Es kann schlicht vergessen worden sein. Jedenfalls existieren keine Tatsachen, die den Rückschluss zuließen, dass der Kläger das Schriftstück bewusst nicht in der Personalakte legte bzw. es von dort entfernte. Dass der Kläger als "akkurat" galt beschreibt ein Merkmal seiner Arbeitsleistung, nicht den Tatbestand einer Pflichtverletzung. Auch dass keine Rückstellungen gebildet worden sind, ist nicht trennscharf. Die Beklagte meint, dann wäre dem Ansprechpartner der Muttergesellschaft das Wettbewerbsverbot aufgefallen. Hier verkennt die Beklagte schon, dass es nicht um die Muttergesellschaft geht. Es gab auch nichts zu verschleiern. Denn das Wettbewerbsverbot war existent. Es besteht deshalb auch kein relevanter Kausalzusammenhang. Der Kläger war auch nicht gehalten, im Rahmen der Gespräche auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot hinzuweisen. Schließlich ist er insoweit nicht Sachwalter der Rechte der Beklagten sondern zunächst einmal der Vertragspartner, der - mangels gut dotierter Anschlussbeschäftigung - vielleicht sogar ein Interesse daran haben musste, dass die Beklagte keinen Verzicht erklärt. Denn ansonsten hätte er aufgrund der gesetzlichen Regelung nur für 12 Monate die Karenzentschädigung erhalten. Er steht der Beklagten jedenfalls hinsichtlich des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes als Vertragspartner gegenüber und muss insoweit nicht deren Rechte vertreten. Soweit die Beklagte meint, es hätten nur Wettbewerbsverbote mit einer Laufzeit von 12 Monaten abgeschlossen werden dürfen, ist schon nicht erkennbar, welche Pflichtverletzung die Beklagte hiermit behaupten will. Jedenfalls führt der Umstand des Vertragsschlusses über ein längeres nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes nicht zu einer gesteigerten Aufklärungspflicht des Klägers.

3.Die Höhe der Karenzentschädigung beträgt 10.009,56 € brutto monatlich, woraus sich für den gesamten 24-monatigen Zeitraum 240.229,44 € errechnen. 102

Die Höhe der monatlichen Karenzentschädigung beträgt gem. § 74 Abs. 2 HGB i.V.m. § 3 Abs. 6 der Änderungsvereinbarung 10.009,56 € brutto. Für 24 Monate ergibt sich hieraus ein Betrag in Höhe von 240.229,44 €. 103

Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend berechnet und wird von der Beklagten in der Berufungsbegründung auch nicht angegriffen. Die erkennende Kammer folgt den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Die Beklagte hat zweitinstanzlich nichts vorgetragen, was Anlass zu einer anderen rechtlichen Beurteilung gäbe. 104

a)Ausgangspunkt der Berechnung ist die vom Kläger zuletzt bezogene vertragsmäßige Vergütung in Höhe von 15.399,33 €. 105

aa)Als vertragsmäßig im Sinne von § 74 Abs. 2 HGB ist eine Leistung anzusehen, die auf dem Austauschcharakter des Arbeitsvertrags beruht und als Vergütung für die geleistete Arbeit erbracht wird. Ausgangspunkt für die Bestimmung der "zuletzt bezogenen 106

vertragsmäßigen Leistungen" iSd. § 74 Abs. 2 HGB ist alles, was der Arbeitnehmer in der fraglichen Zeit als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung erhalten hat (vgl. nur BAG v. 22.10.2008 - 10 AZR 617/07, juris; BAG v. 09.01.1990 - 3 AZR 110/88, juris; BAG v. 16.11.1973 - 3 AZR 61/73, juris; ErfK/Oetker § 74 HGB Rn. 15).

Die Karenzentschädigung soll dabei dem Arbeitnehmer den Lebensstandard sichern, den er sich aufgrund seiner vorausgegangenen Tätigkeit erarbeitet hatte. Sie soll den Nachteil ausgleichen, den der Arbeitnehmer durch die Beschränkung in der Verwendung seiner Arbeitskraft erleidet. Es kommt deshalb darauf an, was der Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung in den maßgeblichen Zeiträumen zu beanspruchen hat. Wenn ein Arbeitnehmer seine fachlichen Möglichkeiten nicht mehr voll wahrnehmen kann und seine Erwerbsmöglichkeiten beschränkt sind, soll ihm das erhalten bleiben, was er bisher unter Verwertung seiner fachlichen Kenntnisse und Erfahrungen verdient hat (vgl. nur BAG v. 22.10.2008 - 10 AZR 617/07, juris; BAG v. 09.01.1990 - 3 AZR 110/88, juris). Auch Jahresvergütungen, Gratifikationen, zusätzliche Urlaubsgelder, Tantiemen und ähnliche Sonderzuwendungen zählen hierzu, selbst wenn sie der Arbeitgeber unter Ausschluss eines Rechtsanspruchs als freiwillige Leistung gewährt (vgl. nur BAG v. 22.10.2008 - 10 AZR 617/07, juris). 107

Bezugspunkt sind dabei die letzten 36 Monate vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 415), also der Zeitraum vom 01.04.2009 bis zum 31.03.2012. Insoweit kommt es bei wechselnden Bezügen also nicht auf den letzten Bezugszeitraum, sondern auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre an. Dieser dreijährige Bezugszeitraum gilt aber nur für die variablen Vergütungsbestandteile. "Wechselnde Bezüge" sind alle Einkommensarten, die "von ständig wechselnden äußeren Umständen abhängen". Es handelt sich dabei um Entgeltbestandteile, die entweder nicht in jedem Bezugszeitraum anfallen oder aber in jeweils unterschiedlicher Höhe. Zu den wechselnden Bezügen zählen Provisionen, Tantiemen und sonstige von äußeren Umständen abhängige Leistungen (vgl. nur BAG v. 22.10.2008 - 10 AZR 617/07, juris). 108

bb)Auf dieser rechtlichen Grundlage ergibt sich folgende Berechnung: 109

(1)Das zu berücksichtigende monatliche Fixum beträgt 12.355,00 € brutto. 110

(2)Der Bonus ist mit einem monatlichen Betrag in Höhe von 2.044,33 € anzusetzen. Ausgangspunkt ist § 74b Abs. 2 HGB, auf den die Änderungsvereinbarung vom 05./12.10.2010 in § 3 Abs. 9 Bezug nimmt. Danach sind Provisionen oder anderen wechselnde Bezüge mit dem Durchschnitt der letzten drei Jahre in Ansatz zu bringen. Der Bonus ist ein entsprechender wechselnder Bezug und gehört auch zu den "zuletzt" bezogenen vertragsmäßigen Leistungen. Das folgt aus Sinn und Zweck der Regelung sowie aus dem sachlichen Zusammenhang zwischen den Berechnungsvorschriften in § 74 Abs. 2 BGB einerseits und den Regelungen über anrechenbare Leistungen im Sinne von § 74 c Abs. 1 HGB andererseits. Der Kläger erhielt im Jahr 2009 insgesamt einen Bonus in Höhe von 30.000,00 € brutto, also für die Zeit vom 01.04.2009 bis zum 31.12.2009 einen Bonus in Höhe von 22.500,00 € brutto (30.000,00 € ./. 12 x 9). In den Jahren 2010 und 2011 erhielt er jeweils 25.000,00 € brutto und vom 01.01.2012 bis zum 31.03.2012 einen Betrag in Höhe von 1.095,94 € brutto. Für 36 Monate errechnet sich also insgesamt ein Bonus in Höhe von 73.595,94 € brutto, also 2.044,33 € brutto monatlich. 111

(c)Auch der geldwerte Vorteil für das dem Kläger überlassene Mobiltelefon in Höhe von 1.000,00 € brutto ist zu berücksichtigen. Aus der oben aufgeführten Definition der vertragsmäßigen Leistungen ergibt sich, dass die Karenzentschädigung dem Arbeitnehmer 112

den Lebensstandard sichern soll, den er sich aufgrund seiner vorausgegangenen Tätigkeit erarbeitet hatte. Sie soll den Nachteil ausgleichen, den er durch die Beschränkung in der Verwendung seiner Arbeitskraft erleidet. Es kommt deshalb darauf an, was der Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung in den maßgeblichen Zeiträumen zu beanspruchen hat. Dazu gehört dann aber auch die ihm eingeräumte Möglichkeit, das ihm zur Nutzung überlassene Mobiltelefon privat zu nutzen. Denn auch diese Privatnutzung ist eine Gegenleistung. Dies ergibt sich auch aus dem Begriff "vertragsmäßige Leistungen" gerade in Abgrenzung zum Begriff "Gehalt".

Ein Gesetz auslegen heißt seinen Sinn zu erforschen. Maßgeblich ist dabei der im Gesetzeswortlaut objektivierte Wille des Gesetzgebers. Bei der Auslegung von Gesetzen ist zunächst vom Wortlaut der Regelung auszugehen. Abzustellen ist ferner auf den systematischen Zusammenhang und den Normzweck, sofern er im Gesetz erkennbaren Ausdruck gefunden hat (BAG v. 17.1.2008 - 2 AZR 902/06, NZA 2008, 872; BAG v. 16.6.2005 - 6 AZR 108/01, BAGE 115, 113). Häufig kann nur bei Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Sinn und Zweck zutreffend ermittelt werden. Im Zweifel gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, die zu einer zweckmäßigen, vernünftigen und gerechten Regelung führt. 113

Wird etwa der Begriff des "Bruttogehalts" verwendet, spricht dies nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eher für einen engen Vergütungsbegriff. Der Begriff "Gehalt" umfasst nach allgemeinem Sprachgebrauch z.B. nicht die Überlassung eines Kraftfahrzeugs zur privaten Nutzung (vgl. BAG v. 14.08.1990, 3 AZR 321/89, juris). Unter dem Begriff "Gehalt" oder "Monatsgehalt" zählen nach allgemeinem Sprachgebrauch nur Geldleistungen, nicht aber geldwerte Vorteile oder Sachleistungen (vgl. LAG Düsseldorf v. 08.04.2011, 10 Sa 930/10 m.w.N., juris). Wird als Berechnungsgrundlage hingegen auf den zuletzt bezogenen "Bruttoverdienst" oder das zuletzt bezogene "Bruttoeinkommen" Bezug genommen, ist der geldwerte Vorteil durch die Zurverfügungstellung eines Dienstwagens bei der Berechnung der vertragsmäßigen Leistungen zu beachten. Die ist Konsequenz des weiten Einkommensbegriffs (vgl. auch BAG v. 21.08.2011, 3 AZR 746/00, zitiert nach juris). Nichts anderes ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs "Leistung", der ebenfalls ein weites Verständnis zugrunde liegt. Letztlich handelt es sich um eine Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsverhältnis, die eine zusätzliche Gegenleistung für geschuldete Arbeitsleistung darstellt (BAG v. 27.05.1999 - 8 AZR 415/98, juris; LAG Hamm v. 30.03.2000 - 16 Sa 1684/99, juris). 114

Insofern kommt es insbesondere auch nicht auf steuerliche Gesichtspunkte an (insoweit missverständlich Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 377). Nur für die Bestimmung des Wertes kann auf die steuerlichen Gegebenheiten zurückgegriffen werden (ErfK/Oetker, § 74b HGB Rz.3; LAG Hamm v. 30.03.2000 - 16 Sa 1684/99, juris). Da die Parteien hier selbst eine Vereinbarung über den Wert der Leistung getroffen haben und einen Betrag in Höhe von 1.000,00 € unstreitig zugrunde legen, ist dieser zu berücksichtigen. 115

b)Der Kläger hat von dem errechneten Betrag in Höhe von 15.399,33 € brutto 65% zu beanspruchen, also 10.009,56 € monatlich. Da das nachvertragliche Wettbewerbsverbot eine Laufzeit von 24 Monaten hat, errechnet sich als Zahlungsbetrag ein Wert in Höhe von 240.229,44 €. 116

4.Der Beklagten steht kein Leistungsverweigerungsrecht zu. Dies hat nur bis zum 13.01.2015 bestanden. An diesem Tag hat der Kläger umfassend und ausreichend gemäß § 74c Abs. 2 HGB Auskunft erteilt. 117

118

a)Gemäß § 3 Abs. 9 der Änderungsvereinbarung vom 05./12.10.2012 i. V. m. § 74c HGB hat der Kläger sich auf die Karenzentschädigung dasjenige anrechnen zu lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, soweit die Entschädigung unter Hinzurechnung dieses Betrags den Betrag der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als ein Zehntel übersteigen würde. Gemäß § 74c Abs. 2 HGB ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber auf Verlangen über die Höhe seines Erwerbes Auskunft zu erteilen. Aus dieser gesetzlichen Konstruktion ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, der die erkennende Kammer folgt, ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers. Solange der auskunftspflichtige Arbeitnehmer die geschuldeten Angaben nicht mitgeteilt hat, muss der Arbeitgeber keine Karenzentschädigung zahlen (BAG v. 12.01.1978 - 3 AZR 57/76, juris).

b)Damit hängt die Frage, ob der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht davon ab, ob der Kläger mit seinen Auskünften die ihm obliegende Auskunftspflicht erfüllt hat. Gem. § 74 c Abs. 2 HGB ist "Auskunft" zu erteilen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich der Auskunftsanspruch auf die Dauer der Bezugsberechtigung bezieht. Der Arbeitnehmer muss also Auskunft über den Verdienst für den Zeitraum vom 01.04.2012 bis zum 31.03.2014 erteilen. 119

Welchen Umfang diese Auskunftspflicht erreicht, richtet sich nach der ständigen Rechtsprechung des BAG, der die erkennende Kammer folgt, nach § 242 BGB, also nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (BAG v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85, juris; BAG v. 25.02.1975 - 3 AZR 148/74, juris). Der Auskunftsanspruch soll dabei den zur Zahlung von Karenzentschädigung verpflichteten Arbeitgeber in die Lage versetzen, festzustellen, ob sein früherer Arbeitnehmer anrechenbares anderweitiges Einkommen bezieht. Was insoweit erforderlich ist, richtet sich auf Grundlage des § 242 BGB nach den Umständen des Einzelfalls. In vielen Fällen kann es ausreichen, wenn der Entschädigungsberechtigte erklärt, welche für eine Anrechnung in Betracht kommenden Einkünfte er erzielt hat. Damit braucht das Auskunftsbegehren aber nicht erschöpft zu sein. Hat der Entschädigungspflichtige Zweifel daran, ob die Angaben zutreffen, so kann er in aller Regel von dem Auskunftspflichtigen verlangen, dass er seine Angaben belegt (BAG v. 25.02.1975 - 3 AZR 148/74, juris). 120

Auf dieser Grundlage ist anerkannt, dass der Arbeitnehmer, der unselbständige Einkünfte erzielt, Lohn und Gehaltsabrechnungen vorzulegen hat. Wenn das der Anrechnung unterliegende Einkommen aus einer abhängigen Beschäftigung fließt, bilden Lohnstreifen, Gehaltsabrechnungen oder die Eintragungen in der Lohnsteuerkarte meistens eine verlässliche Grundlage, um die Erklärungen zu bestätigen, die der Entschädigungsberechtigte über seine Bezüge abgegeben hat. Ihre Vorlage ist auch zumutbar und leicht durchzuführen; schützenswerte Belange des ohnehin zur Offenbarung seines Einkommens verpflichteten Entschädigungsberechtigten werden dadurch in der Regel nicht berührt (BAG v. 25.02.1975 - 3 AZR 148/74, juris). 121

Bei Einkünften aus selbständiger Tätigkeit stehen diese Mittel nicht zur Verfügung. Hier hat das BAG zunächst die Vorlage einer Einkommenssteuererklärung für erforderlich gehalten und Ansprüche auf Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung abgelehnt. Insofern bestünden Bedenken, weil es die nach § 242 BGB zu bemessende Auskunftspflicht überschreiten könne, wenn der frühere Arbeitnehmer mit der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung seine gesamte geschäftliche Lage offenlegen müsste, obgleich es im Rahmen des § 74 c HGB nur auf das Geschäftsergebnis ankommt (BAG v. 25.02.1975 - 3 122

AZR 148/74, juris). Später hat das Bundesarbeitsgericht zu Recht vertreten, dass sich auf Grundlage des § 242 BGB auch bei selbständigen Tätigkeiten schematische Lösungen verbieten. Inhalt und Umfang von Auskunftspflichten richten sich im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. Das ist von besonderer praktischer Bedeutung, wenn es um Angaben über Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit geht (BAG v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85, juris; BAG v. 25.02.1975 - 3 AZR 148/74, juris; BAG v. 07.07.1960 - 5 AZR 61/59, juris; BAG v. 25.06.1964 - 2 AZR 135/63, juris). Hier lassen sich keine schematischen Regeln aufstellen, die für die vielfältigen Erscheinungsformen des Arbeitslebens gleichermaßen Geltung beanspruchen. Bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten wird stets nach den Umständen des Einzelfalls abzuwägen sein zwischen dem Interesse des Arbeitnehmers, durch die Karenzentschädigung in kurzen Zeitabschnitten einen Beitrag zum Unterhalt zu erhalten und dem Interesse des Arbeitgebers, überhöhte Vorleistungen zu vermeiden. Deswegen brauchen einerseits die Auskünfte des Arbeitnehmers nur so substantiiert zu sein, wie das in der gegebenen Situation möglich ist. Andererseits müssen sie dem Interesse des Arbeitgebers Rechnung tragen, ein möglichst deutliches Bild zu erhalten, mit welchen laufenden Verpflichtungen er zu rechnen hat (BAG v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85, juris). Dabei hängt der Umfang der vorläufigen Auskunft auch vom Berechnungszeitraum ab. Verlangt der Arbeitnehmer, wozu er berechtigt ist, monatliche Zahlungen, dann wird er zunächst nur sein vorläufiges Monatsergebnis angeben können. Dabei muss er auch Zahlen nennen. Die Einzelheiten des zumutbaren Rechenwerkes hängen unter anderem von der Größe des Unternehmens ab. Wer allein arbeitet, kann die wirtschaftliche Situation seines Unternehmens leicht im Auge behalten. Schwieriger wird dies mit zunehmender Anzahl der Mitarbeiter und wachsendem Umfang der geschäftlichen Tätigkeit. Daher kann nur im konkreten Einzelfall nach Treu und Glauben beurteilt werden, wie detailliert die Angaben zumutbarer Weise sein müssen, um die Fälligkeit der Entschädigung nach § 74 b Abs. 1 HGB herbeizuführen und ein Zurückbehaltungsrecht des früheren Arbeitgebers unter Berufung auf § 74 c Abs. 2 HGB auszuschließen (BAG v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85, juris).

Entsprechendes muss gelten, wenn der Arbeitgeber gegen die erteilten Auskünfte Einwendungen erhebt und Belege verlangt. Auch insoweit gelten die Grundsätze von Treu und Glauben, ohne dass sich feste Regeln aufstellen ließen. Je nach den Umständen des Einzelfalls wird sich der frühere Arbeitgeber, besonders zu Beginn der Karenzzeit, mit einer Plausibilitätsprüfung begnügen müssen. Gegen Ende der Karenzzeit werden auch konkrete Nachweise möglich und geboten sein. Auch besteht die Möglichkeit, den Steuerbescheid vorzulegen. Es kommen aber auch andere Belege in Betracht. Die Anforderungen dürfen insgesamt nicht überspannt werden. Die Pflicht des Arbeitnehmers, seine Angaben zu belegen, besteht nicht stets und von vornherein, sondern nur bei begründeten Einwendungen und mit dem Ziel, dem Arbeitgeber die Überprüfung der Auskunft zu ermöglichen. Der Arbeitgeber muss also seinerseits begründete Zweifel geltend machen können (BAG v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85, juris). 123

Abschließend formuliert das BAG prägnant: 124

"Zusammenfassend läßt sich festhalten: Die Karenzentschädigung des früheren Arbeitnehmers, der sich selbständig gemacht und unregelmäßige Bezüge hat, ist insgesamt aufgrund einer Gesamtberechnung für die Dauer eines Jahres zu ermitteln. Der frühere Arbeitnehmer muß deshalb auch nur eine auf den Jahreszeitraum bezogene Auskunft gem. § 74 c Abs. 2 HGB erteilen. Tut er dies erst am Ende der Karenzzeit, so hat er vor diesem Zeitpunkt keinen durchsetzbaren Anspruch auf Karenzentschädigung (§ 74 c Abs. 2 HGB in Verb. mit § 320 BGB). Der Arbeitnehmer hat aber auch die rechtliche Möglichkeit, durch 125

plausible Zwischenauskünfte monatlich, vierteljährlich oder in anderen Zeiträumen Entschädigungszahlungen fällig zu stellen. Dann muß er seinen Unternehmensgewinn so darstellen, wie ihm dies nach Treu und Glauben und den Umständen des Einzelfalls möglich und zumutbar ist.

Die Pflicht, Angaben der erteilten Auskunft zu belegen, richtet sich ebenfalls nach Treu und Glauben. Insoweit kommt es darauf an, welche Einwände der Arbeitgeber erhebt und was dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar ist. Soweit es um längere Zeiträume geht, werden häufig anerkannte Steuerbelege oder Gewinn- und Verlustrechnungen zur Verfügung stehen. 126

(BAG v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85, juris) 127

c)Das Leistungsverweigerungsrecht wegen fehlender oder unzureichender Auskunftserteilung stand der Beklagten aufgrund der aufgezeigten Rechtsprechung, der die erkennende Kammer in vollem Umfang folgt, nur bis zum 13.01.2015 zu. 128

aa)Der Kläger ist nach seinen Angaben zunächst arbeitslos gewesen. Er hat dazu mit der Klage vom 18.05.2012 behauptet, er erhalte ein Arbeitslosengeld, das unter der Kappungsgrenze liege. Unterlagen hat er nicht zur Verfügung gestellt. Im Schriftsatz vom 03.07.2012 hat er seine Klage erweitert und wiederum nur mitgeteilt, dass er lediglich Arbeitslosengeld erhalte. Nichts anderes gilt für den Zeitraum Juli 2012 (SS v. 14.08.2012). Mit Schriftsatz vom 12.09.2012 hat die Beklagte den Kläger sodann aufgefordert, Auskunft über seinen Verdienst zu erteilen und sich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Die Höhe des Arbeitslosengeldes hat er dann mit Schriftsatz vom 10.10.2012 mitgeteilt und eine Bescheinigung überreicht. Zudem hat er darauf hingewiesen, dass er ab dem 01.07.2012 wieder erwerbstätig sei und ein monatliches Gehalt in Höhe von 4.166,66 sowie eine aufgeschobene jährliche Zahlung von 30.000,00 €, also 2.500,00 € monatlich erhalte. Die Gehaltsabrechnung für Juli und August 2012 hat der Kläger übermittelt, aus der sich der Betrag in Höhe von jeweils 4.166,66 € ergibt. Mit Schriftsatz vom 03.12.2012 hat er die Abrechnung für September und Oktober 2012 beigefügt. Weitere Unterlagen hat er zunächst nicht beigebracht. Erst mit Schriftsatz vom 09.01.2015 hat er für die Jahre 2012 und 2013 eine elektronische Lohnsteuerbescheinigung der F. Energie GmbH vorgelegt. Da diese für das Jahr 2014 zum damaligen Zeitpunkt noch nicht existierte, hat er für 2014 Lohnabrechnungen vorgelegt. Im Kammertermin vom 13.01.2015 legte er dann für eine von der F. Enterprises Limited erhaltene Zahlung einen Kontoauszug vor. Er hat sich von seinem Arbeitgeber ausweislich der E-Mail vom 12.01.2015 zudem bescheinigen lassen, dass er bis auf eine jährliche Festvergütung in Höhe von 50.000 € und den Zahlungen der F. Enterprises Limited in Höhe von 70.000 € keine weiteren Zahlungen bezogen hat. Im Rahmen des Berufungsverfahrens hat er die elektronische Lohnsteuerbescheinigung der F. Energie GmbH für das Jahr 2014 sowie im Termin am 21.09.2015 die Rechnungen über jeweils 2.500,00 € gegenüber der F. Enterprises Limited vorgelegt. Zudem hat er Einsicht in seine Steuerbescheide für 2012 und 2013 gewährt. 129

bb)Damit behauptet der Kläger neben dem zunächst bezogenen Arbeitslosengeld Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung bei der F. Energie GmbH. Zudem hat er behauptet, auch Tätigkeiten für die F. Enterprises Limited zu erbringen, die auf selbständiger Basis vergütet werden und die er in Rechnung stelle. 130

(1)Im Hinblick auf das Arbeitslosengeld ist es erforderlich, die Höhe des Arbeitslosengeldes zu beziffern und den entsprechenden Bescheid der Agentur zu übermitteln. Diese Pflicht hat der Kläger erfüllt, aber erst mit Schriftsatz vom 10.10.2012. 131

132

(2)Hinsichtlich der abhängigen Beschäftigung ist es erforderlich aber auch ausreichend, die Lohanrechnungen vorzulegen bzw. die elektronische Lohnsteuerbescheinigung beizubringen. Die ab dem 01.07.2012 bestehende Beschäftigung hat er ebenso wie die Gehaltsabrechnungen für Juli und August 2012 ebenfalls erst mit Schriftsatz vom 10.10.2012 übermittelt. Erst mit Schriftsatz vom 09.01.2015 hat er für die Jahre 2012 und 2013 eine elektronische Lohnsteuerbescheinigung der F. Energie GmbH vorgelegt. Da diese für das Jahr 2014 zum damaligen Zeitpunkt noch nicht existierte, hat er für 2014 Lohnabrechnungen vorgelegt.

(3)Hinsichtlich der selbständigen Tätigkeit für die F. Enterprises Limited hat er zwar Einnahmen in Höhe von 2.500,00 € monatlich behauptet. Dazu waren seine Erklärungen aber zunächst indifferent. Denn ursprünglich sollte es sich um eine Zahlung der F. Energie GmbH handeln. Später erläuterte er dann Zahlungen der F. Enterprises Limited. Erst im Kammertermin vom 13.01.2015 legte er dann für eine von der F. Enterprises Limited erhaltene Zahlung einen Kontoauszug vor. Er hat sich von dieser ausweislich der E-Mail vom 12.01.2015 zudem bescheinigen lassen, dass er bis auf eine jährliche Festvergütung in Höhe von 50.000 € und den Zahlungen der F. Enterprises Limited in Höhe von 70.000 € keine weiteren Zahlungen bezogen hat. 133

cc)Aus Sicht der Kammer hat der Kläger seine Auskunftspflichten damit erst am 13.01.2015 erfüllt. Auch wenn der Kläger zunächst am 10.10.2012 seine Pflichten hinsichtlich des erhaltenen Arbeitslosengeldes und der Gehälter für Juli und August 2012 erfüllte, blieb der weitere Teil seiner Einnahmen offen. Offen war dabei zunächst, auf welcher rechtlichen Grundlage er weitere Zahlungen zu beanspruchen hatte und von wem. Insofern darf nicht übersehen werden, dass bei der Auskunft über eine selbständige Tätigkeit eine Auskunft erforderlich ist und Belege beigebracht werden müssen. Auf Grundlage von Treu und Glauben musste der Kläger, da seine Angaben insbesondere zur Frage, wer zur Zahlung verpflichtet ist, widersprüchlich waren, Belege beibringen. Hierzu hätte er ohne weiteres seine monatlichen Abrechnungen vorlegen können. Dies hat er nicht getan, so dass er hinsichtlich der selbständigen Arbeit seine Pflichten nicht erfüllte. Der Kläger kann insoweit insbesondere nicht geltend machen, dass ihm keine Unterlagen vorgelegen hätten. Auch wenn ihm die behaupteten 2.500,00 € monatlich zunächst gar nicht gezahlt worden sind, sondern eine Einmalzahlung Ende 2014 erfolgte, darf nicht übersehen werden, dass der Kläger selbst es war, der monatliche verstetigte Einkünfte (Bonus) von der F. Energie GmbH über 2.500,00 € behauptete. Da er sie behauptet, aber nicht nachgewiesen hat und Fragen offen blieben, weil sie sich auch der Lohnabrechnung nicht entnehmen ließen, war die Sachlage unklar und verworren. In dieser Situation war es geboten, auch die Zahlung von monatlich 2.500,00 € zu belegen, weil die Beklagte begründete Zweifel dargelegt hat. Der Kläger hatte lediglich einen bestimmten Betrag behauptet, der sich nicht aus den Gehaltsabrechnungen erkennen ließ. 134

Da er seine Einnahmen aus selbständiger Tätigkeit zunächst nicht belegte, erfüllte er die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht. Erst mit der Übermittlung des Kontoauszugs und der schriftlichen Erklärung der F. Enterprises Limited brachte der Kläger die erforderlichen Nachweise. Diese sind aus Sicht der Kammer auch ausreichend. Insbesondere musste der Kläger keine Einkommensteuerbescheinigung oder eine Gewinn- und Verlustrechnung beibringen. Wie gesehen richten sich die Anforderungen nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei ist zu beachten, dass die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen. Auch ist zu bedenken, dass der Kläger keine große Unternehmung betrieb, sondern einerseits angestellt war, zu anderen einige Leistungen offenbar auf Basis einer "freien Mitarbeit" abrechnete. In dieser Situation existieren ohnehin bei den Einnahmen nur die Abrechnungen gegenüber dem Auftraggeber. Er muss letztlich die Gewinne so darstellen, 135

wie es ihm zumutbar ist. Dazu können jedwede Belege vorgelegt werden, die ein umfassendes Bild ergeben. Insoweit ist der Kontoauszug in Verbindung mit der schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers ausreichender Nachweis. Denn dies ist die originäre Quelle. In dieser Situation weitere Nachweise zu verlangen, wäre eine überobligatorische Ausdehnung der dem Arbeitnehmer obliegenden Pflichten. Denn er muss ein umfassendes Bild abgeben, dies aber nur im Rahmen der Zumutbarkeit.

dd)Soweit die Beklagte meint, der Kläger habe nach wie vor seine Auskunftspflichten nicht erfüllt, legt sie schon einen rechtlich unzutreffenden Ausgangspunkt zugrunde. Es geht nicht um eine Rechenschaftslegung nach § 259 BGB. Vielmehr richtet sich der Umfang der Auskunft und des Nachweises der Auskunft nach § 242 BGB. Es bedarf also nicht der Übermittlung einer geordneten Aufstellung, sondern der Vorlage von Dokumenten, die verfügbar sind und deren Vorlage zumutbar ist. Gerade bei den hier in Rede stehenden Zahlungen geht es auch fehl, eine Aufstellung immer stets gleicher Zahlen zu fordern sondern nur darum, die Angaben des Klägers zu verifizieren. Dazu reichen aber die vorgelegten Dokumente aus. Soweit die Beklagte meint, der Kläger trage nur mosaikartig vor und deshalb Zweifel an der Vollständigkeit der Angaben hat, ist auch dies unzutreffend. Insoweit spekuliert die Beklagte ohne ausreichende Tatsachengrundlage. Die von ihr herangezogenen Indizien sind weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit geeignet, die Vollständigkeit der Auskunft anzugreifen. Allein dass der Kläger weniger verdient, rechtfertigt keinen weitergehenden Auskunftsanspruch. Es ist die Beklagte, die begründete Zweifel anmelden muss. Dabei übersieht sie, dass es die freie Entscheidung des Arbeitnehmers ist, zu welchen Konditionen er eine Arbeitsstelle antritt. Der (alte) Arbeitgeber mag es lieber sehen, wenn er durch die Höhe des beim neuen Arbeitgeber erzielten Verdienstes von der Verpflichtung der Zahlung der Karenzentschädigung frei wird. Dieser Gedanke beeinflusst aber nicht den Umfang der Auskunft. Die Beklagte mag auch bestreiten, dass der Kläger erst ab dem 01.07.2012 eine Beschäftigung aufgenommen hat. Indes hat er ausreichende Nachweise vorgelegt. Denn insoweit sind die Bescheinigungen über das von ihm bezogene Arbeitslosengeld bis zum 30.06.2013 eine ausreichende Erklärung. Wenn die Beklagte hier Zweifel hat, muss sie darlegen, welche Tätigkeit der Kläger aufgrund welcher konkreter Anhaltspunkte vorher aufgenommen haben soll. Hierzu fehlt aber jeder Vortrag. Vielmehr handelt es sich um eine Spekulation "ins Blaue". Der Kläger muss auch nicht den Arbeitsvertrag vorlegen, sondern bei der abhängigen Beschäftigung reichen Lohnabrechnungen. Nur ergänzend sei erwähnt, dass sich diese nicht nur mit der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung decken, sondern auch mit den zur Einsicht vorgelegten Steuerbescheiden. Auch dass dem Kläger Gewinnbeteiligungen zustehen sollen, muss sie darlegen und keine Spekulationen anstellen. Allein aus der Stellung des Klägers bei der F. Energie GmbH ergibt sich dies nicht. Vollends driftet die Beklagte in den Bereich der Spekulation, wenn sie meint, es könnten auch Verträge mit Verwandten des Klägers bestehen. Das Verhalten des Klägers ist auch nicht "höchst dubios", sondern nachvollziehbar. Denn er hat Nachweise vorgelegt, die der Beklagten die Überprüfung seiner Angaben ermöglichen. Dass dies auf Aufforderung durch das Arbeitsgericht erfolgte, ist nicht zu beanstanden, da der Kläger der Auflage des Arbeitsgerichtes nachkommen wollte. Soweit die Angaben zunächst widersprüchlich gewesen sind, hat sich dieser Widerspruch - wie bereits dargelegt - durch die vorgelegten Unterlagen aufgeklärt. 136

ee)Damit fehlte es bis zum 13.01.2015 an einem durchsetzbaren Anspruch des Klägers (vgl. BAG v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85, juris). Allerdings muss das Zurückbehaltungsrecht, um Rechtswirkungen entfalten zu können, ausgeübt werden. Dem Gläubiger muss deutlich gemacht werden, aufgrund welcher Gegenforderung die Leistung vorläufig nicht erbracht wird. Die Geltendmachung muss entweder ausdrücklich erklärt oder durch schlüssiges 137

Verhalten deutlich gemacht werden. Insoweit hat der Schuldner dem Gläubiger unter Angabe konkreter Gründe mitzuteilen, aufgrund welcher konkreter Gegenforderung er sein Zurückbehaltungsrecht ausübe (BAG v. 13.03.3008 - 2 AZR 88/07, AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969). Zudem muss das Zurückbehaltungsrecht entsprechend Treu und Glauben ausgeübt werden.

Daran bestehen hier keine Bedenken. Die Beklagte hat das Zurückbehaltungsrecht bereits am 12.09.2012 ausgeübt. 138

5.Auf die zu beanspruchende Karenzentschädigung muss sich der Kläger nichts anrechnen lassen. Denn unter Einrechnung seines anderweitig erzielten Verdienstes erreichen seine Bezüge nicht die Anrechnungsgrenze von 110%. Insbesondere hat der Kläger auch nicht böswillig die anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft unterlassen. 139

a)Der Arbeitnehmer unterlässt eine anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft böswillig, wenn er eine ihm mögliche und nach den gesamten Umständen zumutbare Tätigkeit nicht aufnimmt (BAG v. 14.09.2011 - 10 AZR 198/10, juris). In diesem Fall muss er sich nach den gesetzlichen Bestimmungen fiktive Bruttobezüge anrechnen lassen. An die Böswilligkeit sind allerdings wegen der Freiheit der Arbeitsplatzwahl hohe Anforderungen zu stellen. Eine Böswilligkeit scheidet daher bereits dann aus, wenn der Arbeitnehmer für den von ihm gewählten Berufsweg vernünftige Gründe hat. Der Arbeitnehmer muss seinen Berufsweg auch nicht an den finanziellen Interessen seines früheren Arbeitgebers ausrichten und kann daher mit guten Gründen eine besser dotierte Stelle ablehnen und eine schlechter dotierte Stelle annehmen (Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 801). 140

Die Nichtaufnahme einer Tätigkeit bei der Konzernmutter der Beklagten in Israel ist von vornherein kein böswilliges Unterlassen. Der Kläger kann sich frei entscheiden, wo er seinen Lebensmittelpunkt wählt. Dies ist von der Beklagten hinzunehmen. 141

Es existieren auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass er vor dem 01.07.2012 eine Tätigkeit hätte antreten können. Die Beklagte spekuliert erneut ohne ausreichende Tatsachengrundlage. Es ist an der Beklagten, ihren tatsachenarmen Sachvortrag zu substantiieren. (vgl. etwa BAG v. 13.02.1996 - 9 AZR 931/94, juris). 142

b)Die anzurechnende Vergütung des Klägers erreicht in keinem Monat die Anrechnungsgrenze des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB. 143

aa)Gemäß § 3 Abs. 9 der Änderungsvereinbarung vom 05./12.10.2012 i. V. m. § 74c HGB hat der Kläger sich auf die Karenzentschädigung dasjenige anrechnen zu lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, soweit die Entschädigung unter Hinzurechnung dieses Betrags den Betrag der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als ein Zehntel übersteigen würde. Der Bezugspunkt ist also als Obergrenze ein Übersteigen der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als ein Zehntel. Die zuletzt bezogene vertragsmäßige Vergütung ist mit 15.399,33 € berechnet worden, oben 1). Damit beträgt die zu überschreitende Obergrenze, ab der eine Anrechnung erfolgt, 16.939, 26 €. 144

bb)In keinem Monat erreichen die Einkünfte des Klägers die Obergrenze von 16.939,26 €. 145

(1)Für die Monate April und Mai 2012 kann offen bleiben, ob das Arbeitslosengeld in Höhe von jeweils 2.031,30 € angerechnet werden muss. Denn selbst unter Einbeziehung dieser 146

Werte wird die Anrechnungsschwelle in keinem Fall erreicht.

Die Einkünfte des Klägers aus der Karenzentschädigung betragen 10.009,56 €, das Arbeitslosengeld 2.031,30 €. Insgesamt errechnen sich damit 12.040,86 €, also ein Wert unterhalb von 16.939, 26 €. Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitgeber allenfalls den tatsächlichen Auszahlungsbetrag des Arbeitslosengeldes, nicht aber einen fiktiv aus dem Arbeitslosengeld hochgerechneten Bruttobetrag anrechnen kann (BAG v. 14.09.2011 - 10 AZR 198/10, juris). 147

(2)Für Juni 2012 errechnet sich ebenfalls ein Wert unterhalb der Obergrenze, weil das gezahlte Arbeitslosengeld nicht anzurechnen ist. 148

Die Karenzentschädigung beträgt 10.009,56 €. 149

Der Kläger war im Juni 2012 als Trainee bei der F. Energie GmbH tätig. Hierfür erhielt er nachträglich im November 2014 von der F. Enterprises Limited jedoch einen Betrag in Höhe von 5.000,00 €. Diesen Betrag muss sich der Kläger anrechnen lassen. 150

Der Kläger erhielt im Juni 2012 zudem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.031,30 €. Wäre das Arbeitslosengeld anzurechnen, errechneten sich Einkünfte in Höhe von 17.040,86 € (10.009,56 € + 2.031,30 € + 5.000,00 €). Da die Anrechnungsgrenze 16.939,26 € beträgt, müsste ein Wert in Höhe von 101,60 € berücksichtigt werden. 151

Indes handelt es sich beim Arbeitslosengeld nicht um einen Erwerb aus der Verwertung der Arbeitskraft. 152

Erwerb aus der Verwertung der Arbeitskraft sind alle geldwerten Leistungen zur Abgeltung der Arbeitsleistung (BAG v. 14.09.2011 - 10 AZR 198/10, juris; BAG v. 16.11.2005 - 10 AZR 152/05, juris; BAG v. 07.11.1989 - 3 AZR 796/87, juris; BAG v. 13.11.1975 - 3 AZR 38/75, juris). 153

Davon ist zunächst die unmittelbare Erzielung von Entgelt für die Erbringung von Arbeitsleistungen, in der Regel im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsvertrages, umfasst. Aber auch Einkommen aus selbständiger Tätigkeit ist anrechenbar. Denn in beiden Fällen handelt es sich um den Ertrag aus persönlichem Arbeitseinsatz, der erst durch die Beendigung des vorherigen Arbeitsverhältnisses möglich geworden ist (BAG v. 14.09.2011 - 10 AZR 198/10, juris; BAG v. 16.11.2005 - 10 AZR 152/05, juris; BAG v. 07.11.1989 - 3 AZR 796/87, juris; BAG v. 13.11.1975 - 3 AZR 38/75, juris; LAG Köln v. 30.01.2014 - 13 Sa 744/13, juris). 154

Entscheidend ist also die Verknüpfung der erzielten Einkunft mit der Verwertung der Arbeitskraft, sei es im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit oder einer abhängigen Beschäftigung. Sie muss das Ergebnis eines persönlichen Arbeitseinsatzes sein, der gerade durch die Beendigung des vorhergehenden Arbeitsverhältnisses möglich geworden ist (vgl. auch BAG v. 16.11.2005 - 10 AZR 152/05, juris; LAG Köln v. 30.01.2014 - 13 Sa 744/13, juris). 155

Der Bezug von Arbeitslosengeld beruht indes nicht auf der Verwertung der Arbeitskraft. Arbeitslosengeld ist ein Lohnersatz und wird von der Solidargemeinschaft der Versicherten und der Wirtschaft als Sozialleistung aufgebracht; diese ist nicht Gegenleistung verwerteter, also tatsächlich erbrachter Arbeit (so auch LAG Köln v. 30.01.2014 - 13 Sa 744/13, juris). 156

157

Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht zum Rechtszustand vor Inkrafttreten von § 128a AFG angenommen, dass durch die den § 74 ff. HGB nachfolgende Einführung einer dem Arbeitslosengeld ähnlichen Leistung durch die Verordnung über Erwerbslosenfürsorge vom 13.11.1918 (RGBl. S. 1305) sowie der Arbeitslosenversicherung durch das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16.07.1927 (RGBl. S. 187) nachträglich eine Regelungslücke entstanden sei, die zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen durch entsprechende Anwendung des § 74c Abs. 1 HGB bei Bezug von Arbeitslosengeld geschlossen werden müsse. Beziehe der zur Wettbewerbsunterlassung Verpflichtete ungekürzt Karenzentschädigung und Arbeitslosengeld, so habe er sonst bei einer den Mindestbetrag des § 74 Abs. 2 HGB übersteigenden Karenzentschädigung höhere Einkünfte als ein Arbeitnehmer, der während der Karenzzeit einer nicht verbotenen Tätigkeit nachgehe (BAG v. 25.06.1985 - 3 AZR 305/83).

Zuletzt hat das Bundesarbeitsgericht diese Frage offen gelassen. Es hat in seiner Entscheidung v. 14.09.2011 - 10 AZR 198/10 allerdings folgendes ausgeführt: 158

"d) Durch Ergänzung von § 128a AFG um Satz 3 (Siebtes Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 20. Dezember 1985, BGBl. I S. 2484) ist die Anrechnung von Arbeitslosengeld auf die Karenzentschädigung gesetzlich geregelt worden. Der Arbeitnehmer musste sich das Arbeitslosengeld, das der Arbeitgeber der Bundesanstalt für Arbeit zu erstatten hatte, wie Arbeitsentgelt auf die Karenzentschädigung anrechnen lassen. Da die volle Erstattung von Arbeitslosengeld durch den Arbeitgeber verfassungswidrig war (BVerfG 10. November 1998 - 1 BvR 2296/96 und 1 BvR 1081/97 - BVerfGE 99, 202), wurde die gesetzliche Regelung (nunmehr § 148 SGB III) dahingehend geändert, dass der Arbeitgeber nur noch 30 % des Arbeitslosengelds zu erstatten hatte (Gesetz zur Neuregelung der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt vom 21. Dezember 2000, BGBl. I S. 1971). § 148 Abs. 1 Satz 2 SGB III bestimmte weiterhin, dass der Arbeitnehmer sich den Teil des Arbeitslosengelds, den der Arbeitgeber erstattet hatte, auf die Entschädigung für die Wettbewerbsbeschränkung anrechnen lassen musste. Durch die Abzugsmöglichkeit sollte die Doppelbelastung des erstattungspflichtigen Arbeitgebers vermieden werden. § 148 SGB III ist zum 1. Januar 2004 ersatzlos aufgehoben worden (Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003, BGBl. I S. 2848), weil dem erheblichen Verwaltungsaufwand der Arbeitsverwaltung nur eine geringe Zahl von tatsächlichen Erstattungsfällen gegenüberstand (BT-Drucks. 15/1515 S. 88). 159

e) Nach der Aufhebung von § 148 SGB III ist nach verbreiteter Auffassung (vgl. Weber in Großkomm. HGB 5. Aufl. § 74c Rn. 11; ErfK/Oetker 11. Aufl. § 74c HGB Rn. 4; Bauer/Diller Wettbewerbsverbote 5. Aufl. Rn. 532; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene 3. Aufl. § 74c Rn. 11) die bis zum Inkrafttreten des § 128a Satz 3 AFG vorhandene Regelungslücke wieder entstanden, sodass § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB bei Bezug von Arbeitslosengeld wieder entsprechend anzuwenden sein soll. Die Aufhebung der Anrechnungsregelung des § 148 Abs. 1 Satz 2 SGB III sei im Zusammenhang mit der Erstattungspflicht des Arbeitgebers zu sehen und nur ihre konsequente Folge (Weber aaO). Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage der Anrechnung bisher offengelassen (BAG 16. November 2005 - 10 AZR 152/05 - Rn. 20, AP HGB § 74c Nr. 21 = EzA HGB § 74c Nr. 35; 23. November 2004 - 9 AZR 595/03 - zu A II der Gründe, BAGE 112, 376). 160

f) Es ist zweifelhaft, ob es nach der Aufhebung von § 148 SGB III noch eine gesetzliche Grundlage für die Anrechnung von Arbeitslosengeld auf die Karenzentschädigung gibt. Die Annahme einer erneuten "planwidrigen" Regelungslücke begegnet Bedenken, weil eine 161

bestehende gesetzliche Anrechnungsbestimmung aufgehoben worden ist. Dies gilt umso mehr, als nach § 148 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 1 SGB III nur 30 % des Arbeitslosengelds angerechnet werden konnten und die Schließung einer vermeintlichen Regelungslücke durch analoge Anwendung von § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB nunmehr zu einer vollen Anrechnung führen würde.

Dem Gesetzgeber obliegt, das Verhältnis von Arbeitslosengeld und Karenzentschädigung zu regeln und gegebenenfalls Obergrenzen vorzusehen. Er kann die Solidargemeinschaft der Versicherten entlasten und die Anrechnung von Karenzentschädigung auf den Bezug von Arbeitslosengeld im Rahmen von Obergrenzen bestimmen oder er kann den vormaligen Arbeitgeber entlasten und die Anrechnung von Arbeitslosengeld auf die Karenzentschädigung regeln. Denkbar ist auch, von einer Anrechnung grundsätzlich abzusehen. Der Arbeitnehmer, der sich des Wettbewerbs enthält, erbringt seine vertraglich geschuldete Leistung und hat deshalb Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung. Wertungswidersprüche zu § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Satz 1 Nr. 3 KSchG müssen dabei nicht entstehen, weil vertragliche Situation und Interessenlage gegenüber dem Fall des Annahmeverzugs nicht deckungsgleich sind. Bei Bezug von Arbeitslosengeld während des Annahmeverzugs geht der Vergütungsanspruch nach § 115 SGB X auf die Agentur für Arbeit über; der Arbeitnehmer behält seine vertraglich gesicherte Position. Nach Ablauf eines Wettbewerbsverbots trägt der arbeitslose Arbeitnehmer dagegen das Risiko, einen adäquaten Arbeitsplatz zu finden. Dieses Risiko besteht nicht, wenn er während der Dauer des Wettbewerbsverbots einer erlaubten Arbeit nachgeht. In diesem Fall ist der anderweitige Verdienst allerdings nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB anzurechnen; hierdurch wird eine Übersicherung des Arbeitnehmers durch den Bezug von Karenzentschädigung, obwohl er wegen des Wettbewerbsverbots keine beruflichen Nachteile erleidet, vermieden (vgl. BGH 28. April 2008 - II ZR 11/07 - Rn. 5, DB 2008, 1558; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene § 74c Rn. 2)." 162

Das Berufungsgericht vertritt - wie das Arbeitsgericht - im Anschluss an das Bundesarbeitsgericht die Auffassung, dass eine "planwidrige" Regelungslücke nach Aufhebung des § 148 SGB III nicht mehr angenommen werden kann und es nunmehr dem Gesetzgeber obliegt, das Verhältnis von Arbeitslosengeld und Karenzentschädigung zu regeln und gegebenenfalls Obergrenzen vorzusehen (ebenso: LAG Köln v. 30.01.2014 - 13 Sa 744/13, juris). 163

(3)Der Kläger muss sich für Juli bis Dezember 2012 ebenfalls keinen Betrag anrechnen lassen, weil seine Einkünfte aus der anderweitigen Verwertung seiner Arbeitskraft auf Grundlage des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB die Anrechnungsobergrenze nicht erreichen. 164

Der Kläger bezog bei der F. Energie GmbH ein monatliches festes Arbeitsentgelt in Höhe von 4.166,66 € brutto nebst einem monatlichen geldwerten Vorteil für das Jobticket in Höhe von 54,38 € sowie von der F. Enterprises Limited einen als Bonus bezeichneten weiteren monatlichen Betrag in Höhe von 2.500,00 €. Zuzüglich der Karenzentschädigung in Höhe von 10.009,56 € errechnen sich Einkünfte in Höhe von 16.730.30 €, also ein Wert der unterhalb der Anrechnungsgrenze des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB in Höhe von 16.939,26 € liegt. 165

(4)Im Jahr 2013 ist die Anrechnungsgrenze gleichfalls nicht überschritten worden. 166

Der Kläger bezog bei der F. Energie GmbH ein monatliches festes Arbeitsentgelt in Höhe von 4.166,66 € brutto nebst einem monatlichen geldwerten Vorteil für das Jobticket in Höhe von 56,29 € sowie von der F. Enterprises Limited einen als Bonus bezeichneten weiteren monatlichen Betrag in Höhe von 2.500,00 €. Er erhielt von der F. Energie GmbH zudem ein 167

Weihnachtsgeld in Höhe von 500,00 € brutto. Dieses ist auf die einzelnen Monate umzulegen (Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 820) und beträgt monatlich 41,67 € brutto. Zuzüglich der Karenzentschädigung in Höhe von 10.009,56 € errechnen sich Einkünfte in Höhe von 16.774,18 €, also ein Wert der wiederum unterhalb der Anrechnungsgrenze des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB in Höhe von 16.939,26 € liegt.

(5)Nichts anderes gilt für das Jahr 2014. Auch hier ist die Anrechnungsgrenze des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB nicht überschritten worden. 168

Der Kläger bezog bei der F. Energie GmbH ein monatliches festes Arbeitsentgelt in Höhe von 4.166,66 € brutto nebst einem monatlichen geldwerten Vorteil für das Jobticket in Höhe von 58,39 € sowie von der F. Enterprises Limited einen als Bonus bezeichneten weiteren monatlichen Betrag in Höhe von 2.500,00. Zuzüglich der Karenzentschädigung in Höhe von 10.009,56 € errechnen sich Einkünfte in Höhe von 16.734,61 €, also ein Wert der erneut unterhalb der Anrechnungsgrenze des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB in Höhe von 16.939,26 € liegt. 169

II.Der Zinsanspruch folgt aus § 286, 288 Abs. 1 BGB. Die Karenzentschädigung war zwar jeweils monatlich nachschüssig fällig. Der Kläger hat - wie bereits unter Ziffer 1) dargelegt, seine Auskunftsansprüche zunächst nicht ordnungsgemäß erfüllt. Erst durch die umfangreiche Auskunftserteilung und Übermittlung von Unterlagen im Kammertermin am 13.01.2015 ist der Kläger seiner Verpflichtung nachgekommen. Die Beklagte hat sich - wie dargestellt - auch wirksam auf ihr Zurückbehaltungsrecht berufen. 170

Erst am 13.01.2015 ist die Auskunft umfassend erteilt und das bestehende Zurückbehaltungsrecht beendet worden. Erst danach war die Beklagte zur Zahlung der Karenzentschädigung an den Kläger verpflichtet. 171

Da es sich bei der Beendigung des Zurückbehaltungsrechtes um ein Ereignis nach § 187 Abs. 1 BGB handelt, bei dem der Ereignistag nicht mitgerechnet wird, war die Zinszahlung ab dem Folgetag, dem 14.01.2015 auszuurteilen. 172

III.Der Kläger hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Erteilung eines von der T. Telemedicin ausgestellten Referenzschreibens auf Englisch und Hebräisch. 173

Darauf hat das Arbeitsgericht ebenfalls bereits zutreffend hingewiesen. Die erkennende Kammer folgt insoweit den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Der Kläger hat zweitinstanzlich zur Verpflichtung der Beklagten keine Tatsachen vorgetragen, die Anlass zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geben. Insoweit meint der Kläger lediglich, dass Anspruchsgegnerin die Beklagte sei, weil sie sich in Ziffer 7 des gerichtlichen Vergleiches zur Erstellung nicht nur des Zeugnisses, sondern auch des Referenzschreibens verpflichtet habe. Diese Konstruktion sei gerade deshalb gewählt worden, weil die Muttergesellschaft nicht Partei der Vereinbarung gewesen sei. Damit verkennt der Kläger allerdings den Inhalt der getroffenen Vereinbarung. 174

a)Grundsätzlich sind Verträge gemäß § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (BAG v. 175

22.07.2014 - 9 AZR 1066/12, juris; BAG v. 25.04.2013 - 8 AZR 453/12, juris; BAG v. 02.07.2009 - 3 AZR 501/07, DB 2009, 1939; BAG v. 17.01.2008 - 2 AZR 902/06, NZA 2008, 872; BAG v. 13.12.2006 - 10 AZR 787/05, NZA 2007, 408; BAG v. 20.09.2006 - 10 AZR 770/05, AP Nr. 41 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag). Die Auslegung hat trotz des in § 133 BGB enthaltenen Verbotes der Buchstabeninterpretation vom Wortlaut auszugehen. Maßgebend ist im Zweifel der allgemeine Sprachgebrauch. Nach der Ermittlung des Wortsinns sind in einem zweiten Schritt die Begleitumstände heranzuziehen, insbesondere die Entstehungsgeschichte sowie die Äußerungen der Parteien sowie Interessenlage und Zweck. Geboten ist eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt (BAG v. 22.07.2014 - 9 AZR 1066/12, juris; BAG v. 02.07.2009 - 3 AZR 501/07, DB 2009, 1939; BAG v. 13.11.2007 - 3 AZR 636/06, AP Nr. 50 zu § 1 BetrAVG; BGH v. 13.07.2007 - IV ZR 330/05, NJW 2007, 2320; Palandt-Heinrichs, § 133 BGB Rdnr.14 ff; MüKo/Bussche, § 133 Rz. 60).

Auslegungsziel ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen also nicht der innere Wille des Erklärenden, sondern das, was der Adressat nach seinem Empfängerhorizont als Willen des Erklärenden verstehen konnte (BAG v. 24.09.2014 - 5 AZR 611/12, juris; BAG v. 22.07.2014 - 9 AZR 1066/12, juris; BAG v. 11.07.2007 - 7 AZR 501/06 - juris, Rn. 36). Zu würdigen sind neben dem Wortlaut der Erklärung auch alle Begleitumstände, die dem Erklärungsempfänger bekannt waren und die für die Frage erheblich sein können, welchen Willen der Erklärende bei Abgabe der Erklärung hatte (BAG v. 24.09.2014 - 5 AZR 611/12, juris; BAG v. 20.06.2013 - 6 AZR 805/11 - juris, Rn. 14). 176

Der Inhalt von Willenserklärungen ist nach §§ 133, 157 BGB objektiv unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nach der Sicht des Empfängers zu bestimmen. Das gilt auch für die Frage, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt (BAG v. 22.07.2014 - 9 AZR 1066/12, juris; BAG v. 09.07.2003 - 10 AZR 564/02, juris; BAG v. 09.11.1999 - 9 AZR 922/98, juris). Das Gericht muss die von den Parteien für und gegen die Auslegung geltend gemachten Umstände abwägen. Im Urteil ist nachvollziehbar darzulegen, aus welchen Gründen das Gericht zu seinem Ergebnis gelangt ist. Der in der auszulegenden Erklärung oder in dem auszulegenden Verhalten verkörperte rechtlich maßgebliche Wille ist zu ermitteln. Lässt sich dabei ein übereinstimmender Wille der Parteien feststellen, so ist dieser allein maßgeblich, auch wenn er in einer Vereinbarung nur einen unvollkommenen oder gar keinen Ausdruck gefunden hat. Das übereinstimmend Gewollte hat Vorrang vor dem insoweit falsch oder nicht ausdrücklich Erklärten. Kann eine solche Feststellung nicht getroffen werden, so sind die jeweiligen Erklärungen oder das Verhalten der Vertragsparteien jeweils aus der Sicht des Erklärungsempfängers so auszulegen, wie er sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen durfte und musste. Bei dieser Auslegung sind alle den Parteien erkennbaren Begleitumstände, die für den Erklärungsinhalt von Bedeutung sein können, zu berücksichtigen. Hierzu gehören vornehmlich die Entstehungsgeschichte, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss, ihre Interessen und der Zweck einer Abmachung (BAG v. 09.07.2003 - 10 AZR 564/02, juris). 177

b)Auf dieser Grundlage ist nicht ersichtlich, dass für die Beklagte in der Vereinbarung vom 09.03.2012 hinsichtlich des Referenzschreibens eine eigene einklagbare Verpflichtung begründet worden ist. Im Eingangssatz von Ziffer 7 des Vergleiches ist zunächst eine ausdrückliche Verpflichtung der Beklagten hinsichtlich des Zeugnisses begründet worden. Denn dort findet sich die Formulierung: "Die Beklagte erteilt dem Kläger ein Zwischen- und Abschlusszeugnis ". Der Begriff "erteilen" zielt auf eine eigene Pflicht. Demgegenüber erfolgt nach dem durch "und" abgetrennten weiteren Hauptsatz eine eigene prädikative Weiterung. 178

Denn statt "erteilt" enthält dieser Hauptsatz die Formulierung, dass die Beklagte "Sorge dafür tragen" wird, dass ein Empfehlungsschreiben erteilt werde. Die Einschränkung ist also gerade bei dem Wort "erteilt" zu sehen, weil die Beklagte nicht die "Erteilung" übernommen hat, sondern nur, dafür Sorge zu tragen, dass ein Dritter - hier die Gesellschafterin - ein entsprechendes Empfehlungsschreiben erteilt. Die Verpflichtung der Beklagten umfasste also nicht die Erteilung, die ihr - worauf die Beklagte zutreffend hingewiesen hat - schon rechtlich unmöglich wäre. Gerade weil die rechtliche Konstruktion von den Parteien erkannt worden ist, ist ein "weniger" als Verpflichtung begründet worden. Die Beklagte soll lediglich "Sorge tragen". Dies ist gleichbedeutend mit "sich um etwas kümmern, veranlassen". Genau darin liegt der entscheidende Unterschied zur eigenen Verpflichtung. Erkennbar für den Kläger konnte die Beklagte das Schreiben nicht erstellen. Sie sollte deshalb bei der Beklagten veranlassen, dass ein entsprechendes Schreiben erteilt wird. Dies begründet keine eigene Verpflichtung, sondern ein Herantreten an die Muttergesellschaft mit der Bitte, das Schreiben zu erteilen. Dass die Beklagte dies nicht erfüllt hat, ist zu einen nicht ersichtlich, zum anderen auch gar nicht Streitgegenstand. Eine eigene Verpflichtung das Schreiben erstellen ist jedenfalls nicht begründet worden.

II. 179

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 92 ZPO. Danach sind die Kosten bei teilweisem Erfolg eines Rechtsmittels grundsätzlich nach dem Anteil des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen. 180

III. 181

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht liegen vor. Die Kammer ist der Auffassung, dass dem Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dies betrifft die Frage der Anrechnung des Arbeitslosengeldes auf die Karenzentschädigung sowie der Umfang der Auskunftspflichten des Arbeitnehmers auf Grundlage des § 74 c Abs. 2 HGB. Damit besteht der Revisionsgrund des § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. 182

RECHTSMITTELBELEHRUNG 183

Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien 184

R E V I S I O N 185

eingelegt werden. 186

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich oder in elektronischer Form beim 187

Bundesarbeitsgericht 188

Hugo-Preuß-Platz 1 189

99084 Erfurt 190

Fax: 0361-2636 2000 191

eingelegt werden. 192

193

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen: 194

1.Rechtsanwälte, 195

2.Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder, 196

3.Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. 197

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben. 198

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten. 199

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen. 200

* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden. 201

Dr. UlrichMülleneisenIffländer 202

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE