Landesarbeitsgericht Köln, 4 Sa 416/21

Datum:	13.09.2022
Gericht:	Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper:	4. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 Sa 416/21
ECLI:	ECLI:DE:LAGK:2022:0913.4SA416.21.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Siegburg, 3 Ca 2451/20
Nachinstanz:	Bundesarbeitsgericht, 8 AZN 640/22
Schlagworte:	Karenzentschädigung, Mandantenschutzklausel, anzurechnender anderweitiger Erwerb, Verwirkung
Normen:	§ 110 GewO, § 74 b Abs. 2 HGB, § 74 c Abs. 1 S. 1 HGB, § 74 c Abs. 2 HGB
Sachgebiet:	Arbeitsrecht
Leitsätze:	Einzelfallentscheidung zum Anspruch auf Karenzentschädigung

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Siegburg vom 16.06.2021 – 3 Ca 2451/21 - wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Zahlung einer Karenzentschädigung.

Die Klägerin war bei der Beklagten auf der Grundlage des „Mitarbeitervertrages“ vom 19.10.2015 im Zeitraum vom 01.10.2015 bis zum 30.09.2017 zu einem monatlichen Bruttoentgelt i.H.v. 4.000 € als angestellte Rechtsanwältin beschäftigt. Aufgrund der Vorlage

von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch die Klägerin für den Zeitraum ab dem 28.04.2017 zahlte die Beklagte an die Klägerin Entgeltfortzahlung. Ab dem 09.06.2017 erhielt die Klägerin Krankengeld. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung der Beklagten vom 19.06.2017.

Der Mitarbeitervertrag enthielt folgende Vereinbarungen: 4

„§ 11 Nebentätigkeit 5

Der Arbeitgeber gestattet der Arbeitnehmerin, aus vorangegangener freiberuflicher Tätigkeit bei anderen Rechtsanwälten eventuell noch bestehende Mandate abzuwickeln, soweit die vertraglich vereinbarte Tätigkeit dadurch nicht beeinträchtigt wird. Ab Vertragsbeginn bedürfen die Übernahme neuer freiberuflicher Mandate und anderweitiger Nebentätigkeiten der jeweiligen Einwilligung des Arbeitgebers. … 6

§ 12 Mandantenschutz 7

Die Arbeitnehmerin verpflichtet sich, für die Dauer von zwei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Anstellungsverhältnis keine Tätigkeit – sei es freiberuflich oder als Angestellter eines anderen Berufsangehörigen – für solche Auftraggeber auszuüben, welche innerhalb der letzten drei Jahre vor ihrem Ausscheiden zur Mandantschaft des Arbeitgebers gehört haben. 8

Während der Dauer des Wettbewerbsverbotes erhält die Arbeitnehmerin eine Karenzentschädigung, die für jedes Jahr des Verbotes die Hälfte der von der Arbeitnehmerin zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistungen beträgt. 9

…“ 10

Vom 01.10.2017 bis zum 30.09.2019 übte die Klägerin entsprechend der arbeitsvertraglichen Vereinbarung keinerlei Tätigkeit für Auftraggeber aus, die innerhalb der letzten drei Jahre vor ihrem Ausscheiden zur Mandantschaft der Beklagten gehörten. 11

Im Oktober 2017 bezog die Klägerin Krankengeld in Höhe von kalendertäglich 70,77 € brutto. Im November 2017 erhielt sie vom 01. bis zum 12.11.2017 insgesamt 849,24 € Krankengeld sowie vom 13. bis zum 30.11.2017 Vergütung i.H.v. 2.520,00 € brutto und hatte somit Einkünfte i.H.v. 3.369,24 €. Im Dezember 2017 erhielt sie Vergütung i.H.v. 4.240,00 €, im Januar und Februar 2018 jeweils Vergütung i.H.v. 4.200,00 €, im März 2018 eine Vergütung oberhalb von 4.400,00 € brutto. Im April 2018 erhielt die Klägerin für den Zeitraum vom 01. bis zum 11.04.2018 Vergütung i.H.v. 2.539,13 € brutto sowie für den Zeitraum vom 12. bis zum 30.04.2018 wiederum Krankengeld i.H.v. 76,52 € täglich, mithin insgesamt 1.453,88 € und somit insgesamt im April 2018 3.993,01 €. In den Monaten Mai bis Juli 2018 bezog sie Krankengeld i.H.v. 76,52 € täglich, mithin 2.295,60 € monatlich, in den Monaten August bis November 2018 hingegen eine Vergütung oberhalb von 4.400,00 € brutto. Im Zeitraum von Dezember 2018 bis September 2019 erhielt die Klägerin jeweils monatlich 2.139,90 € Krankengeld. Die Klägerin hat diesbezüglich Bescheinigungen der Krankenkasse sowie Gehaltsabrechnungen vorgelegt. 12

Zudem übte die Klägerin in geringem Umfang bereits vor Beginn des Arbeitsverhältnisses bis auch über den Karenzzeitraum hinaus eine freiberufliche Tätigkeit als Rechtsanwältin aus. Die von der Klägerin aufgrund des Auskunftsverlangens der Beklagten vorgelegten Einkommenssteuerbescheide – nebst der jeweiligen Anlagen EÜR der 13

Steuererklärungen - weisen für das Jahr 2017 aus der selbstständigen Arbeit einen Verlust i.H.v. 2.202 €, für das Jahr 2018 einen Verlust i.H.v. 2.036 € und für das Jahr 2019 einen Verlust i.H.v. 979 € aus.

Die Klägerin ist der Auffassung, einen Anspruch auf Zahlung von Karenzentschädigung für den Zeitraum von Oktober 2017 bis September 2019 und zwar für die Monate Oktober 2017, Mai, Juni, Juli und Dezember 2018 sowie Januar bis September 2019 jeweils in Höhe von 2.000 € sowie für November 2017 in Höhe von 1.030,76 €, für Dezember 2017 in Höhe von 160,00 €, für Januar und Februar 2018 jeweils in Höhe von 200,00 € sowie für April 2018 in Höhe von 406,99 € gegen die Beklagte zu haben, die sie mit am 30.12.2020 beim Arbeitsgericht eingegangener Klage geltend gemacht hat. 14

Die Klägerin hat zu ihrer freiberuflichen Tätigkeit als Rechtsanwältin angegeben, lediglich im Januar 2019 aus einem im Jahr 2013 betreuten Mandat aufgrund späterer Rechnungsstellung 1.193,78 € eingenommen, jedoch insgesamt in 2019 einen Verlust i.H.v. 979 € gehabt. Weitere Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit habe sie nicht erzielt. 15

Die Klägerin hat beantragt, 16

die Beklagte zu verurteilen, an sie 29.997,75 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.01.2021 zu zahlen. 17

Die Beklagte hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Klageforderung nicht fällig sei, da die Klägerin nicht die ihr obliegende Einkommensauskunft gemäß § 74c Abs. 2 HGB erteilt habe. Sie hat sich insofern auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB und hilfsweise auf ihr Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB berufen. Sie hat die Klägerin aufgefordert, über ihre Einkünfte im Zeitraum vom 01.10.2017 bis 30.9.2019 lückenlos und vollständig Auskunft zu erteilen und die Auskunft durch Vorlage geeigneter Dokumente zu belegen. Insbesondere seien die zu ihrer selbstständigen Nebentätigkeit vorgelegten Einkommenssteuerbescheide nicht vom Finanzamt überprüft worden, sondern beruhten alleine auf ihren Angaben. 20

Die Beklagte hat des Weiteren die Auffassung vertreten, dass der Klageanspruch verwirkt sei. Die erst nach 3 1/4 Jahren erfolgte, völlig ankündigungslose Geltendmachung von Karenzentschädigung durch die Klägerin sei als grob illoyale Verspätung einzustufen, die zur Verwirkung des Klageanspruchs führe. Die Klägerin habe in voller Kenntnis der Sach- und Rechtslage den gesamten Verwirkungstatbestand sowohl hinsichtlich des Zeitmoments als auch hinsichtlich des Umstandsmoments bewusst und planmäßig herbeigeführt. Aufgrund der erfolgreichen Absolvierung des Lehrgangs zur Fachanwältin für Arbeitsrecht habe sie besondere Kenntnisse im Arbeitsgericht nachgewiesen und ihr sei es selbstverständlich vom ersten Tag ihres Ausscheidens an bekannt gewesen, dass und in welcher Höhe sie – auf der Basis der von ihr vertretenen Rechtsauffassung – Karenzentschädigung beanspruchen habe können. Für die Zeit des Krankengeldbezuges habe sie allen Anlass gehabt, den Anspruch sofort, spätestens aber Anfang November 2017 zu erheben und nicht erst über drei Jahre später Ende Dezember 2020. Das jahrelange Schweigen sei umso verwunderlicher als sie sich stets sehr intensiv und penibel ihren arbeitsvertraglichen Ansprüchen gegen die Beklagte gewidmet habe, insbesondere in zwei zuvor gegen die Beklagte geführten Prozessen vor dem erstinstanzlichen Gericht. Sie habe damit bei der Beklagten den Vertrauenstatbestand 21

erzeugt, auch ihre vermeintlichen Ansprüche auf Karenzentschädigung sofort nach Fälligkeit penibel zu prüfen und zu berechnen sowie sie umgehend sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich geltend zu machen. Demgemäß habe die Beklagte im genannten Zeitraum über die jetzt eingeklagten 30.000 € anderweitig disponiert. Zudem könne sie im Nachhinein nicht mehr nachprüfen, ob die Klägerin in der Zeit des Krankengeldbezuges tatsächlich krank gewesen sei und inwieweit sie es böswillig nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis unterlassen habe, eine Ersatzanstellung zu suchen. Die Beklagte hat behauptet, dies sei der Fall gewesen, zumal die Klägerin in dieser Zeit Einnahmen aus der selbstständigen Tätigkeit habe erzielen können. Das erste Arbeitsverhältnis im streitgegenständlichen Zeitraum habe geendet, da die Klägerin mangelhaft gearbeitet habe und auch im zweiten Arbeitsverhältnis habe sie mangelhaft und langsam gearbeitet, da sie in dem geforderten Rechtsgebiet nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt habe. In dem Wissen darum habe sie sich dennoch auf die Stelle beworben.

Die Beklagte hat mit Nichtwissen bestritten, dass die Klägerin in den Zeiten, in denen sie Krankengeld bezog, tatsächlich krank gewesen sei und hat behauptet, die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum sei vorgetäuscht gewesen, zumal die Klägerin immer während der Zeit der Arbeitslosigkeit arbeitsunfähig gewesen sei. 22

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die von der Klägerin zuletzt gezahlten vertragsmäßigen Leistungen gemäß § 74 Abs. 2 HGB einen Betrag von 2.123,31 € brutto im Monat nicht überstiegen haben, da sie in den letzten vier Monaten ihres Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr das ursprünglich vereinbarte Gehalt von 4.000 € brutto im Monat, sondern Krankengeld in dieser Höhe erhalten habe. Alternativ sei das Bruttogehalt anzurechnen, das Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Krankengeldes im Zeitraum zwischen Dezember 2018 und September 2019 gewesen sei. Zudem sei das nur netto gezahlte Krankengeld von dem Abzug bei der Berechnung der Karenzentschädigung auf ein Bruttoentgelt umzurechnen, da nur so gleichartige Forderungen verglichen würden. Ansonsten würde ihr unter Verstoß gegen Art. 12 GG und Art. 14 GG ein Sonderopfer abverlangt, da die Karenzentschädigung nicht den Zweck habe, den Krankengeldanspruch aufzubessern und den ehemaligen Mitarbeiter besser zustellen, als wenn er gearbeitet hätte. 23

Mit Urteil vom 16.06.2021 hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben. Die Klägerin habe Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Karenzentschädigung aus § 12 des Arbeitsvertrages. Die zuletzt, d. h. vor dem Ende der Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, von der Klägerin bei der Beklagten bezogene Vergütung habe monatlich 4.000 € brutto betragen und sei nicht das vor dem Ausscheiden bezogene Krankengeld gewesen. Die Klägerin habe die geltend gemachte Karenzentschädigung für die einzelnen Monate nach der Maßgabe des § 74c Abs. 1 HGB zutreffend berechnet. Soweit sie Krankengeld bezogen habe, sei dieses mit dem tatsächlich geflossenen Betrag anzurechnen und nicht auf einen Arbeitsverdienst hochzurechnen, der einen dem Netto-Krankengeld in der Höhe entsprechenden Nettoverdienst zur Folge hätte. Auch sei kein böswilliges Unterlassen eines anderweitigen Verdienstes erkennbar, der zusätzlich auf die Karenzentschädigung angerechnet werden könne. Die Klägerin habe entweder gearbeitet oder sie sei arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Letzteres ergebe sich bereits aus der Tatsache des Krankengeldbezuges, der durch Bescheinigungen der Krankenkasse der Klägerin belegt worden sei, woraus sich ergebe, dass die Klägerin von einem Arzt für arbeitsunfähig befunden worden sein müsse. Tatsachen, die diesen ärztlichen Befund in Zweifel ziehen könnten, habe die Beklagte nicht dargetan. Aus der selbstständigen Tätigkeit der Klägerin sei 24

ebenfalls kein Verdienst anzurechnen, da ausweislich der vorgelegten Einkommenssteuerbescheide ein Gewinn hiermit nicht erzielt worden sei. Anhaltspunkte für falsche Angaben der Klägerin seien von der Beklagten nicht im Ansatz dargetan. Die Beklagte könne der Zahlung kein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten. Die Klägerin habe die entsprechenden Auskünfte erteilt und belegt durch Vorlage von Entgeltabrechnungen bzw. durch eine entsprechende Bescheinigung der Krankenkasse. Auch belegen die vorgelegten Einkommenssteuerbescheide den als nebenbei tätige selbstständige Rechtsanwältin erzielten Verdienst ausreichend. Schließlich sei der Anspruch auf Karenzentschädigung auch nicht durch Verwirkung ausgeschlossen. Jedenfalls sei das Umstandsmoment nicht gegeben. Die Beklagte habe nicht dargetan, dass es ihr unzumutbar sei, den Anspruch zu erfüllen.

Gegen das ihr am 28.06.2021 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 13.07.2021 Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 28.09.2021 - am 27.09.2021 begründet. 25

Die Beklagte hält das Urteil des Arbeitsgerichts für rechtsfehlerhaft und wiederholt und vertieft ihr Vorbringen aus erster Instanz. Sie bestreitet weiterhin, dass die Klägerin während der Karenzzeit arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei, die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin durch wahrheitsgemäße und aufgrund fachlich vertretbarer und zutreffender ärztlicher Diagnosen erstellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgewiesen sei sowie die drei Bescheinigungen der Techniker Krankenkasse vom 30.12.2020 echt seien und den tatsächlichen Leistungsbezug zutreffend wiedergeben. Sie verweist darauf, dass nach der neuesten Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 8.9.2021 – 5 AZR 149/21) die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zum Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit nicht ausreiche, wenn ernsthafte Zweifel an der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit bestehen. Unter Beachtung der dort aufgestellten Grundsätze bestünden schon erhebliche und ernsthafte Zweifel daran, dass die Klägerin während der Karenzzeit zu den behaupteten Zeiten arbeitsunfähig gewesen sei. Die Gesamtschau der Krankschreibungen der Klägerin aus der Zeit zwischen dem 28.04.2017 und 30.09.2019 zeigten in frappierender Weise, dass die Klägerin immer dann „passgenau“ krank gewesen sei, wenn sie nicht gerade einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sei bzw. nachgehen habe wollen. 26

Die Beklagte ist der Auffassung, dass wenn die – ihrer Meinung nach - insoweit darlegungs- und beweispflichtige Klägerin die Krankheit nur vorgetäuscht habe, sie sowohl keine wahrheitsgemäße Auskunft erteilt als auch anderweitigen Erwerb böswillig unterlassen habe. Der Arbeitnehmer trage schon wegen der ihm obliegenden Auskunftspflicht die Darlegungslast für die von ihm behaupteten Krankheitszeiten. Insofern gelten die von der Rechtsprechung zur § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz entwickelten Grundsätze. Den Schreiben der Krankenkasse komme nicht der Beweiswert von AU-Bescheinigungen gemäß § 5 EFZG zu. Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Klage daher schon wegen durchgreifender Zweifel an den Krankheitszeiten der Klägerin während der Karenzzeit abzuweisen sei. 27

Die Beklagte ist weiterhin der Auffassung, dass der Klageanspruch verwirkt sei. Aus den besonderen Loyalitätspflichten der Klägerin in Bezug auf den streitgegenständlichen Karenzentschädigungsanspruch ergebe sich die vertragliche Nebenpflicht der Arbeitnehmerin, einen etwaigen Anspruch auf Karenzentschädigung zeitnah geltend zu machen. Im vorliegenden Streitfalle betrage der maximale Anspruch der Klägerin 48.000 €, die die Beklagte über drei Jahre lang bis zur Vollendung der Verjährung bilanziell zurückstellen und zugleich als Liquidität vorhalten müsse, ohne zu wissen, ob die 28

ausgeschiedene Arbeitnehmerin überhaupt einen Entschädigungsanspruch habe und diesen auch geltend mache. So würden wertvolle unternehmerische Finanzmittel blockiert, die ansonsten gewinnbringend eingesetzt werden könnten; das schade jedem Unternehmen unmittelbar. Andererseits sei ein berechtigtes Interesse der ausgeschiedenen Arbeitnehmerin, den ehemaligen Arbeitgeber über drei Jahre lang bezüglich des möglichen Karenzentschädigungsanspruch im Ungewissen zu lassen, nicht ersichtlich.

Des Weiteren erklärt die Beklagte die Aufrechnung mit einer behaupteten Gegenforderung i.H.v. 6.472,06 € nebst Zinsen. Sie behauptet diesbezüglich, dass die Klägerin sich die Lohnfortzahlung im Zeitraum 28.04.2017 bis 16.06.2017 durch eine vorgetäuschte „Erkrankung“ erschlichen habe und ist der Auffassung, dass die Klägerin daher nach den §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB und § 826 BGB der Beklagten zum Schadensersatz in Höhe der Gehaltsaufwendung für die angebliche Krankheitszeit verpflichtet sei. 29

Die Beklagte beantragt, 30

das Urteil des Arbeitsgerichts Siegburg vom 16.6.2021 – 3 Ca 2451/21 abzuändern und die Klage abzuweisen. 31

Die Klägerin beantragt, 32

die Berufung zurückzuweisen. 33

Die Klägerin verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts und wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Hinsichtlich des Verwirkungseinwandes der Beklagten verweist sie darauf, dass im Rahmen der kurzen dreijährigen Verjährungsfrist überhaupt nur in äußerst seltenen Ausnahmefällen ein Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Verwirkung möglich sei. Wenn aber bereits die Verjährungsfristen bei weitem nicht ausgeschöpft worden seien, sei für die Annahme einer Verwirkung schon von vornherein kein Raum mehr. Darüber hinaus lägen aber auch die konkreten Voraussetzungen einer Verwirkung nicht vor. Sie verweist weiterhin darauf, dass die Mandantenschutzklausel auf alleinigen Wunsch und nach einseitiger Vorgabe der Beklagten Bestandteil des Arbeitsvertrages geworden sei. Die Beklagte habe schließlich auch die vertraglich vereinbarte Gegenleistung der Klägerin dafür erhalten, nämlich das Unterlassen von Wettbewerb und damit den Schutz ihres Mandantenbestandes. Vor diesem Hintergrund sei es nicht nur treuwidrig, sondern auch widersinnig, sich jetzt darauf berufen zu wollen, dass die von der Beklagten selbst vorgegebene Klausel angeblich ihrem Geschäft schade. 34

Die Klägerin ist weiterhin der Auffassung, dass sie ihrer Auskunftspflicht im Hinblick auf ihre nebenberufliche selbstständige Tätigkeit als Rechtsanwältin jedenfalls mit Vorlage der Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2017-2019 genügt habe. Gemäß der Entscheidung des BAG vom 27.02.2019 – 10 AZR 340 / 18 - könnten weitergehende Auskünfte nur dann verlangt werden, wenn der Arbeitgeber hinreichenden Anlass hatte, der bisher erteilten Auskunft zu misstrauen. Eine entsprechende Einzelfallprüfung führe vorliegend zum Ergebnis, dass mangels seitens der Beklagten vorgetragener Anhaltspunkte, die dazu führen könnten, den bisherigen Angaben der Klägerin zu misstrauen, keine weiteren Auskünfte ihrerseits zu erteilen seien. 35

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften verwiesen. 36

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 37

I. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). 38

II. Das Rechtsmittel bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Das Arbeitsgericht hat der Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung stattgegeben. Auf diese Begründung wird Bezug genommen und dort insbesondere auf die mitgeteilten und zitierten Rechtsgrundsätze aus der Rechtsprechung. Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen lediglich zur Vertiefung, soweit die Berufungsbegründung hierfür Anlass gegeben hat. 39

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung von 29.997,75 Euro zuzüglich der aus dem Tenor des erstinstanzlichen Urteils ersichtlichen Prozesszinsen als Karenzentschädigung zu. Dieser Anspruch folgt aus § 12 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 des zwischen den Parteien vereinbarten Arbeitsvertrages vom 19.10.2015 iVm. § 110 GewO, § 74b Abs. 2 und § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB für die Zeit vom 01.10.2017 bis 30.09.2019; der Zinsanspruch aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Er ist mangels Gegenforderung der Beklagten auch nicht durch die im Berufungsverfahren erklärte Aufrechnung untergegangen. 40

1. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Karenzentschädigung ist dem Grunde nach für den Zeitraum vom 01.10.2017 bis 30.09.2019 – unabhängig von einer zeitweisen Arbeitsunfähigkeit - entstanden. 41

a. Wettbewerbsverbote i. S. von § 74 HGB beruhen auf gegenseitigen Verträgen. Der Arbeitnehmer schuldet die Unterlassung von Wettbewerb und der Arbeitgeber die Zahlung der Karenzentschädigung. Damit sollen die Nachteile ausgeglichen werden, die dem Arbeitnehmer durch die Einschränkung seines Erwerbslebens entstehen. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Karenzentschädigung setzt allein voraus, dass der Arbeitnehmer den ihm verbotenen Wettbewerb unterlässt (BAG, Urt. v. 14. 9. 2011 ? 10 AZR 198/10 - NZA-RR 2012, 98 Rn. 9-12, beck-online). 42

Darauf, ob es dem Arbeitnehmer tatsächlich möglich ist, Wettbewerb auszuüben oder nicht, kommt es nicht an. Der Gesetzgeber hat lediglich für die Dauer der Verbüßung einer Freiheitsstrafe den Anspruch auf Entschädigung entfallen lassen (§ 74c Abs. 1 Satz 3 HGB). Dabei handelt es sich um einen seltenen Fall, in dem eindeutig feststeht, dass eine Wettbewerbstätigkeit von vornherein nicht in Betracht kommt. Die Regelung ist auf andere Fallgestaltungen nicht zu übertragen. Es ist deshalb gleichgültig, aus welchem Grunde der Arbeitnehmer sich der Konkurrenz enthält (BAG 3. Juli 1990 - 3 AZR 96/89 - AP HGB § 74 Nr. 61 = EzA HGB § 74c Nr. 29). Ebenso unerheblich ist es, ob für den Arbeitnehmer eine Wettbewerbsmöglichkeit überhaupt besteht (BAG 2. Dezember 1968 - 3 AZR 402/67 - AP HGB § 74a Nr. 3 = EzA HGB § 74a Nr. 2) oder ob er überhaupt in der Lage ist, in der verbotenen Weise zu konkurrieren (BAG 9. August 1974 - 3 AZR 350/73 - AP HGB § 74c Nr. 5 = EzA HGB § 74c Nr. 14). Die Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung entfällt nicht deshalb, weil der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist (BAG, Urteil vom 23. November 2004 – 9 AZR 595/03 –, BAGE 112, 376-383, Leitsatz 2). 43

Das ist auch mit den berechtigten Interessen des Arbeitgebers vereinbar. Diese werden durch § 75a HGB ausreichend geschützt (BAG 3. Juli 1990 - 3 AZR 96/89 - AP HGB § 74 Nr. 61 = EzA HGB § 74c Nr. 29). Danach kann der Arbeitgeber vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch schriftliche Erklärung auf das Wettbewerbsverbot verzichten. Er wird dann mit Ablauf eines Jahres seit der Erklärung von der Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung frei (BAG, Urteil vom 23. November 2004 – 9 AZR 595/03 –, BAGE 112, 376-383, Rn. 22 - 26). 44

b. Die Klägerin hat sich gemäß § 12 Abs. 1 des Arbeitsvertrages verpflichtet, während der Dauer von zwei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Anstellungsverhältnis keine Tätigkeit – sei es freiberuflich oder als Angestellte eines anderen Berufsangehörigen – für solche Auftraggeber auszuüben, welche innerhalb der letzten drei Jahre vor ihrem Ausscheiden zur Mandantschaft des Arbeitgebers gehört haben. Sie hat sich im Streitzeitraum – zwei Jahre nach ihrem Ausscheiden durch Kündigung der Beklagen zum 30.09.2017 - unstreitig an diese Verpflichtung gehalten und damit das geschuldete Unterlassen erbracht. Ihr steht deshalb eine Karenzentschädigung für diesen Zeitraum zu. 45

2. Der Anspruch steht der Klägerin auch in der von ihr berechneten und geltend gemachten Höhe zu. Das von der Klägerin zur Berechnung ihrer Klageforderung angestellte Rechenwerk ist gesetzeskonform. Es trägt durch entsprechende Gegenüberstellung der Vorgabe Rechnung, dass die Anrechnung nach § 74c Abs. 1 HGB - im Gegensatz zu § 615 Satz 2 BGB und § 11 KSchG - auf jede fällige Monatsrate der Entschädigung pro rata temporis erfolgt (vgl. (BAG, Urteil vom 16. Dezember 2021 – 8 AZR 498/20 –, Rn. 66 - 67, juris; BAG 16. November 2005 - 10 AZR 152/05 - Rn. 25; 16. November 1973 - 3 AZR 61/73 – juris). 46

a. Die von der Klägerin nach § 12 Abs. 2 des Arbeitsvertrags in Übereinstimmung mit § 74 Abs. 2 HGB „zuletzt bezogene vertragsmäßige Leistung“ betrug 4.000 € brutto. Wie das Arbeitsgericht zu Recht gesehen hat, kann Maßstab für die Frage, was die **vertrag**sgemäße Leistung ist, nur der betreffende **Vertrag** zwischen den Parteien sein. Nach der vom Arbeitsgericht zu Recht herangezogenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist als vertragsmäßig im Sinne von § 74 Abs. 2 HGB eine Leistung anzusehen, die auf dem Austauschcharakter des Arbeitsvertrages beruht und als Vergütung für die geleistete Arbeit erbracht wird. Ausgangspunkt für die Bestimmung der „zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistung“ im Sinne des §§ 74 Abs. 2 HGB ist alles, was der Arbeitnehmer in der fraglichen Zeit als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung erhalten hat (BAG, Urteil vom 22.10.2008 – 10 AZR 360 / 08 –, Rn. 17, juris). 47

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). 48

Bezog der Arbeitnehmer im Ausscheidenszeitpunkt keine Vergütung infolge Wehrdienst, Elternzeit oder Langzeiterkrankung, ist – logischerweise - auf den letzten vor der vergütungslosen Zeit liegenden Leistungszeitraum abzustellen (vgl. u.a. BeckOK ArbR/Hagen, HGB § 74 Rn. 27;). 49

Das von der Krankenkasse gewährte Krankengeld stellt eben keine Leistung der Beklagten dar. Dazu wird es auch nicht dadurch, dass auch der Arbeitgeber Sozialversicherungsbeiträge für den Arbeitnehmer abführt und sich das Krankengeld der Höhe nach nach dem zuletzt bezogenen Arbeitslohn richtet – worauf die Beklagte verweist. Richtigerweise ist insofern auf den Zeitraum vor der vergütungslosen Zeit abzustellen. 50

51

Von den vor Beginn des Krankengeldbezugs vom Arbeitgeber bezogenen Leistungen als „vorher bezogenen vertragsmäßigen Leistungen“ geht auch das BAG z.B. in seinem Urteil vom 23.11.2004 aus. Auch der dortige Kläger bezog am Ende des Arbeitsverhältnisses Krankengeld (BAG, Urteil vom 23. November 2004 – 9 AZR 595/03 –, BAGE 112, 376-383).

b. Die Klägerin hat den anzurechnenden anderweitigen Erwerb gemäß § 74 c Abs. 1 HGB richtig ermittelt und in Abzug gebracht. 52

aa. Gemäß § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB muss sich der Arbeitnehmer auf die fällige Entschädigung anrechnen 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. Ist der Arbeitnehmer durch das Wettbewerbsverbot gezwungen worden, seinen Wohnsitz zu verlegen, tritt nach Satz 2 der Bestimmung an die Stelle des Betrags von einem Zehntel der Betrag von einem Viertel. Mit der gesetzlich bestimmten Anrechnung des Erwerbs aus einer anderweitigen Verwertung der Arbeitskraft will das Gesetz nur verhindern, dass der Arbeitnehmer Karenzentschädigung erhält, obwohl er durch das Wettbewerbsverbot keine wesentlichen beruflichen Nachteile erleidet (vgl. BAG 27. Februar 2019 - 10 AZR 340/18 - Rn. 29, BAGE 166, 36), und damit einer „Übersicherung“ des Arbeitnehmers entgegenwirken (vgl. EBJS/Boecken/Rudkowski 4. Aufl. § 74c Rn. 2; MüKoHGB/Thüsing 5. Aufl. HGB § 74c Rn. 2). Ziel der Regelung ist es hingegen nicht, den Arbeitgeber zu entlasten (BAG 27. Februar 2019 - 10 AZR 340/18 - aaO). 53

bb. Erwerb aus der Verwertung der Arbeitskraft sind alle geldwerten Leistungen zur Abgeltung der Arbeitsleistung (BAG 16.11.2005 – 10 AZR 152/05 - NJW 2006, 3227). Anzurechnen sind damit grundsätzlich Arbeitsentgelt und Einkommen aus selbständiger Tätigkeit. In beiden Fällen handelt es sich um den Ertrag aus persönlichem Arbeitseinsatz, der erst durch die Beendigung des vorherigen Arbeitsverhältnisses möglich geworden ist (vgl. BAG 16.11.2005 – a.a.O.). Der Bezug von Krankengeld beruht nicht auf der Verwertung der Arbeitskraft. 54

(1) Die Klägerin hat das in den jeweiligen Monaten im Karenzzeitraum erhaltene Arbeitsentgelt aus abhängiger Tätigkeit als Rechtsanwältin angerechnet. 55

(2) Ob es sich bei dem von der Klägerin zeitweise (von der Krankenkasse) bezogenen Krankengeld um anrechenbare Leistungen iSv. § 74c Abs. 1 HGB handelt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, weil die Klägerin diese Leistungen in die von ihr vorgenommene Vergleichsberechnung anspruchsmindernd einbezogen hat. 56

Selbst wenn zu Gunsten der Beklagten eine Anrechnungsmöglichkeit unterstellt wird, besteht der geltend gemachte Anspruch, wie das Arbeitsgericht zu Recht und unter Heranziehung von BAG, Urteil vom 14.09.2011 – 10 AZR 198/10 – juris, zur Thematik beim Arbeitslosengeld ausgeführt hat, weil der Arbeitgeber allenfalls den tatsächlichen Auszahlungsbetrag, nicht jedoch einen fiktiv aus dem Krankengeld hochgerechneten Bruttobetrag anrechnen kann. 57

Nach BAG vom 14.09.2011 – a.a.O. gilt: Die Besonderheiten des sozialversicherungsrechtlichen Leistungsverhältnisses rechtfertigen keine an Sinn und Zweck von § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB orientierte Auslegung, ein auf die Karenzentschädigung anrechenbares Arbeitslosengeld auf einen fiktiven Bruttobetrag hochzurechnen. Die 58

Anrechnung ist ein Eingriff in das vereinbarte Leistungsprogramm der Parteien; dass Leistungen Dritter innerhalb eines gegenseitigen Vertrags überhaupt auf die Gegenleistung angerechnet werden können, ist eine Ausnahme (ErfK/Oetker § 74c HGB Rn. 1). Die Beschränkung der Anrechnung auf den Auszahlungsbetrag kann zwar bewirken, dass der Arbeitslose während der Bezugsdauer höhere Nettoeinkünfte erzielt als ein vergleichbarer Arbeitnehmer, der für die Zeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots einer konkurrenzfreien Tätigkeit nachgeht; dies rechtfertigt es aber nicht, die Sozialleistung des Arbeitslosengelds ohne gesetzliche Grundlage wie Nettoarbeitsentgelt zu behandeln. AP HGB § 74c Nr. 7 = EzA HGB § 74c Nr. 16). (…) Der frühere Arbeitgeber kann böswillig unterlassenen Verdienst anrechnen, wenn der Arbeitnehmer eine ihm mögliche und nach den gesamten Umständen zumutbare Tätigkeit nicht aufnimmt (vgl. BAG 13. November 1975 - 3 AZR 38/75 - zu IV 1 der Gründe, AP HGB § 74c Nr. 7 = EzA HGB § 74c Nr. 16). Nur in diesem Fall besteht nach den gesetzlichen Bestimmungen die Möglichkeit der Anrechnung fiktiver Bruttobezüge. Bei bestehender Arbeitslosigkeit und der durch das Wettbewerbsverbot bedingten erschwerten Wiedereingliederung des Arbeitslosen in das Erwerbsleben besteht kein Anlass, zum Schutz des Arbeitgebers die vertragliche Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung durch extensive Auslegung der Anrechnungsvorschrift des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB zu mindern. Nach dem Schutzzweck von § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB dient die Anrechenbarkeit anderweitigen Erwerbs auch nicht der Entlastung des Arbeitgebers; diese ist bloßer Reflex der Regelung (BGH 28. April 2008 - II ZR 11/07 - Rn. 5, DB 2008, 1558) (BAG, Urteil vom 14. September 2011 – 10 AZR 198/10 –, Rn. 23 - 24, juris).

Die gleichen Erwägungen gelten für die von der gesetzlichen Krankenversicherung nach §§ 44 ff. SGB V geleistete Sozialleistung Krankengeld. Dementsprechend rechnet das BAG in seiner Entscheidung vom 23.11.2004 – 9 AZR 595/03 – juris, auch das von dem dortigen Kläger erhaltene Krankengeld nicht fiktiv hoch. 59

Wie das Arbeitsgericht zu Recht ausgeführt hat, lässt sich auch aus dem von der Beklagten wiederholt herangezogenen und vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Grundsatz der Maßstabsgleichheit nicht anderes ableiten. Nach u.a. BAG vom 16.11.1973 gilt: Da durch die Anrechnungsvorschrift nur vergleichbare Einkünfte zueinander ins Verhältnis gesetzt werden dürfen (Urteil des Senats vom 16. Mai 1969, BAG 22, 6 (14) = AP Nr. 23 zu § 133 f GewO (zu III 2 b der Gründe)), müssen die "vertragsmäßigen Leistungen" im Sinne von § 74 Abs. 2 HGB und die anrechenbaren Leistungen im Sinne von § 74 c Abs. 1 HGB in derselben Weise abgegrenzt werden. Das heißt: Vergütungsarten, die für die Berechnung der Karenzentschädigung mitzählen, unterliegen auch der Anrechnung und umgekehrt (BAG, Urteil vom 16. November 1973 – 3 AZR 61/73 –, BAGE 25, 385-394, Rn. 33). Dieser Grundsatz betrifft die Anrechnung von Vergütungsarten; eine solche ist das Krankengeld nach §§ 44 ff. SGB V jedoch nicht. 60

Entgegen der – im Berufungsverfahren vertretenen - Auffassung der Beklagten sind die vorgenannten Vorschriften sowie die diesbezüglich ergangene Rechtsprechung auch für das Verhältnis zwischen den hiesigen Parteien heranzuziehen, die in ihrem Arbeitsvertrag den Erhalt der Hälfte der zuletzt bezogenen Leistungen vereinbart, jedoch keine Vereinbarung zu Anrechnungsmöglichkeiten getroffen haben. 61

(3) Von der Klägerin böswillig unterlassener Verdienst, der auf die Karenzentschädigung anzurechnen wäre, ist nicht gegeben. 62

§ 74 c Abs. 1 Satz 1 2. Alternative HGB setzt voraus, dass der Arbeitnehmer eine ihm mögliche oder nach den gesamten Umständen zumutbare anderweite Tätigkeit nicht aufgenommen hat und dass die Entschädigung unter Hinzurechnung des unterlassenen 63

Verdienstes den Betrag der zuletzt vom Angestellten bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als 1/10, bei Wohnsitzwechsel um mehr als 1/4 übersteigen würde.

(a) Ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände, nämlich der Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber, vorsätzlich untätig bleibt oder gegen eine zu geringe Vergütung arbeitet. Der Arbeitnehmer muss sich der Schädigung des Arbeitgebers bewusst sein. Schädigungsabsicht ist aber nicht erforderlich (Hund in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 12. Aufl. 2021, F. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Rn. 63) 64

(b) Für die tatbestandlichen Voraussetzungen der rechtshindernden Einwendung ist der Schuldner der Karenzentschädigung darlegungspflichtig (BAG Urteil vom 3. Juli 1990 - 3 AZR 96/89 - AP Nr. 61 zu § 74 HGB). 65

(c) Dieser Darlegungspflicht ist die Beklagte nicht hinreichend nachgekommen. Sie hat weder zu den Beschäftigungsmöglichkeiten der Klägerin noch zu von ihr erzielbarem Arbeitseinkommen substantiiert vorgetragen. Sie hat sich vielmehr darauf beschränkt zu bestreiten, dass die Klägerin während der Karenzzeit arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei, dass die Arbeitsunfähigkeit durch wahrheitsgemäße und aufgrund fachlich vertretbarer und zutreffender ärztlicher Diagnosen erstellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nachgewiesen sei und dass die Klägerin Krankengeld bezogen habe bzw. dass die Bescheinigungen der Krankenkasse echt seien und den tatsächlichen Leistungsbezug zutreffend wiedergäben. 66

Selbst wollte man eine Arbeitsfähigkeit der Klägerin in Zeiten des Erhalts von Krankengeld unterstellen, fehlt es an Vortrag für eine anderweite Beschäftigungsmöglichkeit der Klägerin in diesen Zeiträumen. Es existieren keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin eine Tätigkeit hätte antreten können. Die Beklagte behauptet ohne ausreichende Tatsachengrundlage. Erst recht fehlt es auch an Vortrag hinsichtlich der Höhe etwaigen Verdienstes. 67

Die Beklagte hat aber bereits nicht hinreichend dargelegt, dass die Klägerin – entgegen dem durch Bescheinigungen der Krankenkasse belegten Vortrag der Klägerin über den Erhalt von Krankengeld in den streitgegenständlichen Zeiträumen - tatsächlich arbeitsfähig war und ihr die Aufnahme einer anderen Tätigkeit überhaupt möglich gewesen wäre. Die Klägerin hat unter Vorlage der Bescheide der Krankenkasse dargelegt, dass, für welche Zeiträume und in welcher Höhe sie Krankengeld bezogen hat. Dies legt nahe, dass die T Krankenkasse entsprechend den gesetzlichen Vorschriften das Vorliegen von (ärztlich festgestellter) Arbeitsunfähigkeit oder stationärer Krankenhausaufenthalte überprüft hat. Zudem hat die Krankenkasse dies in den von der Klägerin vorgelegten Schreiben bestätigt. 68

Wenn die Beklagten das Urteil des BAG vom 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 – heranziehen will, verkennt sie, dass die dortige Klägerin einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegen die Arbeitgeberin geltend gemacht hat und insofern die von ihre behauptete Arbeitsunfähigkeit darlegen und beweisen musste. Vorliegend geht es jedoch um die rechtshindernde Einwendung der Anrechnung unterlassenen Verdienstes im Rahmen des Anspruchs auf Karenzentschädigung. Entgegen der Auffassung der Beklagten trägt nicht der Arbeitnehmer „wegen der ihm obliegenden Auskunftspflicht die Darlegungslast für die von ihm behaupteten Krankheitszeiten“ und „gelten die von der Rechtsprechung zur § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz entwickelten Grundsätze“. Im Gegenteil: Der Auskunftsanspruch aus § 74 c Abs. 2 HGB stellt einen Hilfsanspruch dar, der es einem zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichteten Arbeitgeber ermöglichen soll, seine Anrechnungsrechte zu verwirklichen (Hund in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 12. Aufl. 2021, F. 69

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Rn. 56). Die Auskunftspflicht des ehemaligen Arbeitnehmers trägt der Darlegungslast des Arbeitgebers Rechnung. Mangels Vergleichbarkeit der Fallgestaltung erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten.

(4) Anzurechnendes Einkommen aus selbständiger Tätigkeit hatte die Klägerin nicht. 70

(a) Zum einen hatte die Klägerin kein Einkommen aus selbständiger Tätigkeit im streitgegenständlichen Zeitraum. Sie hat durch Vorlage der Einkommensteuerbescheide nebst Vorlage der Anlage EÜR zu ihrer Steuererklärung dargelegt, aus einer selbständigen Tätigkeit als Rechtsanwältin keinen Verdienst erzielt zu haben (vgl die Ausführungen zugleich unter 3.) 71

(b) Zudem wären Einkünfte aus der höchstens zeitweise als Nebentätigkeit ausgeübten freiberuflichen Tätigkeit als Rechtsanwältin nicht auf die Karenzentschädigung anrechenbar. Vorliegend waren der Klägerin die Erzielung von Nebeneinnahmen aus noch bestehenden Mandaten ohne Einwilligung und bei Übernahme neuer Mandate nach Einwilligung der Beklagten möglich. 72

Die Anrechnung von Nebeneinkünften, die der Arbeitnehmer bereits neben der früheren Beschäftigung erzielt hatte, ist nicht möglich. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitnehmer die Nebentätigkeit zwar noch nicht neben seinem alten Arbeitsverhältnis ausgeübt hat, ihm dies jedoch möglich gewesen wäre. Gelegenheitsgeschäfte sollen stets anrechnungsfrei bleiben (Diller in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 74c [Anrechnung anderweitigen Erwerbs], Rn. 17). Es besteht kein Zusammenhang zwischen dem Erwerb und dem Wettbewerbsverbot (Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25. November 2004 – 4 Sa 618/04 –, juris). Hier genügt es, wenn dem Arbeitnehmer bereits im beendeten Arbeitsverhältnis die Erzielung von Nebeneinnahmen möglich gewesen wäre (BAG 16.5.1969, AP GewO § 133f Nr. 23). 73

c. Der Anspruch der Klägerin ergibt sich mithin der Höhe nach wie folgt: 74

Oktober 2017	2.000,00 €	75
November 2017	1.030,76 €	76
Dezember 2017	160,00 €	77
Januar 2018	200,00 €	78
Februar 2018	200,00 €	79
April 2018	406,99 €	80
Mai 2018	2.000,00 €	81
Juni 2018	2.000,00 €	82
Juli 2018	2.000,00 €	83
Dezember 2018	2.000,00 €	84
Januar 2019	2.000,00 €	85

86

Februar 2019	2.000,00 €	
März 2019	2.000,00 €	87
April 2019	2.000,00 €	88
Mai 2019	2.000,00 €	89
Juni 2019	2.000,00 €	90
Juli 2019	2.000,00 €	91
August 2019	2.000,00 €	92
September 2019	2.000,00 €	93
Gesamtanspruch	**29.997,75 €**	94

3. Der Anspruch war auch fällig. Die Beklagte kann sich nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 ZPO (so BAG, Urteil vom 02.06.1987 – 3 AZR 626/85 – juris) oder § 273 BGB (so BeckOK ArbR/Hagen, 59. Ed. 01.03.2021, HGB § 74 c Rn. 22) berufen, weil die Klägerin ihre Auskunftspflicht nach § 74 c Abs. 2 HGB nicht erfüllt hätte. 95

a. Den Arbeitgeber trifft im Rahmen des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und in welcher Höhe anrechenbare Bezüge den Anspruch des früheren Arbeitnehmers auf Karenzentschädigung mindern. Um dies leichter und vor allem ohne Einleitung aufwendiger Überwachungsaktionen prüfen zu können, muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nach § 74c Abs. 2 HGB „auf Erfordern“ Auskunft über die Höhe seines Erwerbs erteilen. Inhalt und Umfang des Auskunftsanspruchs richten sich im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. 96

b. Hinsichtlich ihres Einkommens aus abhängiger Beschäftigung hat die Klägerin ihre Auskunftspflicht durch Mitteilung der anderweitigen Vergütung unter Vorlage der Abrechnungen der anderen Arbeitgeber erfüllt. Gleiches gilt hinsichtlich des erhaltenen Krankengelds, das sie unter Vorlage von Bescheinigungen der Krankenkasse dargelegt hat. Wie das Arbeitsgericht zu Recht gesehen und begründet hat, hatte die Beklagte – nach der sich nach Treu und Glauben richtenden Pflicht – diesbezüglich keine weiteren Auskunftsansprüche. 97

c. Ob die Klägerin eine Auskunftspflicht hinsichtlich ihrer nebenberuflichen selbständigen Tätigkeit hatte, ist schon zweifelhaft, kann aber dahinstehen, da sie sie jedenfalls erfüllt hat. 98

aa. Bietet der Arbeitnehmer, der im Karenzzeitraum Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit erzielt hat, zum Nachweis die Vorlage des Einkommensteuerbescheids an, muss sich der Arbeitgeber damit grundsätzlich zufriedengeben (BAG 25. Februar 1975 - 3 AZR 148/74 - zu II 2 der Gründe). Der Arbeitgeber kann von ihm nach § 74c Abs. 2 HGB auch die Vorlage des Einkommensteuerbescheids verlangen (BAG 13. November 1975 - 3 AZR 38/75 - zu III 2 b der Gründe) (BAG, Urteil vom 27. Februar 2019 – 10 AZR 340/18 –, BAGE 166, 36-53, Rn. 27). 99

(1) Bei der Erteilung einer Auskunft handelt es sich um eine Handlung iSv. § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Er kann die 100

Auskunft nur aufgrund seines persönlichen Wissens erteilen. Infolgedessen erfüllt der Schuldner seine Auskunftspflicht nicht, wenn er eine nicht ernst gemeinte, unvollständige oder von vornherein unglaubhafte Auskunft erteilt (BGH 5. März 2015 - I ZB 74/14 - Rn. 15).

(2) Überdies gebietet es die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 iVm. § 280 Abs. 1 BGB, dass eine Auskunft, die die eine Vertragspartei der anderen auf ein von dieser offenbartes Informationsbedürfnis hin erteilt, richtig, eindeutig und vollständig sein muss (BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 578/15 - Rn. 27). Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dazu gehört es, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Vermögensinteressen des anderen Teils so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Interessen und Belange beider Vertragsparteien nach Treu und Glauben verlangt werden kann (vgl. BAG 24. Oktober 2018 - 10 AZR 69/18 - Rn. 24; 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - zu II 3 a der Gründe) (BAG, Urteil vom 27. Februar 2019 – 10 AZR 340/18 –, BAGE 166, 36-53, Rn. 31 - 32). 101

Sofern der Arbeitnehmer seine Einkünfte aus unselbstständiger Tätigkeit erzielt, bilden in aller Regel die entsprechenden Gehalts- oder Lohnabrechnungen sowie die Eintragungen in der Lohnsteuerbescheinigung eine verlässliche Grundlage zum Beleg der erteilten Auskünfte (BAG v. 25.02.1975 - 3 AZR 148/74, juris). Anders sieht es bei Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit aus. 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, Urt. v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85 -, Rn. 35, juris). 102

bb. Hieran gemessen hat die Klägerin den Auskunftsanspruch der Beklagten jedenfalls durch Vorlage der Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 2017 bis 2019 sowie der Anlage EÜR zu ihrer Steuererklärung für dieselben Jahre erfüllt. Sie hat ausreichende und geeignete Belege für ihre Angaben über die Einkünfte aus der (gelegentlichen nebenberuflichen) selbständigen Tätigkeit als Rechtsanwältin beigebracht. Es war der Beklagten zuzumuten, sich damit zufriedenzugeben. Der Einkommensteuerbescheid konnte ihr besser als jede andere Unterlage Gewissheit darüber vermitteln, ob die Angaben der Klägerin zutrafen. Damit steht der Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB oder § 273 BGB mehr zu. 103

(1) Die Angaben der Klägerin stehen in Einklang mit den in den Steuerbescheiden zugrunde gelegten „Einkünften“ der Klägerin. Vor Erlass eines Steuerbescheides hat das Finanzamt die Angaben in der Steuererklärung der Steuerpflichtigen zu prüfen. Deshalb genügt der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Auskunftspflicht nach § 74 c Abs. 2 HGB seiner Verpflichtung zum Nachweis der behaupteten Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit, wenn er den maßgeblichen Einkommenssteuerbescheid vorlegt (BAG, Urt. v. 25.02.1975 - 3 AZR 148/74 -, Rn. 15, juris; BAG, Urt. v. 02.06.1987 - 3 AZR 626/85 -, Rn. 37, juris). Dies folgt bereits daraus, dass die steuerpflichtige Person nach § 25 Abs. 3 EStG zur eigenhändigen Unterschrift der Steuererklärung verpflichtet ist und damit gleichsam die Richtigkeit und 104

Vollständigkeit ihrer Angaben bestätigt. Die eigenhändige Unterschrift soll neben der Identifizierung des Urhebers auch dazu dienen, den Steuerpflichtigen anzuhalten, sich die Bedeutung der Steuererklärung als (in erster Linie) Wissenserklärung bewusst zu machen und den Steuerpflichtigen dazu zu zwingen, die Richtigkeit der in der Erklärung enthaltenen Angaben zu überprüfen sowie die Verantwortung dafür zu übernehmen (vgl. Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht, Urt. v. 19.09.2013 - 1 K 166/12 -, Rn. 27, juris). Wer eine falsche Einkommenssteuererklärung abgibt und damit die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder andere nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, macht sich gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar. Der zur Abgabe einer Einkommenssteuererklärung Verpflichtete ist mithin in besonderem Maße zur Steuerehrlichkeit verpflichtet, sodass der hierauf fußende Einkommenssteuerbescheid grundsätzlich als ausreichender Nachweis für die bezogenen Einkünfte angesehen werden kann (LAG Nürnberg, Urt. v. 09.04.1987 - 5 Sa 104/84 -, LAGE § 74 c HGB Nr. 2).

(2) Wenn die Beklagte nunmehr einwendet, die Angaben der Klägerin in den Einnahmeüberschussrechnungen seien offensichtlich unrichtig, weil die Klägerin in den Jahren 2017 bis 2019 weder einen beruflich genutzten Telefonanschluss noch einen beruflich genutzten Internetanschluss unterhalten habe, was sie daraus schließt, dass die Klägerin in den Jahren 2017 bis 2022 Briefköpfe ohne Telefon- oder Telefaxnummer verwendet habe, ist dies nicht geeignet, die Angaben der Klägerin in der EÜR, die Grundlage der Einkommenssteuerbelege sind, als von vornherein unglaubhaft darzustellen. Im Gegenteil: Gemäß § 27 BRAO ist der Rechtsanwalt respektive die Rechtsanwältin verpflichtet, im Bezirk der Rechtsanwaltskammer, deren Mitglied sie ist, eine Kanzlei einzurichten und zu unterhalten. Aus § 5 BORA ergibt sich die Verpflichtung, die für die Berufsausübung erforderlichen sachlichen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen in der Kanzlei vorzuhalten, wobei die telefonische Erreichbarkeit eine Mindestvoraussetzung ist. Gründe, die die Angaben der Klägerin über (nicht erzielte) Einnahmen in den relevanten Jahren in den EÜR unglaubhaft erscheinen lassen, hat die Beklagte nicht dargelegt und ergeben sich auch für die Kammer nicht. 105

(3) Unter diesen Umständen kann die Beklagte, deren schützenswerte Interessen damit vollauf gewahrt sind, nicht die Vorlage weiterer Belege verlangen. Dies würde die nach § 242 BGB zu bemessende Auskunftspflicht überschreiten. Die Klägerin ist insbesondere auch nicht verpflichtet, darüber Auskunft zu erteilen, in welcher Höhe sie für ihre Leistungen als selbstständige Rechtsanwältin Rechnungen erstellt hat. Eine derartige Pflicht besteht schon deshalb nicht, weil die Erteilung einer Rechnung nicht gleichzusetzen ist mit entsprechenden Einnahmen (Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 15. März 2018 – 5 Sa 38/17 –, Rn. 84 - 88, juris). 106

4. Der Anspruch der Klägerin ist schließlich auch nicht durch Verwirkung ausgeschlossen. 107

a. Zwar wird auch bei einem Anspruch auf Karenzentschädigung die Anwendung der allgemeinen Verwirkungsgrundsätze nicht von vornherein ausgeschlossen, weil jedes Recht nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeübt werden kann (vgl. BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 752/09 - juris). 108

b. Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit ihr wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie beruht auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes und dient - wie die Verjährung - dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Mit der Verwirkung soll das Auseinanderfallen 109

zwischen rechtlicher und sozialer Wirklichkeit beseitigt werden; die Rechtslage wird der sozialen Wirklichkeit angeglichen (vgl. BAG 12. Dezember 2006 - 9 AZR 747/06 – juris, mwN).

Die Verwirkung verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner bereits dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, sodass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (so die vom BAG zur Verwirkung des Widerspruchsrechts bei Betriebsübergängen aufgestellten Grundsätze; s. etwa BAG 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12 - juris). 110

c. Zudem hat das Rechtsinstitut der Verwirkung Ausnahmecharakter. Unterliegt ein geltend gemachter Anspruch nach §§ 195, 199 BGB der kurzen regelmäßigen Verjährung von drei Jahren, kann im Rahmen der Verwirkung eine weitere Abkürzung dieser Verjährungsfrist nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände angenommen werden (BGH 20. Juli 2010 - EnZR 23/09 - Rn. 22; vgl. 13. Januar 1988 - IVb ZR 7/87 - BGHZ 103, 62; 17. Februar 1969 - II ZR 30/65 - BGHZ 51, 346) (BAG, Urteil vom 11. Dezember 2014 – 8 AZR 838/13 –, Rn. 240 - 26, juris). 111

d. Eine etwaige Erschwernis der Überprüfung der tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen, die die Beklagte geltend macht, stellt als solche keinen Aspekt dar, der - alleine oder in Zusammenschau mit weiteren Gesichtspunkten - die Annahme der Verwirkung rechtfertigt. Dies würde im praktischen Ergebnis darauf hinauslaufen, dass die Verjährungsfristen kaum noch ausgeschöpft werden könnten. Das durch Richterrecht geschaffene Institut der Verwirkung darf in seiner Anwendung nicht dazu führen, dass die gesetzliche Verjährungsregelung in weitem Maße unterlaufen wird. Überdies ist der Gläubiger in gleicher Weise Beweisschwierigkeiten ausgesetzt, die durch Zeitablauf auftreten. Dies muss erst recht gelten, nachdem vom Gesetzgeber die regelmäßige Verjährungsfrist auf drei Jahre festgesetzt wurde, § 195 BGB. 112

Es kann auch nicht mit dem Gesichtspunkt einer „zeitnahen Klärung“ vor Gericht auf den Gedanken der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit abgestellt werden, ohne dass dies eine normative oder vertragliche Grundlage hätte. Der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dienen bereits die Verjährungsvorschriften, vor allem diejenigen mit kurzer Verjährungsfrist. Solche sollen möglichst rasch Rechtssicherheit und Rechtsfrieden herstellen, den verspätet in Anspruch genommenen Schuldner vor Beweisschwierigkeiten infolge Zeitablaufs schützen und eine alsbaldige Klärung der erhobenen Ansprüche herbeiführen. Diese, bereits im Verjährungsrecht berücksichtigten Gesichtspunkte dürfen nicht als „doppelrelevante Topoi“ nochmals zur Begründung einer Verwirkung herangezogen werden (BAG, Urteil vom 11. Dezember 2014 – 8 AZR 838/13 –, Rn. 240 - 26, juris). 113

e. Im Übrigen liegen die Voraussetzungen für eine Verwirkung im vorliegenden Fall auch erkennbar nicht vor. 114

aa. Es kann dahingestellt bleiben, ob das sogenannte „Zeitmoment“ - der Ablauf einer gewissen längeren Zeitspanne - erfüllt war. Jedenfalls fehlt es an dem erforderlichen Umstandsmoment. Der Einwand der Verwirkung ist nur dann begründet, wenn zu dem Zeitablauf im Verhalten des Berechtigten beruhende, im Falle einer kurzen Verjährung 115

besondere Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigten, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (BGH 18. Juli 2014 - V ZR 291/13 - Rn. 22). Ein derartiges spezifisches Verhalten der Klägerin ist nicht ersichtlich.

bb. Das bloße „Zuwarten“ der Klägerin bis Ende 2020 kann nicht als treuwidrig angesehen werden, weil es vorliegend keine Rechtspflicht oder auch nur Obliegenheit der Klägerin gab, zu bestimmten Zeitpunkten ihre Ansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen. Das bloße Unterlassen oder „Nichtstun“ der Klägerin konnte bei der Beklagten nur dann die begründete Erwartung hervorrufen, sie werde nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn es eine von der Klägerin wahrnehmbare Pflicht zum Handeln gab (BAG, Urteil vom 11. Dezember 2014 – 8 AZR 838/13 –, Rn. 30 - 36, juris). Eine vertragliche Nebenpflicht, einen etwaigen Anspruch auf Karenzentschädigung zeitnah geltend zu machen, wie die Beklagte meint, kann die Kammer nicht sehen. Etwaige Unsicherheiten der Beklagten während der Verjährungsfrist dahingehend, ob oder in welcher Höhe sie von der Klägerin in Anspruch genommen werden wird sowie das damit einhergehende Erfordernis bilanzieller Rückstellungen begründen eine solche nicht. Da der Anspruch des Arbeitnehmers auf Karenzentschädigung allein voraussetzt, dass der Arbeitnehmer den ihm verbotenen Wettbewerb unterlässt, (BAG, Urt. v. 14. 9. 2011 ? 10 AZR 198/10 - NZA-RR 2012, 98 Rn. 9-12, beck-online), wozu er sich nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet hat, kann der Arbeitgeber davon ausgehen, in Anspruch genommen zu werden. Mit der gesetzlich bestimmten Anrechnung des Erwerbs aus einer anderweitigen Verwertung der Arbeitskraft will das Gesetz nur verhindern, dass der Arbeitnehmer Karenzentschädigung erhält, obwohl er durch das Wettbewerbsverbot keine wesentlichen beruflichen Nachteile erleidet und damit einer „Übersicherung“ des Arbeitnehmers entgegenwirken (s.o.). Ziel der Regelung ist es hingegen nicht, den Arbeitgeber zu entlasten (BAG 27. Februar 2019 - 10 AZR 340/18 - aaO). Die Interessen des Arbeitsgebers werden zudem durch § 75 a HBG ausreichend geschützt. Er kann durch schriftliche Erklärung auf das Wettbewerbsverbot verzichten. Er wird dann mit Ablauf eines Jahres seit der Erklärung von der Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung frei. Will er hingegen am Wettbewerbsverbot festhalten, hat er ebenso die Möglichkeit der Vereinbarung von Ausschlussfristen, um schneller Sicherheit zu bekommen. 116

cc. Der Umstand, dass die Klägerin „kleinere“ Ansprüche gegen die Beklagte bereits zu früheren Zeitpunkten gerichtlich geltend gemacht hat, begründet ebenfalls kein berechtigtes Vertrauen der Beklagten darauf, die Klägerin werde die Karenzentschädigung nicht mehr geltend machen. Es wäre der Beklagten unbenommen gewesen, sie danach zu befragen oder aber ihren Auskunftsanspruch aus § 74 c Abs. 2 HGB früher geltend zu machen. 117

5. Der Anspruch der Klägerin ist auch nicht – teilweise - gemäß § 389 BGB durch Aufrechnung erloschen; der Beklagten stand kein aufrechenbarer Gegenanspruch gegenüber, insbesondere kein Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB oder § 826 BGB, weil die Klägerin sich durch vorgetäuschte „Erkrankung“ Lohnfortzahlung für die Zeit vom 28.04. bis 16.06.2017 erschlichen hätte. 118

Die Behauptungen der Beklagten lassen kein derartiges Verhalten der Klägerin erkennen. Die Beklagte, die als Anspruchstellerin darlegungs- und beweispflichtig ist, hat einen solchen Anspruch bereits nicht ansatzweise dargelegt. Das Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin in diesem Zeitraum – und darüber hinaus – genügt einer Darlegung des Anspruchs nicht. Beweis für den streitigen Anspruch hat sie ebenso wenig angeboten. Unstreitig lagen der Beklagten zudem ärztliche 119

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Klägerin vor, auf deren Grundlage die Beklagte seinerzeit Entgeltfortzahlung an die Klägerin geleistet hat. Die Beklagte hat auch nichts vorgetragen, das geeignet wäre, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern.

III. Nach allem bleibt es somit bei der klagestattgebenden erstinstanzlichen Entscheidung. Als unterliegende Partei hat die Beklage gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung zu tragen. Gründe für eine Revisionszulassung sind nicht gegeben. Insbesondere hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 72 Abs. 2 ArbGG, da die Entscheidung auf den Umständen des vorliegenden Einzelfalls beruht. 120

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE