

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 16. Dezember 2021
- 8 AZR 498/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:161221.U.8AZR498.20.0

I. Arbeitsgericht Lübeck

Urteil vom 20. August 2019
- 3 Ca 859/19 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 10. September 2020
- 5 Sa 24/20 -

Entscheidungsstichworte:

Karenzenschädigung - Anrechnung anderweitigen Erwerbs

Leitsatz:

Eine vertragliche Vereinbarung, die eine über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 HGB hinausgehende Anrechnung eines vom Arbeitnehmer in der Karenzzeit durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erzielten oder aufgrund böswilligen Unterlassens nicht erzielten Erwerbs auf die Karenzenschädigung vorsieht, führt nicht zur Unverbindlichkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots insgesamt, sondern nach § 75d Satz 1 HGB nur dazu, dass die vertragliche Anrechnungsvereinbarung insoweit für den Arbeitnehmer unverbindlich ist, als sie über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB hinausgeht.

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 498/20
5 Sa 24/20
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Dezember 2021

URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 16. Dezember 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter und Berger sowie die ehrenamtliche Richterin Kothe-Woywode und den ehrenamtlichen Richter Hilgenfeld für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 10. September 2020 - 5 Sa 24/20 - teilweise aufgehoben, soweit der Klägerin Zinsen aus 26.589,27 Euro brutto seit dem 29. April 2019 zugesprochen wurden und in Nr. 1 des Tenors zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 20. August 2019 - 3 Ca 859/19 - abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 26.589,27 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 10.170,58 Euro seit dem 7. Mai 2019, aus weiteren 4.177,53 Euro seit dem 17. Juli 2019 und aus weiteren 12.241,16 Euro seit dem 22. Februar 2020 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Zahlung von Karenzentschädigung aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot und dabei über den Umfang der Anrechenbarkeit anderweitig von der Klägerin erzielten Verdienstes. 1

Die Klägerin war vom 1. März 2014 bis zum 15. April 2018 bei der beklagten Partnerschaft als Zahnärztin angestellt. Seit dem 19. Oktober 2015 erbrachte sie für die Beklagte keine Arbeitsleistung mehr. 2

Der am 27. November 2013 zwischen den Parteien geschlossene „Arbeitsvertrag für Assistenz Zahnärzte“ enthält auszugsweise folgende Regelungen: 3

„§ 9 Vergütung

Das monatliche Bruttogehalt beträgt zur Zeit der Einstellung 27,5 % des Honorarumsatzes, aber mindestens € 4.000,- und ist am letzten Werktag jeden Monats fällig.

...

...

§ 15 Konkurrenzschutz

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses innerhalb von 2 Jahren in einem Umkreis von 3 km von der Praxis des Arbeitgebers keine zahnärztliche Tätigkeit in eigener Praxis aufzunehmen. Im Fall der Zuwiderhandlung wird eine Vertragsstrafe in Höhe von € ../.. fällig. Der Arbeitgeber verpflichtet sich, für die Dauer des Verbots jährlich eine Entschädigung zu zahlen in Höhe der Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen Vergütung, wobei darauf angerechnet wird, was der Arbeitnehmer durch Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.“

Der in der Freifläche von § 15 Satz 2 des Arbeitsvertrags nach dem Euro-Zeichen befindliche Schrägstrich wurde handschriftlich eingefügt. 4

Ausweislich der der Klägerin erteilten Lohnabrechnungen beliefen sich deren monatlichen Bezüge in der Zeit von März 2017 bis März 2018 auf 5.446,86 Euro brutto. Davon waren 1.446,86 Euro als Umsatzbeteiligung und 4.000,00 Euro als Mutterschutzlohn ausgewiesen. Für die Zeit vom 1. bis zum 15. April 2018 erhielt die Klägerin eine entsprechend anteilige Zahlung. 5

Die Parteien trafen unter dem 29. Januar 2018 eine Aufhebungsvereinbarung, die auszugsweise den folgenden Inhalt hat: 6

„Die Parteien heben dieses Arbeitsverhältnis einvernehmlich mit Wirkung zum Ablauf des 15.04.2018 auf.

Der Arbeitgeber wird das laufende Gehalt für die Zeit bis zum 15.04.2018 ordnungsgemäß abrechnen und auszahlen.

Als Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes zahlt der Arbeitgeber an die Arbeitnehmerin zusammen mit der Abrechnung für den Monat April einen Betrag in Höhe von 10.338,50 Euro brutto.

...“

Am Tag nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien nahm die Klägerin eine Tätigkeit als angestellte Zahnärztin in einer L Zahnarztpraxis auf, die weiter als drei Kilometer von der Praxis der Beklagten entfernt liegt. Die monatliche Bruttovergütung, die die Klägerin dort in der Zeit vom 16. April 2018 bis einschließlich 15. April 2020 erhielt, belief sich auf: 2.000,00 Euro im April 2018, 4.860,06 Euro im Mai 2018, 5.044,13 Euro im Juni 2018, 5.931,39 Euro im Juli 2018, 4.041,47 Euro im August 2018, 5.083,43 Euro im September 2018, 6.429,33 Euro im Oktober 2018, 6.358,45 Euro im November 2018, jeweils 5.063,21 Euro in der Zeit von Dezember 2018 bis Mai 2019, 2.665,03 Euro im Juni 2019, jeweils 2.706,30 Euro im Juli und im August 2019, 4.085,53 Euro im September 2019, 7.388,32 Euro im Oktober 2019, jeweils 5.063,21 Euro in der Zeit von November 2019 bis März 2020 und 2.531,61 Euro im April 2020. Für den Zeitraum vom 2. Juni 2019 bis zum 12. September 2019 bezog sie außerdem von ihrer Krankenkasse Mutterschaftsgeld iHv. 13,00 Euro/Kalendertag.

7

Mit ihrer Klage hat die Klägerin erstinstanzlich zuletzt die Zahlung von Karenzentschädigung in bezifferter Höhe nebst Prozesszinsen für die Zeit vom 16. April 2018 bis zum 31. Juli 2019 verlangt sowie hinsichtlich der Zeit vom 1. August 2019 bis zum 15. April 2020 Feststellungsklage auf künftige Leistung erhoben. Zweitinstanzlich hat sie für den gesamten Klagezeitraum einen bezifferten Zahlungsantrag gestellt. Sie hat geltend gemacht, angesichts der Beachtung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots stehe ihr nach § 15 Satz 3 Halbs. 1 des Arbeitsvertrags eine Karenzentschädigung iHv. 2.723,43 Euro brutto monatlich zu. Hierauf brauche sie sich anderweitig erzielten Erwerb lediglich nach den Vorgaben des § 74c HGB anrechnen zu lassen, dh. nur insoweit, als dieser Verdienst bei Hinzurechnung der Karenzentschädigung 110 vH der zuletzt bei der Beklagten vertragsgemäß bezogenen Leistungen übersteige. Die Regelung in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags über die volle Anrechenbarkeit anderweitig erzielten Verdienstes sei nach § 75d Satz 1 HGB unverbindlich mit der Folge, dass die Beklagte sich auf diese Vereinbarung nicht berufen könne.

8

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 9
die Beklagte zu verurteilen, an sie 26.589,27 Euro brutto
zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basis-
zinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, 10
ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot sei, wie die Streichung in § 15 Satz 2
des Arbeitsvertrags verdeutliche, nicht vereinbart worden; jedenfalls hätten die
Parteien eine etwaige Wettbewerbsabrede mit Abschluss des Aufhebungsver-
trags vom 29. Januar 2018 aufgehoben. Unabhängig davon führe die von der
Klägerin beanstandete Abweichung von § 74c HGB nicht zur Unanwendbarkeit
der vertraglichen Anrechnungsvereinbarung, sondern allenfalls zur Unverbind-
lichkeit der Wettbewerbsabrede insgesamt. Da sich die Klägerin für die Einhal-
tung des Wettbewerbsverbots entschieden habe, könne sie Karenzentschädi-
gung lediglich in der sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergebenden
Höhe unter Berücksichtigung der dortigen Anrechnungsregelung verlangen. Des-
ungeachtet stehe ihr eine Karenzentschädigung nicht in der beantragten Höhe
zu.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 11
hat ihr auf die Berufung der Klägerin stattgegeben. Mit der Revision begehrt die
Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin bean-
tragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

A. Mit dem Einverständnis der Parteien konnte vorliegend im schriftlichen 12
Verfahren ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, § 128 Abs. 2 ZPO.

B. Die zulässige Revision der Beklagten ist - bis auf einen geringfügigen 13
Teil - unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das arbeitsgerichtliche Urteil zu

Recht abgeändert und der Klägerin Karenzentschädigung in der zuletzt beantragten Höhe nebst Zinsen zuerkannt. Beim Zinsauspruch ist es allerdings über den Antrag der Klägerin hinausgegangen, weshalb das Berufungsurteil in diesem Umfang der Aufhebung unterliegt.

- I. Die Klage ist mit dem zuletzt erhobenen Zahlungsantrag insgesamt zulässig. Der in der Berufungsinstanz im Hinblick auf Ansprüche auf Karenzentschädigung für die Zeit vom 1. August 2019 bis zum 15. April 2020 erfolgte Übergang vom Feststellungsantrag auf einen bezifferten Leistungsantrag stellt als Erweiterung des erstinstanzlichen Klageantrags bei gleichbleibendem Klagegrund nach § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung iSv. § 263 ZPO dar (*BAG 19. Dezember 2018 - 10 AZR 233/18 - Rn. 18 mwN, BAGE 165, 19*). 14
- II. Die Klage ist begründet. Die Klägerin hat aus § 15 Satz 1 und Satz 3 Halbs. 1 ihres Arbeitsvertrags vom 27. November 2013 (im Folgenden Arbeitsvertrag) iVm. § 110 GewO, § 74b Abs. 2 und § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB für die Zeit vom 16. April 2018 bis zum 15. April 2020 Anspruch auf Karenzentschädigung in der beantragten Höhe zuzüglich der aus dem Tenor ersichtlichen Prozesszinsen. 15
1. Die Parteien haben ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart und dieses Verbot auch nicht einvernehmlich aufgehoben. 16
- a) In § 15 Satz 1 des Arbeitsvertrags haben die Parteien sich darüber geeinigt, dass die Klägerin nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses bei der Beklagten innerhalb von zwei Jahren in einem Umkreis von drei Kilometern von der Praxis keine zahnärztliche Tätigkeit in eigener Praxis aufnimmt. Damit haben sie ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit diesem Inhalt vereinbart. 17
- b) Aus der in § 15 Satz 2 des Arbeitsvertrags enthaltenen handschriftlichen Streichung folgt - wie das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat - nichts Abweichendes. Dies ergibt die Auslegung von § 15 des Arbeitsvertrags nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen. 18

aa) Bei den in § 15 des Arbeitsvertrags getroffenen Vereinbarungen handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB bzw. um vorformulierte Vertragsbedingungen iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Zwar hat das Landesarbeitsgericht hierzu keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen. Es hat allerdings ausgeführt, dass es sich bei dem Arbeitsvertrag um einen Formularvertrag handelt und angenommen, dass dessen Auslegung nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen zu erfolgen habe. Unabhängig hiervon lässt bereits das äußere Erscheinungsbild der formularmäßigen Vertragsgestaltung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB bzw. vorformulierte Vertragsbedingungen iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB schließen. Dies gilt auch für § 15 Satz 2 des Arbeitsvertrags. Aus dem Umstand, dass § 15 Satz 2 des Arbeitsvertrags eine handschriftlich vorgenommene Streichung enthält, folgt nichts Abweichendes. Die Schriftart ist nach § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB ohne Bedeutung (*vgl. BGH 6. April 2005 - VIII ZR 27/04 - zu II 2 b der Gründe*). Dass die in § 15 des Arbeitsvertrags getroffene Vereinbarung unter den Parteien im Einzelnen ausgehandelt wurde (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) oder dass die Klägerin insoweit auf den Inhalt des Arbeitsvertrags Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB), hat die Beklagte nicht behauptet. 19

bb) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen sind (*vgl. etwa BAG 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 55, BAGE 166, 54; 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 26 mwN*). Ansatzpunkt für die nicht am Willen der jeweiligen Vertragspartner zu orientierende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist (*vgl.* 20

etwa BAG 3. Dezember 2019 - 9 AZR 44/19 - Rn. 15 mwN). Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen obliegt auch dem Revisionsgericht (etwa BAG 21. April 2016 - 8 AZR 753/14 - Rn. 30 mwN).

cc) Die Auslegung von § 15 des Arbeitsvertrags nach diesen Grundsätzen ergibt, dass die in § 15 Satz 2 des Arbeitsvertrags enthaltene handschriftliche Streichung die in den Sätzen 1 und 3 des § 15 des Arbeitsvertrags zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot getroffenen Abreden unberührt lässt. 21

(1) § 15 des Arbeitsvertrags enthält mehrere selbständige Regelungen. Satz 1 enthält die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots, Satz 2 enthält eine gemäß dem vorgedruckten Vertragstext ausfüllungsbedürftige Vereinbarung über die Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot, und Satz 3 enthält schließlich zwei weitere selbständige Regelungen, nämlich in Satz 3 Halbs. 1 eine Vereinbarung über die Höhe der im Fall der Einhaltung des Wettbewerbsverbots von der Beklagten geschuldeten Karenzentschädigung sowie in Satz 3 Halbs. 2 eine Vereinbarung über die Anrechnung anderweitigen Verdienstes. Die in § 15 Satz 1 und Satz 3 des Arbeitsvertrags getroffenen Abreden haben einen eigenständigen, von der möglichen Vereinbarung einer Vertragsstrafe unabhängigen Regelungsgehalt. Die Vereinbarung einer solchen Strafe ist auch nicht zwingend mit der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots verknüpft. Sie kann vielmehr zusätzlich - im Anwendungsbereich von § 75c HGB allerdings nur unter den dort bestimmten Voraussetzungen - erfolgen und ggf. den Erfüllungszwang eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots verstärken (vgl. *ErfK/Oetker 21. Aufl. HGB § 75c Rn. 1*). 22

(2) Die handschriftliche Streichung in § 15 Satz 2 des Arbeitsvertrags beschränkt sich auf die in diesem Satz vorgesehene mögliche Regelung. Sie wurde an der im Vertragstext enthaltenen Leerstelle angebracht, die für die Eintragung des Euro-Betrags einer Vertragsstrafe vorgegeben war. Die Streichung ragt weder in den Satz 1 des § 15 des Arbeitsvertrags noch in dessen Satz 3 hinein. Dies konnte ein verständiger und redlicher Vertragspartner nur so verstehen, dass lediglich keine Vertragsstrafe vereinbart war, die anderen, in § 15 Satz 1 und Satz 3 des Arbeitsvertrags getroffenen Vereinbarungen allerdings gelten sollten. 23

(3) Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte, sollte es tatsächlich ihrem Willen entsprochen haben, mit der Klägerin bereits kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren und nicht nur von der Vereinbarung einer Vertragsstrafe bei Verletzung eines solchen Verbots abzusehen, diesen Willen unmissverständlich, etwa durch Streichung der gesamten Klausel zum Ausdruck bringen müssen. Deshalb ist es auch unerheblich, ob - wie die Beklagte behauptet hat - vor Abschluss des Arbeitsvertrags zwischen einem Partner der Beklagten und dessen Sohn besprochen wurde, mit der Klägerin ein „Konkurrenzverbot“ nicht zu vereinbaren. 24

c) Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten haben die Parteien das in § 15 Satz 1 des Arbeitsvertrags vereinbarte Wettbewerbsverbot nicht durch die „Aufhebungsvereinbarung“ vom 29. Januar 2018 einvernehmlich aufgehoben. Zwar können die Arbeitsvertragsparteien wegen der bestehenden Vertragsfreiheit ein Wettbewerbsverbot grundsätzlich jederzeit einvernehmlich - auch konkludent - wieder aufheben (*vgl. BAG 31. Juli 2002 - 10 AZR 558/01 - zu II 2 a der Gründe mwN*). Eine solche Aufhebung ist - wie das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen hat - dem Aufhebungsvertrag aber nicht zu entnehmen. Es kann vorliegend dahinstehen, ob es sich bei den im Aufhebungsvertrag getroffenen Abreden um atypische Willenserklärungen handelt, deren Auslegung durch das Landesarbeitsgericht nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung darauf unterliegt, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat (*BAG 24. Februar 2021 - 7 AZR 108/20 - Rn. 23; 23. Februar 2021 - 5 AZR 314/20 - Rn. 14 mwN*), oder ob es sich auch insoweit um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB oder zumindest vorformulierte Vertragsbedingungen iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB handelt, deren Auslegung durch das Landesarbeitsgericht vom Revisionsgericht uneingeschränkt zu überprüfen ist (*BAG 25. Februar 2021 - 8 AZR 171/19 - Rn. 61; 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 55 mwN, BAGE 166, 54*). Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung des Aufhebungsvertrags, nach der die Parteien das 25

vereinbarte Wettbewerbsverbot nicht einvernehmlich aufgehoben haben, hält auch einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle stand.

aa) Aus der einvernehmlichen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses kann regelmäßig nicht auf die Aufhebung eines zuvor vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbots geschlossen werden. Während der Arbeitgeber durch das gesetzliche Wettbewerbsverbot (§§ 60 f. HGB) davor geschützt werden soll, dass ihm der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Konkurrenz macht, liegen Sinn und Zweck eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots iSd. §§ 74 ff. HGB darin, den Arbeitgeber für die Zeit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses vor Konkurrenz des Arbeitnehmers zu schützen. Wenn daher in einem Vertrag über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses nichts über die gleichzeitige Erledigung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gesagt worden ist, muss regelmäßig davon ausgegangen werden, dass nach dem Willen der Arbeitsvertragsparteien eine bestehende Abrede über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot weiterhin Wirkung entfalten soll (vgl. BAG 30. Juni 1981 - 3 AZR 665/78 - zu I 1 der Gründe).

26

bb) Die Beklagte, die für die Aufhebung des Wettbewerbsverbots die Darlegungs- und Beweislast trägt (vgl. BAG 30. Juni 1981 - 3 AZR 665/78 - zu I 1 der Gründe), hat schon keine Umstände vorgetragen, aus denen sich eine solche einvernehmliche Aufhebung des Wettbewerbsverbots ergeben könnte. Zwar haben die Parteien im Aufhebungsvertrag vom 29. Januar 2018 das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 15. April 2018 gegen Zahlung einer Abfindung aufgehoben und in diesem Zusammenhang auch weitere Vereinbarungen über die Abwicklung ihres Vertragsverhältnisses getroffen. Auf das Wettbewerbsverbot sind sie dabei aber mit keinem Wort eingegangen. Der Aufhebungsvertrag enthält auch keine allgemeine Ausgleichsklausel bzw. sog. Ausgleichsquittung, weshalb es zudem keiner Entscheidung bedarf, ob und unter welchen Umständen einer solchen Vereinbarung eine konkludente Aufhebung eines Wettbewerbsverbots entnommen werden könnte (vgl. dazu BAG 31. Juli 2002 - 10 AZR 558/01 - zu II 2 b cc [1] der Gründe).

27

2. Nach alledem hat die Klägerin dem Grunde nach Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung. 28
- a) Das zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsverbot ist nicht wegen Verstoßes gegen die Vorgaben von §§ 74 ff. HGB nichtig. 29
- aa) Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer grundsätzlich frei, mit seinem ehemaligen Arbeitgeber in Wettbewerb zu treten oder für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu werden. Dieses durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse des Arbeitnehmers, über sein berufliches Fortkommen selbst zu bestimmen, wird vom Gesetz als dem wirtschaftlichen Interesse des Arbeitgebers, sich vor Nachteilen einer Konkurrenztaetigkeit zu schützen, grundsätzlich übergeordnet angesehen (*BAG 22. März 2017 - 10 AZR 448/15 - Rn. 19, BAGE 158, 329; 15. Juni 1993 - 9 AZR 558/91 - zu I 2 b aa der Gründe, BAGE 73, 229*). 30
- bb) Gemäß § 110 Satz 1 GewO können Arbeitgeber und Arbeitnehmer allerdings die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung beschränken (Wettbewerbsverbot). Die §§ 74 bis 75f HGB sind insoweit nach § 110 Satz 2 GewO entsprechend anzuwenden (*BAG 22. März 2017 - 10 AZR 448/15 - Rn. 20, BAGE 158, 329*). Das gilt, anders als die Beklagte gemeint hat, auch für Wettbewerbsabreden zwischen freiberuflich tätigen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern (*vgl. BAG 26. September 2007 - 10 AZR 511/06 - Rn. 26, BAGE 124, 133*). 31
- (1) Die gesetzlichen Bestimmungen in §§ 74 bis 75f HGB konstituieren ein im Grundsatz geschlossenes gesetzliches System, das die Bedingungen und Voraussetzungen für nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die - wie im Streitfall - bereits während des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden, auch in Abgrenzung zu den Regelungen für Handelsvertreter (§ 90a HGB) festlegt (*BAG 22. März 2017 - 10 AZR 448/15 - Rn. 21, BAGE 158, 329*). 32

(2) Danach ist ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot wirksam und für beide Vertragsparteien verbindlich, wenn es dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient, nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht zu weit reicht (§ 74a Abs. 1 HGB) und der Arbeitgeber sich verpflichtet, eine Karenzentschädigung zu zahlen, die mindestens die Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht (§ 74 Abs. 2 HGB). Darüber hinaus sieht § 74 Abs. 1 HGB für eine solche Wettbewerbsabrede die Einhaltung der Schriftform und die Aushändigung einer vom Arbeitgeber unterzeichneten entsprechenden Urkunde an den Arbeitnehmer vor. Liegen diese Voraussetzungen vor, sind beide Parteien an die Vereinbarung gebunden. Der Arbeitnehmer hat sich, soweit die Abrede reicht, des Wettbewerbs zu enthalten, und hat im Gegenzug unter Berücksichtigung gegebenenfalls erzielten anderweitigen Erwerbs (§ 74c HGB) Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung (BAG 22. März 2017 - 10 AZR 448/15 - Rn. 22, BAGE 158, 329; zum Gegenseitigkeitsverhältnis auch: BAG 7. Juli 2015 - 10 AZR 260/14 - Rn. 29, BAGE 152, 99; 14. Juli 2010 - 10 AZR 291/09 - Rn. 22, BAGE 135, 116).

(3) Wettbewerbsverbote, die entgegen § 74 Abs. 2 HGB überhaupt keine Karenzentschädigung vorsehen, sind hingegen nach ständiger Rechtsprechung - auch wenn sie schriftlich vereinbart wurden - nichtig. Weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber können aus einer solchen Abrede Rechte herleiten (zuletzt zB BAG 22. März 2017 - 10 AZR 448/15 - Rn. 23, BAGE 158, 329; 15. Januar 2014 - 10 AZR 243/13 - Rn. 14 mwN, BAGE 147, 128; ebenso EBJs/Boecken/Rudkowski 4. Aufl. § 74 Rn. 50; ErfK/Oetker 21. Aufl. HGB § 74 Rn. 18; MüKoHGB/Thüsing 5. Aufl. § 74 Rn. 49: „praktisch“ nichtig). Für eine Wahl des Arbeitnehmers zwischen der Ausübung von Wettbewerb und der Wettbewerbsenthaltung gegen Entschädigung bleibt in diesen besonderen Fällen kein Raum, da der Arbeitnehmer auch dann, wenn er das Wettbewerbsverbot einhält, keine Zahlungsansprüche aus der Vereinbarung herleiten könnte (BAG 22. März 2017 - 10 AZR 448/15 - aaO; Baumbach/Hopt/Roth HGB 40. Aufl. § 74 Rn. 22; Wagner/Vogt in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas HGB 5. Aufl. § 74 Rn. 66; einschränkend Bauer/Diller Wettbewerbsverbote 8. Aufl. Rn. 472 [„gewisser Widerspruch“ zum Wortlaut des Gesetzes]).

(4) Unverbindlich sind demgegenüber Wettbewerbsverbote bzw. damit in Zusammenhang stehende Abreden, die zwar schriftlich vereinbart wurden und dem Grunde nach einen Anspruch auf eine Karenzentschädigung vorsehen, die aber zuungunsten des Arbeitnehmers von den gesetzlichen Vorgaben abweichen. Hierzu gehören nicht nur Vereinbarungen, bei denen die Entschädigung nicht (eindeutig) die gesetzliche Mindesthöhe erreicht (vgl. zB BAG 15. Januar 2014 - 10 AZR 243/13 - Rn. 23, BAGE 147, 128), die zu weit gefasst sind (vgl. zB BAG 21. April 2010 - 10 AZR 288/09 - Rn. 22, BAGE 134, 147) und die unter Bedingungen stehen oder dem Arbeitgeber ein Wahlrecht einräumen (vgl. zB BAG 14. Juli 2010 - 10 AZR 291/09 - Rn. 20, BAGE 135, 116; 22. Mai 1990 - 3 AZR 647/88 - zu I 1 der Gründe mwN), sondern auch solche Vereinbarungen, die gegen die Vorgaben des § 74a Abs. 1 HGB verstoßen (vgl. etwa BAG 21. April 2010 - 10 AZR 288/09 - Rn. 22 f., aaO; 13. September 1969 - 3 AZR 138/68 - zu Teil I III 1 der Gründe, BAGE 22, 125) oder eine über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 HGB hinausgehende Anrechnung vorsehen (vgl. BAG 25. Juni 1985 - 3 AZR 305/83 - zu II 1 der Gründe, BAGE 49, 109). In all diesen Fällen sehen die §§ 74 ff. HGB nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung vor. Vielmehr ist - abhängig davon, von welcher gesetzlichen Vorgabe abgewichen wird - zu differenzieren:

(a) Führt der Verstoß gegen die gesetzliche Vorgabe zur Unverbindlichkeit des gesamten Wettbewerbsverbots, hat der Arbeitnehmer ein Wahlrecht: Er kann frei entscheiden, ob er sich an die Wettbewerbsvereinbarung hält, also Wettbewerb unterlässt, und damit einen Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung erwirbt (BAG 15. Januar 2014 - 10 AZR 243/13 - Rn. 31, BAGE 147, 128), oder ob er in Wettbewerb zu seinem ehemaligen Arbeitgeber tritt, ohne hierfür wegen der für ihn bestehenden Unverbindlichkeit Sanktionen befürchten zu müssen. Diese Entscheidung muss der Arbeitnehmer zu Beginn der Karenzzeit für den gesamten Zeitraum treffen (BAG 22. März 2017 - 10 AZR 448/15 - Rn. 24, BAGE 158, 329; 14. Juli 2010 - 10 AZR 291/09 - Rn. 22, BAGE 135, 116). Entschließt sich der Arbeitnehmer bei entsprechenden Verstößen zur Einhaltung des Verbots, hat er Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Entschädigung, nicht hingegen auf die Mindestentschädigung nach § 74 Abs. 2 HGB (st. Rspr., zB vgl.

BAG 14. Juli 2010 - 10 AZR 291/09 - Rn. 38, aaO; 18. Januar 2000 - 9 AZR 929/98 - zu II a der Gründe).

(b) Führt der Verstoß gegen die gesetzliche Vorgabe hingegen dazu, dass die Vereinbarungen über das Wettbewerbsverbot ihre Verbindlichkeit nicht vollständig, sondern nur teilweise einbüßen, kann die Rechtsfolge einer überschießenden Regelung sein, dass eine Bindung des Arbeitnehmers zwar erfolgt, aber nur im Rahmen des rechtlich Zulässigen. Dies hat das Bundesarbeitsgericht sowohl im Fall eines Verstoßes gegen die Vorgaben des § 74a Abs. 1 HGB (*vgl. etwa BAG 21. April 2010 - 10 AZR 288/09 - Rn. 22 f., BAGE 134, 147; 13. September 1969 - 3 AZR 138/68 - zu Teil I III 1 der Gründe, BAGE 22, 125*) als auch in einem Fall angenommen, in dem die vertragliche Vereinbarung eine über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 HGB hinausgehende Anrechnung vorsah (*vgl. BAG 25. Juni 1985 - 3 AZR 305/83 - zu II 1 der Gründe, BAGE 49, 109*). 37

cc) Danach ist das Wettbewerbsverbot der Parteien nicht nach den Bestimmungen in §§ 74 ff. HGB nichtig. 38

(1) Das Schriftformerfordernis des § 74 Abs. 1 Halbs. 1 HGB ist eingehalten. Der von beiden Parteien unterzeichnete Arbeitsvertrag enthält in seinem § 15 die vollständige Wettbewerbsvereinbarung einschließlich der Vereinbarung über die Zahlung einer Karenzentschädigung. Damit ergibt sich aus der Urkunde der wesentliche Inhalt des der Schriftform unterliegenden Rechtsgeschäfts, was ausreicht (*BAG 15. Januar 2014 - 10 AZR 243/13 - Rn. 21 mwN, BAGE 147, 128*). Ob der Klägerin, wie von § 74 Abs. 1 Halbs. 2 HGB verlangt, eine Originalurkunde des Arbeitsvertrags übergeben worden ist, ist für die Gültigkeit der Wettbewerbsabrede nicht von Belang. Insoweit handelt es sich nicht um eine Formvorschrift iSd. § 125 Satz 1 BGB, sondern um eine Dokumentationsregelung. Ist - wie hier - die für die Wettbewerbsabrede vorgeschriebene Schriftform gewahrt, hindert eine etwa unterbliebene Aushändigung der Urkunde den Arbeitnehmer nicht daran, sich auf das Wettbewerbsverbot zu berufen und bei dessen Einhaltung Karenzentschädigung zu verlangen (*BAG 23. November 2004 - 9 AZR 595/03 - zu A I 1 a der Gründe, BAGE 112, 376*). 39

(2) Die Parteien haben auch kein entschädigungsloses Wettbewerbsverbot vereinbart. Die Beklagte hat der Klägerin vielmehr in § 15 Satz 3 Halbs. 1 des Arbeitsvertrags ausdrücklich eine Karenzentschädigung „in Höhe der Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen Vergütung“ zugesagt. Aus dem Umstand, dass nach § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags auf die Entschädigung angerechnet wird, was die Klägerin durch Verwertung ihrer Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, folgt nichts Abweichendes. Obgleich die in § 15 Satz 3 Halbs. 1 und Halbs. 2 des Arbeitsvertrags getroffenen Abreden durch ein „wobei“ verbunden sind, enthält § 15 Satz 3 des Arbeitsvertrags zwei inhaltlich selbständige Regelungen über die Karenzentschädigung und deren Höhe auf der einen Seite (*Halbs. 1*) und die Anrechnung anderweitigen Verdienstes auf der anderen Seite (*Halbs. 2*). Die in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags vorgesehene Anrechnung lässt demnach die Vereinbarung über die Karenzentschädigung und ihre Höhe unberührt. 40

b) Die von den Parteien in § 15 Satz 1 und Satz 3 des Arbeitsvertrags getroffenen Vereinbarungen, die keine überraschenden Klauseln iSv. § 305c Abs. 1 BGB darstellen und deshalb Vertragsbestandteil geworden sind, sind auch nicht wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (*zu den sich hieraus ergebenden Anforderungen: vgl. bspw. BAG 24. August 2017 - 8 AZR 378/16 - Rn. 18; 26. Januar 2017 - 6 AZR 671/15 - Rn. 22, BAGE 158, 81; 23. Januar 2014 - 8 AZR 130/13 - Rn. 23, jeweils mwN*) unwirksam. Die Klauseln enthalten keine vermeidbaren Unklarheiten. 41

aa) Das in § 15 Satz 1 des Arbeitsvertrags vereinbarte Wettbewerbsverbot ist nach seinem örtlichen (Umkreis von drei Kilometern von der Praxis der Beklagten entfernt), zeitlichen (zwei Jahre) und inhaltlichen (zahnärztliche Tätigkeit in eigener Praxis) Umfang zweifelsfrei bestimmt. 42

bb) § 15 Satz 3 des Arbeitsvertrags ist sowohl hinsichtlich der vereinbarten Karenzentschädigung als auch hinsichtlich der dort vorgesehenen Anrechnung anderweitigen Verdienstes ausreichend klar und verständlich. 43

Soweit nicht näher konkretisiert wird, welche Entgeltbestandteile von dem Begriff der „Vergütung“ umfasst sind, ist dies unschädlich. Die Klausel ist ohne Weiteres und auch ohne konkrete Bezugnahme auf § 74 Abs. 2 HGB dahin auszulegen, dass der Begriff der zuletzt bezogenen „Vergütung“ in § 15 Satz 3 Halbs. 1 des Arbeitsvertrags dem der „vertragsmäßigen Leistungen“ iSv. § 74 Abs. 2 HGB entspricht und damit nicht nur das eigentliche regelmäßige Entgelt, sondern sämtliche Vergütungsbestandteile umfasst, die der Arbeitnehmer für seine Tätigkeit erhält. Im Übrigen kann ein verständiger und redlicher Erklärungsempfänger die Formulierung in § 15 Satz 3 Halbs. 1 des Arbeitsvertrags, wonach für die Dauer des Verbots jährlich eine Entschädigung in Höhe der Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen Vergütung zu zahlen ist, nur dahin verstehen, dass ihm bei Einhaltung des Wettbewerbsverbots grundsätzlich eine Karenzentschädigung in der in § 74 Abs. 2 HGB bestimmten Mindesthöhe zufließen soll. Dass es an Vereinbarungen über die Fälligkeit der Entschädigung fehlt, führt nicht zur Intransparenz, weil das Gesetz in § 74b HGB eine entsprechende Regelung enthält. 44

Schließlich ist auch die Anrechnungsregelung in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags ausreichend klar und verständlich in dem Sinne, dass ein verständiger und redlicher Erklärungsempfänger ihr entnehmen kann, „was auf ihn zukommt“. Zwar wird der anderweitige, durch Verwertung der Arbeitskraft erzielte oder infolge böswilligen Unterlassens nicht erzielte Erwerb nicht weiter konkretisiert. Dies ist aber mit Blick auf die sich aus dem Transparenzgebot ergebenden Anforderungen unschädlich, weil auch die gesetzliche Bestimmung in § 74c Abs. 1 HGB insoweit nicht weiter differenziert. An die Verständlichkeit vorformulierter Vereinbarungen über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot können grundsätzlich keine höheren Anforderungen gestellt werden als an entsprechende gesetzliche Bestimmungen (*vgl. Straube BB 2013, 117, 118*). 45

c) Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten führt der Umstand, dass die in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags getroffene Abrede eine über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB hinausgehende Anrechnung vorsieht, 46

nicht zur Unverbindlichkeit des gesamten Wettbewerbsverbots, die - wie die Beklagte meint - dann zur Folge hätte, dass die Klägerin, die sich an das Wettbewerbsverbot gehalten hat, die Anrechnungsvereinbarung in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags gegen sich gelten lassen müsste. Vielmehr führt der Verstoß gegen die Vorgaben des § 74c Abs. 1 HGB nach § 75d Satz 1 HGB dazu, dass nur die in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags getroffene Vereinbarung insoweit für die Klägerin unverbindlich ist, als sie über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB hinausgeht.

aa) Gemäß § 74c 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). Nach § 74c Abs. 1 HGB findet die in dieser Bestimmung vorgesehene Anrechnung kraft Gesetzes unabhängig davon statt, ob die Anrechenbarkeit anderweitig erzielten oder aufgrund böswilligen Unterlassens nicht erzielten Erwerbs in einer Wettbewerbsvereinbarung ausdrücklich geregelt oder auch nur erwähnt wird.

47

bb) Im vorliegenden Verfahren haben die Parteien in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags eine Anrechnung vereinbart, die über die hier einschlägigen Vorgaben des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB hinausgeht. Der Arbeitsvertrag sieht nämlich insoweit eine uneingeschränkte Anrechnung vor. 48

cc) Dieser Umstand führt nach § 75d Satz 1 HGB allerdings nicht zur Unverbindlichkeit des gesamten Wettbewerbsverbots, sondern dazu, dass die in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags getroffene Vereinbarung insoweit für die Klägerin unverbindlich ist, als sie über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB hinausgeht. 49

(1) Gemäß § 75d Satz 1 HGB (analog) kann sich der Arbeitgeber auf eine Vereinbarung, durch die von den Vorschriften der §§ 74 bis 75c HGB zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen wird, nicht berufen. Das gilt nach Satz 2 der Regelung auch von Vereinbarungen, die bezwecken, die gesetzlichen Vorschriften über das Mindestmaß der Entschädigung durch Verrechnungen oder auf sonstige Weise zu umgehen. Danach sind insbesondere Vereinbarungen über die Anrechenbarkeit anderweitig erzielten oder aufgrund böswilligen Unterlassens nicht erzielten Verdienstes über die in § 74c Abs. 1 HGB normierten Grenzen hinaus unzulässig, wobei Rechtsfolge eines solchen Verstoßes nach § 75d Satz 1 HGB weder die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots noch seine vollständige Unverbindlichkeit, sondern die Unverbindlichkeit der einzelnen vom Gesetz abweichenden Vereinbarung ist. § 75d HGB stellt sicher, dass die Vorgaben der §§ 74 ff. HGB zugunsten der Arbeitnehmer zwingend sind (*vgl. BAG 14. Juli 1981 - 3 AZR 515/78 - zu II 1 der Gründe, BAGE 37, 26*). Es soll verhindert werden, dass der über diese Bestimmungen vermittelte Schutz ins Leere läuft. Das gilt auch in solchen Fällen, in denen nach der vertraglichen Anrechnungsvereinbarung die Anrechenbarkeit anderweitigen Erwerbs in voller Höhe stattfinden soll und die vertragliche Vereinbarung insoweit darauf zielt, die zugesagte Karenzentschädigung unter Umständen auf „Null“ zu reduzieren (*im Ergebnis bereits BAG 25. Juni 1985 - 3 AZR 305/83 - zu II 1 der Gründe, BAGE 49, 109; offengelassen von BAG 31. Januar 2018 - 10 AZR 392/17 - Rn. 13, BAGE 162, 12; 14. September 2011 - 10 AZR 198/10 - Rn. 14 ff.*). 50

(2) Allerdings wird im Schrifttum (vgl. die Nachweise bei *Bauer/Diller Wettbewerbsverbote* 8. Aufl. Rn. 477 ff.; *NK-GA/Reinhard § 74c HGB* Rn. 18; *BeckOGK/Ittmann Stand 15. September 2021 HGB § 75d* Rn. 6) verbreitet angenommen, eine zu weitreichende vertragliche Anrechnungsregelung führe zu einer Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots insgesamt und nicht lediglich zur Unverbindlichkeit der die gesetzlichen Vorgaben übersteigenden Anrechnungsregelung. Dabei wird im Wesentlichen darauf abgestellt, dass durch eine Vereinbarung, die abweichend von § 74c Abs. 1 HGB eine weitergehende Anrechnung anderweitigen Erwerbs vorsieht, die Zusage einer Mindestentschädigung „absolut infrage gestellt“ werde (zB *BeckOGK/Ittmann aaO* Rn. 8.4) bzw. dass die Auswirkungen einer die Grenzen des § 74c Abs. 1 HGB überschreitenden Anrechnungsvereinbarung wirtschaftlich keine anderen seien als bei einer von vornherein zu geringen Karenzentschädigung (*Bauer/Diller aaO* Rn. 479). 51

(3) Dem folgt der Senat nicht. Vielmehr hält er an der bereits unter Rn. 37 dargestellten Rechtsprechung fest, wonach eine über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 HGB hinausgehende Vereinbarung nicht die Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots als solches zur Folge hat, sondern nur dazu führt, dass die konkrete Anrechnungsvereinbarung insoweit unverbindlich (§ 75d Satz 1 HGB) ist, als sie über die gesetzliche Regelung in § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB hinausgeht und vorsieht, dass anderweitiger Erwerb in voller Höhe auf die Karenzentschädigung anzurechnen ist. 52

(a) Das Handelsgesetzbuch unterscheidet in den §§ 74 ff. - je nach konkretem Inhalt der Vereinbarung - ausdrücklich zwischen der Rechtsfolge der Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots und der Unverbindlichkeit einer konkreten Vereinbarung, durch die von den Vorschriften der §§ 74 bis 75c HGB zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen wird. Es ordnet die vollständige Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots in § 74 Abs. 2 HGB lediglich für den Fall an, dass die vereinbarte Karenzentschädigung die Mindestentschädigung nach § 74 Abs. 2 HGB unterschreitet. Demgegenüber ist nach § 74a Abs. 1 HGB eine differenzierte Betrachtung geboten. Nach § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB ist das Wettbe- 53

werbsverbot nur insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Und nach § 74a Abs. 1 Satz 2 HGB ist das Wettbewerbsverbot ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Demgegenüber ordnet § 75d HGB für den Fall, dass durch eine Vereinbarung von den Vorschriften der §§ 74 bis 75c HGB zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen wird, nicht die vollständige oder teilweise Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots an, sondern bestimmt, dass der Prinzipal sich auf diese abweichende Vereinbarung nicht berufen kann. Damit ist eine solche Vereinbarung für den Arbeitnehmer nur im zulässigen Umfang verbindlich. Es kommt kraft Gesetzes zu einer geltungserhaltenden Reduktion auf das gesetzlich zulässige Maß.

(b) Davon abgesehen gebietet es der Zweck des § 75d HGB, an zu weitreichende, weil die Vorgaben des § 74c Abs. 1 HGB übersteigende vertragliche Anrechnungsregelungen nicht die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit des gesamten Wettbewerbsverbots zu knüpfen, sondern die Anrechnungsregelung nur insoweit als für den Arbeitnehmer unverbindlich anzusehen, als sie über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB hinausgeht (*so auch für bloße Nebenabreden zum Wettbewerbsverbot: BeckOGK/Ittmann Stand 15. September 2021 HGB § 75d Rn. 8; MüKoHGB/Thüsing 5. Aufl. HGB § 75d Rn. 4, 5*). Würde der Fall einer überschießenden Anrechnungsregelung mit der Zusage einer zu niedrigen Karenzentschädigung gleichgestellt, würde, sofern der Arbeitnehmer sein ihm dann konsequenterweise zuzubilligendes Wahlrecht dahin ausüben sollte, sich an die Wettbewerbsvereinbarung zu halten, der durch § 74c Abs. 1 HGB bezweckte Arbeitnehmerschutz nicht gewährleistet. Der Arbeitnehmer müsste dann nämlich auch die von § 74c Abs. 1 HGB abweichende Anrechnungsregelung gegen sich gelten lassen. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Zweck des § 75d HGB, sicherzustellen, dass ua. die Vorgaben des § 74c Abs. 1 HGB zugunsten der Arbeitnehmer zwingend sind, unvereinbar.

54

dd) Es kann im Übrigen im vorliegenden Verfahren dahinstehen, ob die in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags getroffene Anrechnungsvereinbarung einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zu unterziehen ist oder ob die in den §§ 74 ff. HGB getroffenen Regelungen als *leges speciales* einer Inhaltskontrolle entgegenstehen. Auch dann, wenn § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB nicht standhalten sollte, würde sich an dem Ergebnis, dass eine Anrechnung erzielten oder böswillig unterlassenen Erwerbs nur in dem in § 74c Abs. 1 HGB gesetzlich vorgesehenen Umfang stattfinden würde, nichts ändern. Angesichts der sprachlichen und inhaltlichen Teilbarkeit von § 15 Satz 3 des Arbeitsvertrags würde im Fall der Unwirksamkeit der in § 15 Satz 3 Halbs. 2 des Arbeitsvertrags getroffenen Vereinbarung nach § 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB diese Vertragsbedingung unter Aufrechterhaltung des Vertrags im Übrigen entfallen. Dies hätte zur Folge, dass die Klägerin sich von Gesetzes wegen nach § 74c Abs. 1 HGB auf die Karenzentschädigung das anrechnen lassen müsste, was sie während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung ihrer Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, soweit die Entschädigung unter Hinzurechnung dieses Betrags den Betrag der zuletzt von ihr bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um nicht mehr als ein Zehntel übersteigen würde.

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise unwirksam, bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB) und sein Inhalt richtet sich insoweit nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). § 306 Abs. 1 BGB enthält eine kodifizierte Abweichung von der Auslegungsregel des § 139 BGB, wonach im Fall der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (*vgl. etwa BAG 21. April 2016 - 8 AZR 474/14 - Rn. 42*). Demzufolge hat § 306 Abs. 1 BGB die Vertragserhaltung und damit in erster Linie den Schutz des Vertragspartners des Verwenders zum Ziel, denn dieser hat regelmäßig ein Interesse daran, dass nur die unbilligen Abreden entfallen und der Vertrag im Übrigen bestehen bleibt (*vgl. etwa BGH 13. November 1997 - IX ZR 289/96 - zu II 2 b der Gründe, BGHZ 137, 153*). Entsprechend dem ihm immanenten Vertragserhaltungsgedanken berücksichtigt § 306 Abs. 1

BGB, dass Klauseln nur teilweise unwirksam sein können und ordnet den Wegfall der Bestimmungen nur „insoweit“ an, als diese der Inhaltskontrolle nicht standhalten (vgl. etwa BAG 25. Februar 2021 - 8 AZR 171/19 - Rn. 72).

(2) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Teilbarkeit einer Bestimmung durch Streichung des unwirksamen Teils zu ermitteln (vgl. etwa BAG 30. September 2014 - 3 AZR 930/12 - Rn. 36, BAGE 149, 200; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 64; 12. März 2008 - 10 AZR 152/07 - Rn. 28). Maßgeblich ist, ob die Klausel mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abgrenzbar ist. Verbleibt nach „Wegstreichen“ der unwirksamen Teilregelung oder des unwirksamen Klauselteils eine verständliche Regelung, bleibt diese bestehen (sog. *blue-pencil-test*, vgl. etwa BAG 21. April 2016 - 8 AZR 474/14 - Rn. 43; 19. Oktober 2011 - 7 AZR 33/11 - Rn. 69; 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 27, BAGE 139, 156). 57

(3) Die in § 15 Satz 3 des Arbeitsvertrags enthaltene Regelung ist inhaltlich und sprachlich teilbar. Nach „Wegstreichen“ des zweiten Halbsatzes, der die Anrechnung anderweitigen Erwerbs betrifft, ist die Regelung in Halbs. 1, wonach für die Dauer des Verbots eine Karenzentschädigung in Höhe der Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen Vergütung gezahlt wird, ohne Weiteres verständlich. 58

d) Auch die weiteren Voraussetzungen für einen Anspruch der Klägerin auf Karenzentschädigung liegen vor. 59

aa) Die Beklagte hat nicht iSv. § 75a HGB auf das Wettbewerbsverbot verzichtet mit der Folge, dass sie zumindest mit Ablauf eines Jahres seit der Abgabe einer solchen Erklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung frei geworden wäre. 60

bb) Nach den bindenden (§ 559 Abs. 2 ZPO) Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin sich im gesamten Klagezeitraum, der sich mit der vereinbarten Karenzzeit von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses deckt, an das Wettbewerbsverbot gehalten. 61

3. Der Klägerin steht die Karenzentschädigung auch in der beantragten Höhe zu. 62
- a) Das Landesarbeitsgericht hat als Bemessungsgrundlage für die Karenzentschädigung nicht auf die in § 9 des Arbeitsvertrags vereinbarte Mindestvergütung abgestellt, sondern einen monatlichen Verdienst iHv. 5.446,86 Euro brutto angenommen. Da - wie unter Rn. 44 ausgeführt - der Begriff der „zuletzt bezogenen Vergütung“ in § 15 Satz 3 Halbs. 1 des Arbeitsvertrags nicht enger zu verstehen ist als der der „zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen“ in § 74 Abs. 2 HGB, ist auch die der Klägerin bis zuletzt zugeflossene Umsatzbeteiligung in die Berechnung der Karenzentschädigung einzubeziehen, da es sich insoweit um eine Leistung handelte, die im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung der Klägerin stand (*zu dieser Voraussetzung bspw. BAG 22. Oktober 2008 - 10 AZR 360/08 - Rn. 17, 18 mwN*). Gegenüber der - zutreffenden - Annahme des Berufungsgerichts, daraus ergebe sich für jeden vollen Monat der Karenzzeit ein Anspruch auf Karenzentschädigung iHv. 2.723,43 Euro, erhebt die Beklagte in der Revision auch keine Rügen (mehr). 63
- b) Das Berufungsgericht hat auch zutreffend erkannt, dass - wie unter Rn. 46 ff. ausgeführt - eine Anrechnung des von der Klägerin in der Karenzzeit erzielten anderweitigen Verdienstes nur in den Grenzen des § 74c Abs. 1 HGB stattfindet. 64
- aa) Danach muss sich die Klägerin, die während der Karenzzeit nicht gezwungen war, ihren Wohnsitz zu verlegen, nach § 74c Abs. 1 HGB anderweitigen Verdienst lediglich insoweit anrechnen lassen, als die Summe aus anzurechnendem Erwerb und Entschädigung mehr als 110 vH der bisherigen vertragsmäßigen Leistungen beträgt. 110 vH der bisherigen vertragsmäßigen Leistungen ergeben hier 5.991,55 Euro brutto; für die Monate April 2018 und April 2020 ist jeweils die Hälfte dieses Betrags anzusetzen. 65

bb) 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 16. November 2005 - 10 AZR 152/05 - Rn. 25; 23. Februar 1999 - 9 AZR 739/97 - BAGE 91, 56; 16. November 1973 - 3 AZR 61/73 - zu II 1 der Gründe, BAGE 25, 385*). Über die Höhe der Vergütung, welche die Klägerin in dem Arbeitsverhältnis mit ihrer neuen Arbeitgeberin erzielt hat, besteht zwischen den Parteien kein Streit. Ob es sich bei dem von der Klägerin zeitweise (von der Krankenkasse) bezogenen Mutterschaftsgeld 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. 66

c) Nach alledem steht der Klägerin eine Karenzentschädigung iHv. 26.589,27 Euro brutto zu. 67

4. Der Anspruch auf die begehrten Rechtshängigkeitszinsen folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. 68

Prozesszinsen stehen der Klägerin allerdings erst ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag zu (*vgl. BAG 17. Oktober 2018 - 5 AZR 538/17 - Rn. 40*). Ausgehend davon, dass der Beklagten die Klageschrift mit einer Klageforderung iHv. 10.170,58 Euro am 6. Mai 2019, die erstinstanzliche Klageerweiterung vom 5. Juli 2019 über weitere 4.177,53 Euro, über die ein förmlicher Zustellnachweis nicht vorliegt, der Beklagten spätestens am 16. Juli 2019, und die Berufungsbegründung mit der letztlich um 12.241,16 Euro erweiterten Klage am 21. Februar 2020 zugestellt wurden, sind Prozesszinsen auf den jeweils geltend gemachten Betrag ab dem 7. Mai 2019, dem 17. Juli 2019 und dem 22. Februar 2020 zu leisten. Soweit das Landesarbeitsgericht auf einen Zinsbeginn ab dem 29. April 2018 erkannt hat, hat es der Klägerin mehr zuerkannt als beantragt. Dass die Beklagte insoweit keine Revisionsrügen erhoben hat, ist unbeachtlich. Der in der Zuerkennung höherer Zinsen liegende Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO ist von Amts wegen zu berücksichtigen. 69

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 iVm. § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO (analog). 70

Schlewing

Winter

Berger

Kothe-Woywode

Hilgenfeld