

Aktenzeichen: 10 AZR 360/08
Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 22. Oktober 2008
- 10 AZR 360/08 -

I. Arbeitsgericht
Bielefeld

Urteil vom 2. Oktober 2007
- 5 Ca 1035/07 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 8. April 2008
- 9 Sa 1965/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Karenzentschädigung - Elternteilzeit

Gesetze:

HGB § 74 Abs. 2, § 74b Abs. 2 Satz 1; BErzGG (BEEG) § 15 Abs. 6;
TzBfG § 8 Abs. 4; GG Art. 6

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Fortführung von BAG 15. April 2008 - 9 AZR 380/07 - AP BErzGG § 15
Nr. 50 = EzA BErzGG § 15 Nr. 17; 23. April 1996 - 9 AZR 696/94 - AP
BErzGG § 17 Nr. 7 = EzA BeschFG 1985 § 2 Nr. 46



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 360/08
9 Sa 1965/07
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Oktober 2008

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Freitag, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Marquardt, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler sowie die ehren-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

amtliche Richterin Trümner und den ehrenamtlichen Richter Züfle für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 8. April 2008 - 9 Sa 1965/07 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Höhe einer Karenzentschädigung. 1

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 1. Januar 2004 als Produktmanager für den Bereich Solartechnik tätig. Im Arbeitsvertrag war eine Wettbewerbsabrede mit einer Karenzentschädigung vereinbart. § 4 des Arbeitsvertrags vom 28. Oktober 2003 lautet auszugsweise: 2

„Wettbewerbsabrede

Herr E verpflichtet sich, auch zwei Jahre nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht in selbständiger, unselbständiger oder in sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, welches mit S im direkten oder indirekten Wettbewerb steht oder mit einem Wettbewerbsunternehmen verbunden ist. Herr E wird nicht an der Gründung eines solchen Unternehmens mitwirken, sich nicht an ihm beteiligen und ihm nicht mit Rat und Tat zur Seite stehen. Das Wettbewerbsverbot gilt auch zugunsten der mit S verbundenen Unternehmen.

Während der Dauer dieses Wettbewerbsverbotes zahlt S nach Maßgabe der gültigen gesetzlichen Bestimmungen monatlich die Hälfte des bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses zuletzt bezogenen Arbeitsentgeltes.

...

Für diese Wettbewerbsabrede und die Karenzentschädigung gelten alle gültigen gesetzlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches (HGB).“



Die Arbeitszeit des Klägers betrug entsprechend der betrieblichen Vollarbeitszeit 38,5 Arbeitsstunden wöchentlich. Im Juli 2005 erhielt der Kläger ein Festgehalt in Höhe von 4.844,79 Euro brutto.

3

Mit Schreiben vom 20. Juni 2005 verlangte der Kläger von der Beklagten Elternzeit für die Zeit vom 19. August 2005 bis zum 18. August 2007 und für die Dauer der Elternzeit eine Verringerung der Arbeitszeit auf 30 Wochenstunden bei einer Verteilung auf fünf Wochentage. Mit Schreiben vom 24. Juni 2005 bestätigte die Beklagte die Elternzeit sowie die geänderte Arbeitszeit. Das Arbeitsverhältnis endete durch Eigenkündigung des Klägers zum 31. August 2006. Die Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses des Klägers bei einem Wettbewerber der Beklagten an einem anderen Ort, an dem die Ehefrau des Klägers zwischenzeitlich ein Arbeitsverhältnis aufgenommen hatte, lehnte die Beklagte ab. Die Beklagte zahlte an den Kläger eine monatliche Karenzentschädigung in Höhe von 2.231,14 Euro brutto unter Zugrundelegung des zuletzt, dh. im August 2006, bezogenen Festgehalts auf der Basis von 30 Wochenstunden.

4

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Karenzentschädigung sei nicht aus dem Festgehalt im letzten Monat vor seinem Ausscheiden, also im August 2006, zu berechnen, sondern aus dem Festgehalt des letzten Monats vor der Elternzeit, in dem er in Vollzeit beschäftigt worden sei. Es stehe ihm daher ein Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung in Höhe von 2.744,92 Euro brutto monatlich zu. §§ 74 und 75 HGB regelten die Berechnung der Karenzentschädigung nicht, wenn ein Arbeitnehmer zwischen Vollzeit und Teilzeit oder in ein ruhendes Arbeitsverhältnis wechsele oder zu vorübergehend geltenden Arbeitsbedingungen tätig sei. Die in §§ 15 ff. BErzGG (*jetzt §§ 15 ff. BEEG*) geschaffene Möglichkeit der befristeten Freistellung bzw. Verringerung der Arbeitszeit zur besseren Vereinbarung von Beruf und Familie werde nicht berücksichtigt. Es habe sich um eine zeitlich begrenzte Verringerung der Wochenarbeitszeit gehandelt, so dass kein normales Teilzeitarbeitsverhältnis vorgelegen habe. Er habe das Unternehmen der Beklagten nicht aus einer Teilzeitbeschäftigung heraus verlassen, sondern aus einer Vollzeitbeschäftigung, in der jedoch die beiderseitigen Hauptleistungspflichten zeitlich

5



beschränkt von 38,5 Stunden auf 30 Stunden verringert worden seien. Im Hinblick darauf, dass die gesetzliche Elternzeit überwiegend von Müttern in Anspruch genommen werde, bestünden erhebliche Bedenken, dass die von der Beklagten vorgenommene Auslegung des § 74 HGB hinsichtlich Art. 3 Abs. 2, 3 und Art. 6 GG einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalte. Im Falle von Elternzeit würden Arbeitnehmer, die ihre Arbeit fortsetzten, gegenüber solchen Arbeitnehmern benachteiligt, die in der Elternzeit keine Tätigkeit ausübten. Der jeweilige Arbeitnehmer müsse über die komplette Dauer des Wettbewerbsverbots die Verwendung der vollen Arbeitskraft beschränken, auch wenn diese noch deutlich über den Zeitraum der Elternzeit hinausginge, um den Anspruch auf volle Karenzentschädigung zu behalten. Dies widerspreche Sinn und Zweck von § 15 BErzGG (§ 15 BEEG) und §§ 74, 75 HGB.

Der Kläger hat beantragt,

6

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.651,58 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins auf jeweils 513,78 Euro seit dem 30. September 2006, dem 31. Oktober 2006, dem 30. November 2006, dem 31. Dezember 2006, dem 31. Januar 2007, dem 28. Februar 2007, dem 31. März 2007, dem 30. April 2007, dem 31. Mai 2007, dem 30. Juni 2007 und dem 31. Juli 2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, es bestehe keine Rechtsgrundlage dafür, der Berechnung der Karenzentschädigung die Vergütung für den Monat Juli 2005 zugrunde zu legen. § 74 Abs. 2 HGB stelle ausdrücklich auf die zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistungen ab. Es sei unerheblich, wie sich das Arbeitsverhältnis und damit der Verdienst bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses weiter entwickelt hätte. Der Arbeitnehmer, der während der Elternzeit eine Teilzeitbeschäftigung bei seinem Arbeitgeber ausübe, werde nicht anders behandelt als jeder andere Arbeitnehmer, der von einer Vollzeittätigkeit in eine Teilzeittätigkeit wechsele.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurück-

8



gewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- Die Revision des Klägers ist unbegründet. 9
- I. Das Landesarbeitsgericht hat der Berechnung der Karenzentschädigung gem. § 74 Abs. 2 HGB die zuletzt bezogene vertragsmäßige Leistung zugrunde gelegt. Es komme darauf an, was der Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung in dem maßgeblichen Zeitraum tatsächlich erhalten habe. Die Frage, ob er für die Zukunft mit derselben Vergütung rechnen könne, sei für die Karenzentschädigung nicht ausschlaggebend. Es sei daher unerheblich, dass sich der Kläger mit Ablauf der Elternzeit wieder in einem Vollzeitarbeitsverhältnis befunden hätte. Die Karenzentschädigung sei auf einen an der Situation bei Ausscheiden des Arbeitnehmers orientierten Nachteilsausgleich gerichtet. § 74b Abs. 2 Satz 1 HGB sei nicht anzuwenden. Die Vorschrift erfasse lediglich Einkommensarten, die von ständig wechselnden äußeren Umständen abhängen. Der Kläger werde nicht wegen des Geschlechts oder der Beanspruchung von Elternzeit anders als Vollzeitbeschäftigte behandelt. Es gebe keinen Grund dafür, Personen in Elternzeit durch ein Abstellen auf hypothetische Entwicklungen bei der Berechnung der Karenzentschädigung zu begünstigen. 10
- II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. 11
- Dem Kläger steht keine um monatlich 513,78 Euro brutto erhöhte Karenzentschädigung gegen die Beklagte gem. § 4 des Arbeitsvertrags zu. 12
1. Dass zwischen den Parteien eine wirksame Wettbewerbsvereinbarung getroffen worden ist, steht zwischen ihnen nicht im Streit. 13
- a) Wettbewerbsverbote sind gegenseitige Verträge, der Arbeitnehmer schuldet die Unterlassung des Wettbewerbs, der Arbeitgeber als Gegenleistung 14



die Zahlung der Karenzentschädigung zum Ausgleich des Nachteils, der dem Arbeitnehmer durch die Einschränkung seines Erwerbslebens entsteht. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Karenzentschädigung entsteht deshalb allein dadurch, dass der Arbeitnehmer den ihm verbotenen Wettbewerb unterlässt (BAG 23. November 2004 - 9 AZR 595/03 - BAGE 112, 376).

b) Nach § 4 des Arbeitsvertrags hat sich der Kläger verpflichtet, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht in Wettbewerb zu der Beklagten zu treten. Diese ist im Gegenzug verpflichtet, ihm während dieser Zeit nach Maßgabe der gültigen gesetzlichen Bestimmungen monatlich die Hälfte des bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses zuletzt bezogenen Arbeitsentgelts zu zahlen. Das Arbeitsverhältnis hat zum 31. August 2006 geendet.

15

2. Für die Berechnung der Karenzentschädigung nach § 4 des Arbeitsvertrags, § 74 Abs. 2 HGB sind die von dem Kläger vor seinem Austritt aus dem Arbeitsverhältnis bezogenen vertragsgemäßen Leistungen - bezogen auf 30 Wochenstunden - maßgebend.

16

a) Ausgangspunkt für die Berechnung des monatlichen Entschädigungsbetrags ist die in § 4 des Arbeitsvertrags, § 74 Abs. 2 HGB normierte Verpflichtung, wonach die Karenzentschädigung mindestens die Hälfte der von dem Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen betragen muss. Als vertragsmäßig im Sinne von § 74 Abs. 2 HGB ist eine Leistung anzusehen, die auf dem Austauschcharakter des Arbeitsvertrags beruht und als Vergütung für die geleistete Arbeit erbracht wird (Konzen/Weber in Staub HGB 4. Aufl. § 74b Rn. 14; Wagner in Röhrich/Graf von Westphalen HGB 3. Aufl. § 74b Rn. 9; GK-HGB/Etzel 5. Aufl. §§ 74 - 75d Rn. 43). Ausgangspunkt für die Bestimmung der „zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen“ iSd. § 74 Abs. 2 HGB ist alles, was der Arbeitnehmer in der fraglichen Zeit als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung erhalten hat (ErfK/Schaub/Oetker 8. Aufl. § 74 HGB Rn. 28; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene 2. Aufl. § 74 Rn. 46; BAG 16. November 1973 - 3 AZR 61/73 - BAGE 25, 385). Auch Jahresvergütungen, Gratifikationen, zusätzliche Urlaubsgelder, Tantiemen und ähnliche

17



Sonderzuwendungen zählen hierzu, selbst wenn sie der Arbeitgeber unter Ausschluss eines Rechtsanspruchs als freiwillige Leistung gewährt (vgl. BAG 9. Januar 1990 - 3 AZR 110/88 - BAGE 64, 1; 13. Dezember 1983 - 3 AZR 300/82 -).

Entscheidend ist, was der Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung zu dem maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich erhalten hat bzw. hätte erhalten müssen, auch wenn der Anspruch später fällig wird oder die Auszahlung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt (BAG 9. Januar 1990 - 3 AZR 110/88 - BAGE 64, 1). Es ist daher unerheblich, was der Arbeitnehmer im selben Arbeitsverhältnis zu einem früheren Zeitpunkt verdient hat (MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene § 74b Rn. 12; Grunsky Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer 2. Aufl. S. 68). Ohne Bedeutung ist, mit welchen Zahlungen der Arbeitnehmer auch in Zukunft sicher hätte rechnen können (MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene § 74 Rn. 46). Es kommt nicht darauf an, welche Leistungen der Arbeitnehmer bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt erhalten hätte. Wie sich der Verdienst weiterentwickelt hätte, ist nicht maßgeblich; es kommt allein darauf an, wie hoch der Verdienst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses war (BAG 16. November 1973 - 3 AZR 61/73 - BAGE 25, 385; Grunsky Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer S. 69; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene § 74b Rn. 12).

18

b) Vor seinem Ausscheiden erhielt der Kläger eine monatliche Gesamtvergütung in Höhe von 4.462,27 Euro brutto, so dass ihm demnach eine Karenzentschädigung in Höhe von 2.231,14 Euro brutto zusteht, die er erhalten hat.

19

3. Die Tatsache, dass der Kläger zum Zeitpunkt seines Ausscheidens mit einer bis zum Ende der Elternzeit ermäßigten Wochenarbeitszeit beschäftigt war, führt nicht dazu, dass für die Berechnung der Karenzentschädigung das vor Eintritt in die Elternzeit gezahlte Entgelt für eine Vollzeittätigkeit zugrunde zu legen ist.

20



- a) Scheidet ein Arbeitnehmer als Teilzeitbeschäftigter aus, so richtet sich die Karenzentschädigung nach den vertragsgemäßen Leistungen im Teilzeitarbeitsverhältnis, auch wenn er zuvor lange Zeit als Vollzeitarbeitnehmer tätig war. Dies gilt auch für ein Teilzeitarbeitsverhältnis nach § 15 Abs. 6 BErzGG. 21
- aa) Bei dem für die Dauer der Elternzeit vereinbarten Teilzeitarbeitsverhältnis handelt es sich nicht um ein gesondertes Arbeitsverhältnis, das neben ein ruhendes Vollzeitarbeitsverhältnis tritt, aus dem der Kläger ausgeschieden wäre. 22
- (1) Der Anspruch des Klägers auf Elternteilzeit richtet sich nach § 15 Abs. 6 BErzGG (*jetzt BEEG*). Zwar wäre nach dem Wortlaut der Übergangsvorschrift des § 27 Abs. 2 Satz 1 BEEG der Zweite Abschnitt des BEEG anzuwenden. Es wurde jedoch keine Regelung getroffen, nach der auf die zum Inkrafttreten am 1. Januar 2007 abgeschlossenen Sachverhalte mit Rückwirkung neues Recht angewandt werden soll. Nur soweit nach dem 31. Dezember 2006 Tatsachen entstehen, die für die im Zweiten Abschnitt getroffenen Bestimmungen maßgeblich sind, soll neues Recht Anwendung finden (*vgl. BAG 15. April 2008 - 9 AZR 380/07 - AP BErzGG § 15 Nr. 50 = EzA BErzGG § 15 Nr. 17*). Der Kläger hat die Elternzeit am 20. Juni 2005 für den Zeitraum vom 19. August 2005 bis 18. August 2007 beantragt, so dass das alte Recht zur Anwendung kommt. Im Übrigen unterscheiden sich die Vorschriften für den hier vorliegenden Fall nicht. 23
- Der Anspruch nach § 15 Abs. 6 BErzGG ist spezieller als derjenige nach § 8 Abs. 4 TzBfG, weil er die konkrete Situation des Elternzeitberechtigten erfasst. Er verdrängt diese Vorschrift aber nicht, denn Art. 6 GG erlaubt keine Benachteiligung. 24
- Das Recht auf Elternteilzeit stellt im Gegensatz zum Recht auf Elternzeit kein einseitiges Gestaltungsrecht, sondern einen Anspruch auf Vertragsänderung dar. Den Ansprüchen liegt kein einheitliches Recht auf Verringerung der Arbeitszeit zugrunde (*vgl. BAG 15. April 2008 - 9 AZR 380/07 - AP BErzGG § 15 Nr. 50 = EzA BErzGG § 15 Nr. 17*). Die Inanspruchnahme von Elternzeit führt aufgrund des dem Arbeitnehmer eingeräumten Gestaltungsrechts un- 25



mittelbar zum Ruhen der wechselseitigen Hauptpflichten (vgl. BAG 19. April 2005 - 9 AZR 233/04 - BAGE 114, 206). Der Elternteilzeitsanspruch nach § 15 Abs. 6 BErzGG hingegen ist auf eine befristete Verringerung der vertraglichen Arbeitszeit gerichtet. Die Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG kann auch während der Elternzeit verlangt werden. Die Anwendung des § 8 TzBfG wird auch nicht durch die Möglichkeit verdrängt, den Verringerungsanspruch nach § 15 Abs. 6 BErzGG „während der Gesamtdauer der Elternzeit“ in Anspruch nehmen zu können (vgl. BAG 8. Mai 2007 - 9 AZR 1112/06 - AP TzBfG § 8 Nr. 21 = EzA TzBfG § 8 Nr. 18). Während der Arbeitgeber dem Verringerungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG betriebliche Gründe entgegenhalten kann, müssen diese gem. § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BErzGG dringend sein. Zudem beschränkt § 15 Abs. 6 BErzGG die Dauer der Verringerung zeitlich auf die Gesamtdauer der Elternzeit. Demgegenüber haben weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer Anspruch auf eine zeitliche Befristung der Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG (BAG 12. September 2006 - 9 AZR 686/05 - BAGE 119, 254). Ist die Arbeitszeit nach § 8 TzBfG verringert, kommt eine Aufstockung mit dem Ziel der Wiederherstellung der ursprünglichen Arbeitszeit nur nach Maßgabe des § 9 TzBfG in Betracht (Bruns BB 2008, 330, 333).

(2) In dem ununterbrochen seit 1. Januar 2004 zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnis ist für die Dauer der Elternzeit die regelmäßige Wochenarbeitszeit gem. § 15 Abs. 6 BErzGG auf 30 Stunden ermäßigt worden. Es ist kein anderes Arbeitsverhältnis zusätzlich zu dem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis begründet worden. Dies hätte nur geschehen können, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien völlig neu geordnet worden wären (BAG 23. April 1996 - 9 AZR 696/94 - AP BErzGG § 17 Nr. 7 = EzA BeschFG 1985 § 2 Nr. 46). Die Parteien haben die Grundlagen der Entgeltzahlung und der Arbeitsleistung unverändert gelassen. Beschränkt sich die Änderung der Arbeitsbedingungen lediglich auf die Verminderung oder Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit, so besteht ein einheitliches Arbeitsverhältnis (vgl. BAG 23. April 1996 - 9 AZR 696/94 - aaO; 20. Dezember 1995 - 10 AZR 968/94 - AP BAT §§ 22, 23 Zuwendungs-TV Nr. 13 = EzA BGB § 611 Grati-

26



fikation, *Prämie* Nr. 138; *ErfK/Dörner* 8. Aufl. § 15 BEEG Rn. 25; *Buchner/Becker MuSchG und BEEG* 8. Aufl. § 15 BEEG Rn. 34).

bb) In der Literatur sind Bedenken geäußert worden, bei Teilzeitbeschäftigung die Karenzentschädigung nach § 74 Abs. 2 HGB aus der Teilzeitvergütung zu berechnen (*Bauer/Diller Wettbewerbsverbote* 4. Aufl. Rn. 264). Es gehe bei der Pflicht zur Zahlung einer 50 %igen Karenzentschädigung nicht nur darum, dem Arbeitnehmer seinen bisherigen Lebensstandard zu sichern. Vielmehr beruhe die 50 %-Grenze auch auf der Fiktion, dass die Hälfte der bisherigen Bezüge einen Anhaltspunkt für den Wert der Karenz bilde. Dieser Wert sei aber bei Teilzeitbeschäftigten genauso hoch wie bei Vollzeitbeschäftigten, weil das Wettbewerbsverbot eine Vollzeitbeschäftigung verbiete. Zwar werde man wohl an dem klaren Wortlaut des § 74 Abs. 2 HGB nicht vorbeikommen können. Es sei jedoch in solchen Fällen besonders sorgfältig zu prüfen, ob das Wettbewerbsverbot den Arbeitnehmer nicht iSv. § 74a Abs. 1 Satz 2 HGB unbillig hindere. Bei einem Wechsel von Vollzeit- auf Teilbeschäftigung kurz vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers erscheine es sachgerechter, auf den dreijährigen Bezugszeitraum gem. § 74b Abs. 2 HGB abzustellen.

27

Diese Bedenken können jedoch nicht dazu führen, den Anspruch des Klägers zu begründen. Folgte man der Auffassung (*Bauer/Diller Wettbewerbsverbote* Rn. 228), dass sich der Arbeitgeber den vollen Schutz vor Konkurrenz zum halben Preis erkaufe und es in solchen Fällen einer sorgfältigen Prüfung bedürfe, ob das Wettbewerbsverbot nach Inhalt und Dauer nicht eine unbillige Fortkommenserschwerung bedeute, wäre gem. § 75d HGB die Rechtsfolge, dass sich der Arbeitgeber nicht auf die Vereinbarungen berufen dürfte. Der Arbeitnehmer erlangte in diesem Fall ein Wahlrecht, ob er das Wettbewerbsverbot einhalten und die - geringere - Karenzentschädigung verlangen will oder ob er sich aus dem Wettbewerbsverbot löst (vgl. *ErfK/Schaub/Oetker* § 74a HGB Rn. 8; *MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene* § 74 Rn. 51). In jedem Fall könnte der Kläger daher höchstens die vereinbarte Karenzentschädigung geltend machen.

28



- cc) Ein dreijähriger Referenzzeitraum gem. § 74b Abs. 2 HGB kommt nicht in Frage. Danach kommt es bei wechselnden Bezügen nicht auf den letzten Bezugszeitraum, sondern auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre an. Dieser dreijährige Bezugszeitraum gilt aber nur für die variablen Vergütungsbestandteile. „Wechselnde Bezüge“ sind alle Einkommensarten, die „von ständig wechselnden äußeren Umständen abhängen“ (*BAG 5. August 1966 - 3 AZR 154/66 - AP HGB § 74 Nr. 19 = EzA HGB § 74 Nr. 1*). Es handelt sich dabei um Entgeltbestandteile, die entweder nicht in jedem Bezugszeitraum anfallen oder aber in jeweils unterschiedlicher Höhe. Zu den wechselnden Bezügen zählen Provisionen, Tantiemen und sonstige von äußeren Umständen abhängige Leistungen (*BAG 21. Januar 1972 - 3 AZR 117/71 - AP HGB § 74 Nr. 30 = EzA HGB § 74 Nr. 26; 5. August 1966 - 3 AZR 154/66 - aaO; ErfK/Schaub/Oetker § 74b Rn. 10; Wagner in Röhrich/Graf von Westphalen HGB § 74b Rn. 12; Konzen/Weber in Staub HGB § 74b Rn. 16; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene § 74b Rn. 15*). Der Wechsel von Vollzeit- auf Teilzeitbeschäftigung mit der damit verbundenen Entgeltreduzierung unterfällt jedoch nicht dem Anwendungsbereich von § 74b Abs. 2 HGB. 29
- b) Auch aus Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 und 3, Art. 6 GG, Art. 141 EG ergibt sich kein anderes Auslegungsergebnis. 30
- aa) Bei der Auslegung von Generalklauseln und der Anwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe haben die Gerichte die grundrechtlichen Wertungen zu beachten (*vgl. BAG 21. Oktober 2003 - 1 AZR 407/02 - BAGE 108, 147; 12. November 2002 - 1 AZR 58/02 - BAGE 103, 321*). 31
- bb) Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet den Schutz von Ehe und Familie, die Absätze 2, 3 und 5 betreffen das Verhältnis von Eltern und Kindern als einem speziellen Schutzbereich und Abs. 4 den besonderen Schutz der Mutter. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage. Eine Differenzierung ist dann jedoch nicht sachfremd, wenn es für die unterschiedliche Behandlung billigenswerte Gründe gibt (*BAG 10. November 1994 - 6 AZR 486/94 - BAGE 78, 264*). Art. 3 Abs. 2 und 3 GG 32



verbieten darüber hinaus die Diskriminierung von Frauen. Eine verbotene Diskriminierung besteht nicht, wenn die Ungleichbehandlung durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben (vgl. BAG 26. Mai 1993 - 5 AZR 184/92 - BAGE 73, 166). Der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit (Art. 141 EG) erstreckt sich auf mittelbare Diskriminierungen, mithin Regelungen, die zwar geschlechtsneutral formuliert und deshalb auf Frauen und Männer gleichermaßen anzuwenden sind, jedoch aus Gründen, die auf dem Geschlecht und der Geschlechtsrolle beruhen, tatsächlich erheblich mehr Frauen als Männer nachteilig betreffen (BAG 10. November 1994 - 6 AZR 486/94 - aaO). Eine Diskriminierung besteht auch hier nicht, wenn objektive Gründe bestehen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben (EuGH 3. Oktober 2006 - C-17/05 - EuGHE I 2006, 9583; BAG 18. Oktober 2005 - 3 AZR 506/04 - BAGE 116, 152; 23. Januar 1990 - 3 AZR 58/88 - AP BetrAVG § 1 Gleichberechtigung Nr. 7 = EzA BetrAVG § 1 Gleichberechtigung Nr. 6).

cc) Die vorliegende Regelung, die auf die zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistungen Bezug nimmt, so dass Teilzeitbeschäftigte eine geringere Karenzentschädigung erhalten als Vollzeitbeschäftigte, auch wenn sie vorher in Vollzeit beschäftigt waren und aus familiären Gründen in Teilzeit gearbeitet wurde, ist nicht zu beanstanden. Eine solche Stichtagsregelung ist als Ausdruck einer pauschalierten Betrachtung und im Interesse der Praktikabilität grundsätzlich zulässig, wenn sich die Wahl des Zeitpunkts am zu regelnden Sachverhalt orientiert und demnach sachlich vertretbar ist (BAG 18. März 2004 - 6 AZR 199/03 - AP TVG § 4 Rationalisierungsschutz Nr. 41; 11. Dezember 2003 - 6 AZR 64/03 - BAGE 109, 110; 25. Juni 2003 - 4 AZR 405/02 - BAGE 106, 374; 18. Oktober 2000 - 10 AZR 643/99 - AP BAT-O § 11 Nr. 24). Die Stichtagsregelung steht mit Sinn und Zweck der Karenzentschädigung im Einklang.

Eine mögliche diskriminierende Wirkung beurteilt sich stets nach dem Zweck, den der Arbeitgeber mit seiner Leistung verfolgt (vgl. BAG 19. Februar 1998 - 6 AZR 477/96 - AP BeschFG 1985 § 2 Nr. 68 = EzA BeschFG 1985 § 2

33

34



Nr. 57). Die Karenzentschädigung soll den Nachteil ausgleichen, den der Arbeitnehmer durch die Beschränkung in der Verwendung seiner Arbeitskraft erleidet. Dem Arbeitnehmer soll es trotz der Beschränkung möglich sein, seinen bisherigen Lebensstandard aufrechtzuerhalten, wobei das Gesetz davon ausgeht, dass er die andere Hälfte des Einkommens durch Verwendung seiner Arbeitskraft im Rahmen der verbleibenden Möglichkeiten nutzen kann (*Röhler/Borrmann Wettbewerbsbeschränkungen für Arbeitnehmer und Handelsvertreter* S. 85). Dieser Leistungszweck ist bei teilzeitbeschäftigten Angestellten lediglich in dem Rahmen der materiellen und sozialen Umstände gegeben, wie sie durch die Teilzeitvergütung geprägt werden. Das Anknüpfen der Regelung an die vor dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis erzielte Vergütung stellt einen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Bemessung der Karenzentschädigung bei Voll- bzw. Teilzeitbeschäftigung dar. Es ist insoweit billigenswert und vernünftig, an die letzte persönliche Arbeitszeit für die Bemessung der Karenzentschädigung anzuknüpfen. Die Vergütung aufgrund der persönlichen Arbeitszeit ist für den sozialen Besitzstand, den der Arbeitnehmer durch sein Ausscheiden verliert, wesentlich. Dem Arbeitnehmer soll das erhalten bleiben, was er bisher unter Verwertung seiner fachlichen Kenntnisse und Erfahrungen verdient hat. Diese Argumentation lag auch der Entscheidung des Senats vom 28. Oktober 1992 (- 10 AZR 129/92 - BAGE 71, 280) zugrunde, wonach Sinn und Zweck einer Sozialplanabfindung als Überbrückungshilfe es rechtfertigten, die Abfindung entsprechend der persönlichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu berechnen.

Insoweit besteht auch keine unterschiedliche Behandlung wegen der Teilzeit oder eine bezweckte Benachteiligung wegen des Geschlechts bzw. eine mittelbaren Diskriminierung. Es handelt sich nicht um eine Regelung, die geeignet ist, Ehe und Familie zu diskriminieren und Arbeitnehmer wegen ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft oder der Wahrnehmung von Rechten und Pflichten gegenüber Kindern zu benachteiligen. Das an teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer zu zahlende Arbeitsentgelt richtet sich nach der persönlichen Arbeitszeit. Nur in dem Umfang der Beschäftigung soll der Nachteil aus-

35



geglichen werden, den der Arbeitnehmer durch die Beschränkung in der Verwendung seiner Arbeitskraft erleidet.

4. Da es nicht darauf ankommt, wie sich der Verdienst bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses weiterentwickelt hätte, ist es unerheblich, dass die zwischen den Parteien vereinbarte Teilzeit mit dem Ende der Elternzeit endet. Die künftige hypothetische Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ist ohne Belang. Aus dem Wortlaut des § 74 Abs. 2 HGB lässt sich nicht entnehmen, dass eine befristete Verringerung der Wochenarbeitszeit bei der Berechnung der Karenzentschädigung anders zu beurteilen ist als eine unbefristete Verringerung der Wochenarbeitszeit. 36

5. Ein Wertungswiderspruch entsteht auch nicht im Hinblick darauf, dass im Falle der Inanspruchnahme der Elternzeit ohne Teilzeitbeschäftigung auf die letzte Vergütung abgestellt wird. 37

Scheidet der Arbeitnehmer zu einem Zeitpunkt aus, in dem er keine Vergütung bezieht, kommt es entsprechend § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG, § 11 Abs. 2 MuSchG, §§ 130, 131 SGB III auf die letzten vor dem vergütungslosen Zeitraum bezogenen Leistungen an. Entscheidend ist in diesem Fall die vertragsgemäße Vergütung, die dem Arbeitnehmer bei voller Arbeitsleistung vor seinem Ausscheiden zugestanden hätte. Es liegt insoweit kein Widerspruch zu Sinn und Zweck des § 15 BErzGG vor. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Die Ansprüche auf Elternzeit und Elternteilzeit unterscheiden sich (*BAG 15. April 2008 - 9 AZR 380/07 - AP BErzGG § 15 Nr. 50 = EzA BErzGG § 15 Nr. 17*). In der Elternzeit ohne Arbeitsleistung verliert der Arbeitnehmer den Kontakt zu seiner vorherigen Arbeit und hat demgemäß nicht oder nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit, sich beruflich weiterzuentwickeln und fortzubilden. Die arbeitsrechtlichen Beziehungen ruhen. Wenn das Arbeitsverhältnis während dieses Zeitraums endet und danach ein Wettbewerbsverbot wirksam wird, ist es dennoch nötig, den Wert dieses Verbots zu bemessen. Es ist konsequent, die daraus folgende Karenzentschädigung an den Umfang der zuvor geleisteten Tätigkeit zu binden, denn in ihr hat der Arbeitnehmer die Kenntnisse und Erfahrungen erworben, deren Verwertung in Konkurrenzunter- 38



nehmen der Arbeitgeber untersagen will. Dies entspricht der Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von den europäischen Sozialpartnern geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, wonach gem. § 2 Ziffer 6 der Rahmenvereinbarung die Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte oder dabei war zu erwerben, bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen bleiben. Besteht während des Elternurlaubs gar keine Vergütungspflicht, ist auf diejenige zurückzugreifen, die vor dem Elternurlaub bestand.

Der Kläger hat sich hingegen entschieden, seine Arbeitskraft durch Inanspruchnahme von Elternteilzeit mit 30 Wochenstunden weiter zu verwerten. Er hat damit den Vertrag hinsichtlich der wöchentlichen Arbeitszeit und somit des Arbeitsentgelts für einen bestimmten Zeitraum abgeändert. Wenn dies zur Folge hat, dass die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis bezogene entsprechende geringere Vergütung die nach § 74 Abs. 2 HGB der Berechnung der Karenzentschädigung zugrunde zu legende letzte vertragsgemäße Leistung ist, ist dies nicht zu beanstanden.

39

6. Soweit der Kläger anführt, das Arbeitslosengeld sei anhand der Durchschnittsbildung des vorhergehenden Einkommens berechnet worden, wobei der Zeitraum der Elternzeit ausgeklammert worden sei, folgt daraus kein anderes Ergebnis, da § 130 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB III diesbezüglich eine ausdrückliche Regelung enthält. In § 74 Abs. 2 HGB ist eine solche Einschränkung hingegen nicht aufgenommen worden.

40

7. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Senats vom 12. Januar 2000 (- 10 AZR 930/98 - AP BAT §§ 22, 23 Zuwendungs-TV Nr. 23) hinsichtlich der Gewährung einer Zuwendung nach dem Zuwendungs-TV, da eine solche neben der Gegenleistung für geleistete Dienste auch eine Belohnung für erwiesene Betriebstreue darstellt und damit einen anderen Zweck verfolgt (BAG 18. August 1999 - 10 AZR 424/98 - BAGE 92, 218). Nach dieser Entscheidung behielt eine Angestellte, die Anspruch auf eine Zuwendung nach dem Zuwendungs-TV hatte, diesen Anspruch. Er war entsprechend ihrem vor Antritt des Erziehungsurlaubs erzielten Verdienstes zu errechnen, auch

41



wenn sie während des Erziehungsurlaubs bei demselben Arbeitgeber eine erziehungsurlaubsunschädliche Teilzeittätigkeit mit entsprechend verringerter Arbeitsvergütung ausübte.

Dr. Freitag

Marquardt

Brühler

Trümner

Züfle



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)