
Datum: 02.11.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 9.Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 Sa 1581/10
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2011:1102.9SA1581.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 17 Ca 1537/09
Schlagworte: Entgeltfortzahlung - einzelvertragliche Ausschlussfrist - AGB-Kontrolle - Stufenklage
Normen: § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz, §§ 305 ff. BGB, § 254 ZPO
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Kurzzeitige Gutachtertätigkeit eines Kfz-Sachverständigen bei Bekannten und Fitness-Studio-Besuche stellen nicht in jedem Fall ein starkes Indiz gegen seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines grippalen Infekts dar.
2. Eine einzelvertragliche Verfallklausel, wonach alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, von der Arbeitsvertragspartei binnen einer Frist von 6 Monaten seit ihrer Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind und im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Frist von 2 Monaten einzuklagen sind, hält einer Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB stand, soweit es die schriftliche Geltendmachung als 1. Stufe betrifft.
3. Kein Anspruch auf Auskunft zur Vorbereitung einer Klage auf Zahlung einer Umsatzprämie, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der ihm selbst zur Verfügung stehenden Unterlagen die Umsatzzahlen kennt.

Tenor:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Schluss-Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 11. November 2010

– 17 Ca 1537/09 – hinsichtlich Ziffer 1 und 3) wie folgt abgeändert:

a. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 12.000,00 brutto zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von

5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus je EUR 4.000,00 seit dem 5. Januar 2009, 5. Februar 2009 und

5. März 2009, abzüglich EUR 4.555,00 netto.

b. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 2.885,81 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2009 zu zahlen.

c. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 674,40 netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. Februar 2009 zu zahlen.

d. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

3. Die Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen der Kläger zu 62 % und der Beklagte zu 38 %.

5. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 73 % und der Beklagte zu 27 %.

6. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten noch über Gehalts- und Entgeltfortzahlungsansprüche für die Monate Dezember 2008 bis einschließlich Februar 2009, über Honoraransprüche des Klägers für seine Tätigkeit als Prüfer und für von ihm akquirierte Aufträge zur Erstattung von Sachverständigengutachten, über Überstundenvergütungsansprüche des Klägers, über die Abrechnung von Fahrkosten des Klägers, über die Erstattung von einbehaltenen Barbeträgen durch den Kläger, über eine vom Kläger zu erteilende Auskunft bezüglich auf Rechnung des Klägers oder fremde Rechnung gefertigter Unfallschadengutachten und dafür vereinnahmte

2

Honorare und über die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Der Kläger, geboren am 1974, war bei dem Beklagten aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 1. September 2005 (Bl. 8 – 14 d. A.) nach entsprechender Ausbildung als Kfz-Prüfingenieur und als Sachverständiger für Kfz-Unfallschadengutachten seit dem 1. Dezember 2006 beschäftigt. 3

Nach § 4 Ziff. 1 des Arbeitsvertrages sollte der Kläger ein monatliches Bruttogrundgehalt in Höhe von EUR 3.000,00 erhalten. Ab August 2008 zahlte der Beklagte dem Kläger monatlich EUR 4.000,00 brutto als "Festbezug Lohn/Gehalt" ausweislich der monatlichen Lohnabrechnungen. 4

Nach § 4 Ziff. 6 hatte der Kläger für Fahrten, die er mit dem eigenen Personenkraftwagen in geschäftlichem Auftrag erledigte, ein Kilometergeld in Höhe der steuerlich abzugsfähigen Beträge zu erhalten. 5

Unter § 5 Prämien, Beteiligungen war bestimmt: 6

1. Im Sinne einer freiwilligen Prämienleistung erhält der Arbeitnehmer Prämien entsprechend den nachfolgenden Bestimmungen. 7
2. Der Arbeitnehmer erhält für Prüfleistungen ab einem Nettoumsatz von EUR 8.000,00 für den dies übersteigenden Nettoumsatz 20% Prämienleistung. Die Prämienzahlung wird fällig in dem auf die Mitteilung der Buchung der Umsätze folgenden Monat durch den Steuerberater.
3. Der Arbeitnehmer erhält darüber hinaus für nachweislich von ihm selbst akquirierte Sachverständigengutachten eine Prämie von 40 % des insoweit berechneten und beigetriebenen Nettohonorars. Die Prämienzahlung wird (mit) der Monatsabrechnung, die auf den Monat des Honorareingangs folgt, fällig.
4. Der Anspruch auf Gratifikation ist ausgeschlossen, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Auszahlung oder bis zum 31.12. von einem der Vertragspartner gekündigt wird oder in Folge Aufhebungsvertrag endet. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Kündigung aus betriebsbedingten oder aus personenbedingten, vom Arbeitnehmer nicht zu vertretenden Gründen erfolgt. Dies gilt sinngemäß für einen Aufhebungsvertrag.
5. Herr S ist verpflichtet, die Gratifikation zurückzuzahlen, wenn er aufgrund einer Kündigung oder aufgrund außerordentlicher oder verhaltensbedingter Kündigung des Büros aus einem von ihm zu vertretenden Grund bis zum 31.3. des auf die Auszahlung folgenden Kalenderjahres ausscheidet. Die Rückzahlungsverpflichtung gilt entsprechend, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb des vorgenannten Zeitraums durch Aufhebungsvertrag beendet wird und Anlass des Aufhebungsvertrages ein Recht zur außerordentlichen oder verhaltensbedingten Kündigung des Büros oder ein Aufhebungsbegehren des Arbeitnehmers ist.
6. Das Büro ist berechtigt, mit seinen Rückzahlungsforderungen gegen die rückständigen oder nach der Kündigung fällig werdenden Vergütungsansprüche unter Beachtung der Pfändungsschutzbestimmungen aufzurechnen.

Nach § 6 Ziff. 1 war durch die nach § 4 zu bezahlende Bruttovergütung Mehr-, Samstags-, Sonntags- und Feiertagsarbeit, welche die regelmäßige betriebliche monatliche Arbeitszeit um nicht mehr als 10 Stunden überstieg, mit dem monatlichen Bruttogrundgehalt abgegolten. 8

Nach § 13 durfte der Kläger eine Nebenbeschäftigung während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Beklagten übernehmen. 9

Unter § 20 war bestimmt, dass alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, von der Arbeitsvertragspartei binnen einer Frist von 6 Monaten seit ihrer Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind und im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Frist von 2 Monaten einzuklagen sind.

Bei den von ihm durchgeführten TÜV- und Abgasuntersuchungen kassierte der Kläger die von den Auftraggebern vereinnahmten Barbeträge, die er in der Regel monatlich auf das Bankkonto des Beklagten einzuzahlen hatte. 11

Mit Schreiben vom 23. Januar 2009 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 28. Februar 2009 wegen vorgetäuschter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ab dem 6. Januar 2009 und unerlaubter Konkurrenztaetigkeit waehrend der angeblichen Arbeitsunfaehigkeit. Der gegen die fristlose Kuendigung erhobenen Klage hat das Arbeitsgericht Koeln durch Teilurteil vom 13. August 2009 stattgegeben mit der Begrueendung, die sportlichen Aktivitaeten des Klaegers in einem Fitnessstudio im Zeitraum 6. Januar 2009 bis 2. Februar 2009 widerlegten nicht die attestierte Arbeitsunfaehigkeit. Auch lasse der Sachvortrag des Beklagten nicht den Schluss zu, dass der Kuender mehrfach unerlaubt als Gutachter auf eigene Rechnung gearbeitet habe. Im uebrigen habe es zuvor Stoerungen zwischen den Parteien gegeben. Nach dem Gesamtgeschehen sei zueruechst nur der Ausspruch einer Abmahnung gerechtfertigt gewesen. Vor dem Landesarbeitsgericht Koeln hat der Beklagte die dagegen eingereichte Berufung zurueckgenommen, nachdem das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen hatte, die fristlose Kuendigung sei bereits deshalb unwirksam, weil nach dem schriftlichen Arbeitsvertrag in dem Kuendigungsschreiben die Kuendigungsgruende haetten benannt werden muessen. 12

Weiterhin hat der Kuender erstinstanzlich von dem Beklagten verlangt, an ihn EUR 12.000,00 brutto als Gehalt und Entgeltfortzahlung fueer die Monate Dezember 2008 bis einschließlich Februar 2009 sowie EUR 7.252,02 brutto als Vergueutung fueer 216 ueberstunden im Jahr 2007 und 195 ueberstunden im Jahr 2008 zu zahlen. Des Weiteren hat er von der Beklagten Zahlung von EUR 2.368,70 netto als Fahrkostenerstattung fueer die Zeit von Juni 2007 bis Dezember 2008 verlangt. Schlieeentlich hat er im Wege der Stufenklage von ihr Auskunft, Versicherung an Eides Statt und Zahlung von Provisionen aus Umsaetzen des Beklagten in der Zeit vom 1. August 2007 bis zum 28. Februar 2009 aufgrund von ihm erbrachter Pruefleistungen einschließlich Abgasuntersuchungen sowie aus Umsaetzen des Beklagten aus Sachverstaendigengutachten in der Zeit vom 1. Maerz 2007 bis zum 28. Februar 2009, die er – der Kuender - akquiriert hatte. 13

Der Kuender hat dazu vorgetragen, Mitte 2008 habe ihm der Beklagte eine Beteiligung angeboten. Es sei bei den damaligen Gespraechen vereinbart worden, sein Festgehalt mit Wirkung ab August 2008 auf EUR 4.000,00 brutto zu erhoehen, was ausweislich der Lohnabrechnungen auch umgesetzt worden sei. 14

Er habe aufgrund von Kraftfahrzeugpruefungen Ende Dezember 2008 noch EUR 4.555,00 als Fremdgelder in Besitz gehabt, an denen er ein Zurueckbehaltungsrecht ausuebe. 15

Der Beklagte habe ihm fueer Dezember 2008 keine Vergueutung gezahlt. 16

Nach seinem Urlaub, den er ueber Weihnachten gehabt habe, sei es am 5. Januar 2009 zu einem Gespraech zwischen den Parteien gekommen. Der Beklagte habe ihm erkluert: "Pack Deine Sachen und geh!" und ihm den dienstlichen Laptop abgenommen, ohne den er seine Prueftaetigkeit und auch eine Gutachterttaetigkeit nicht mehr habe verrichten koennen. Am 6. Januar 2009 habe er einen Anruf eines Mitarbeiters des Beklagten erhalten, der ihm erkluert 17

habe, der Beklagte ("Oberhäuptling") möchte ihn sprechen. Er habe darauf erwidert, dann solle dieser selbst ihn anrufen. Er sei ausweislich der von ihm überreichten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vom 6. Januar 2009, 11. Januar 2009, 14. Januar 2009 und 27. Januar 2009 (Bl. 96 – 97 d. A.) ab dem 5. Januar 2009 durchgängig bis zum 2. Februar 2009 arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Am 5. Januar 2009 sei er trotz der bestehenden Arbeitsunfähigkeit mit Blick auf innerbetriebliche Zwänge an sich gewillt gewesen, dennoch zu arbeiten. Nach der Unterredung am 5. Januar 2009 habe er allerdings keine Notwendigkeit zur Rücksichtnahme mehr gesehen. Als er sich beim Arbeitsamt arbeitslos habe melden wollen, sei ihm dort erklärt worden, ohne schriftliche Kündigung bestehe das Arbeitsverhältnis fort, er habe folglich keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld. Daraufhin habe er dem Beklagten am 19. Januar 2009 per SMS in legerem Ton mitgeteilt: "Hey ich warte immer noch auf meine Kündigung! Habe bis jetzt nichts Schriftliches! Wir leben in Deutschland! Mein Gehalt Dezember 2008 fehlt auch noch! Warte drauf!"

- Der Kläger hat dementsprechend erstinstanzlich noch beantragt, 18
1. den Beklagten zur Erteilung eines Endzeugnisses zu verurteilen, das sich auf Leistung und Verhalten erstreckt, 19
 2. den Beklagten zur Zahlung von EUR 19.252,08 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus je EUR 4.000,00 brutto seit dem 5. Januar 2009, 5. Februar 2009 und 5. März 2009 sowie aus EUR 7.252,02 brutto seit dem 26. Juni 2009 zu verurteilen,
 3. den Beklagten zur Zahlung von EUR 2.368,70 netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. Februar 2009 zu verurteilen, 20
 4. a. den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger Auskunft zu erteilen, welche Umsätze er für Prüfleistungen einschließlich Abgasuntersuchungen in der Zeit vom 1. August 2007 bis zum 28. Februar 2009 erzielt hat, sowie welche Umsätze er für Sachverständigengutachten in der Zeit vom 1. März 2007 bis zum 28. Februar 2009 erzielt hat, soweit diese durch den Kläger akquiriert worden sind, und hierüber schriftliche Belege vorzulegen, 21
b. erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben an Eides Statt zu versichern, 22
c. an den Kläger Provisionen in einer nach Erteilung der Auskunft noch zu bestimmende Höhe nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. Februar 2009 zu zahlen. 23

Der Beklagte hat beantragt, 24

1. die verbliebene Klage abzuweisen, 25
2. widerklagend den Kläger zu verurteilen, an ihn EUR 14.866,67 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 7. April 2009 zu zahlen.

Er hat vorgetragen, ab August 2008 sei dem Kläger monatlich neben dem Grundgehalt in Höhe von EUR 3.000,00 ein Vorschuss in Höhe von EUR 1.000,00 auf die gemäß § 5 des Arbeitsvertrages zu leistenden Prämien gezahlt worden. Die dem Kläger erteilten Lohnabrechnungen für die Monate August 2008 bis Oktober 2008 seien von dem Steuerberater dementsprechend nachträglich korrigiert worden. Nach § 5 Ziff. 5 des Arbeitsvertrages habe der Kläger die für die Monate August 2008 bis Oktober 2009 gezahlten 26

Prämienvorschüsse in Höhe von EUR 3.000,00 brutto zurückzuzahlen. Mit dem Rückzahlungsanspruch rechne sie gegen die Vergütungsansprüche des Klägers für Dezember 2008 und Januar 2009 im Rahmen der Pfändungsfreigrenzen auf.

Dem Kläger stehe im Übrigen kein Vergütungsanspruch für die Zeit ab dem 5. Januar 2009 zu, da er die Arbeit verweigert und eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorgespiegelt habe. Er sei entgegen den von ihm eingereichten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht ab dem 5. Januar 2009 arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Er – der Beklagte - habe den Kläger am 6. Januar 2009 durch einen Mitarbeiter zur Arbeit auffordern lassen. Der Kläger sei nicht erschienen, habe aber am 6., 7., 10. und 13. Januar 2009 in einem Fitness-Studio trainiert. Am 8. Januar 2009 habe er auf dem Parkplatz des Fitness-Studios ein Kraftfahrzeug begutachtet, dabei Fotos mit einer Digitalkamera gefertigt und sich Notizen in einer mitgebrachten Mappe gemacht. Am 19. Januar 2009 habe er dann per SMS die schriftliche Kündigung angefordert. Für den 21. Januar 2009 habe der Kläger die Begutachtung eines Kraftfahrzeugs mit einem Zeugen K vereinbart, dann aber den Zeugen aufgefordert, sein Kraftfahrzeug in die Kfz-Werkstatt L in B zu bringen. Dort habe der Kläger am 23. Januar 2009 das Kraftfahrzeug begutachtet, mit der Digitalkamera Fotos von dem Schaden gemacht und in seiner Mappe Notizen gefertigt. Am 2. Februar 2009 habe sich der Kläger an den Zeugen K mit folgender SMS gewandt: "Morgen, die H weiß noch nix von nem Schaden! Bitte abklären! Wenn ich das Gutachten fertig machen soll, dann nur gegen Vorkasse! 400 Euro! Meld dich bitte mal." Am 30. Januar 2009 habe er – der Beklagte – erfahren, dass der Kläger am 16. Januar 2009 ein Kraftfahrzeug in der Werkstatt W GmbH in D begutachtet habe. Ein Herr W habe bei ihm – dem Beklagten - angerufen und ihn gefragt, ob das vom Kläger erstellte Gutachten schon vorliege.

27

Dem Kläger stehe kein Anspruch auf Überstundenvergütung zu, da er tatsächlich keine Mehrarbeit geleistet habe, geschweige denn auf seine – des Beklagten - Anordnung. Der Kläger habe nicht dargelegt, an welchem Tag zu welcher Zeit er zu welchem Zweck Überstunden geleistet habe. Durch Arbeit an Abenden habe er Verspätungen bei Arbeitsbeginn ausgeglichen. Im Übrigen wären etwaige Ansprüche für die Zeit bis zum 31. Juli 2008 nach der arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist verfallen, da der Kläger nicht innerhalb von 6 Monaten die Ansprüche schriftlich geltend gemacht habe. Er habe seine angeblichen Ansprüche erstmals mit der am 27. Februar 2009 zugestellten Klageschrift geltend gemacht.

28

Dem Kläger stehe auch nicht der von ihm geltend gemachten Fahrtkostenersatz zu. Im Übrigen wären etwaige Ansprüche für die Zeit bis zum 31. Juli 2008 ebenfalls nach der arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist verfallen.

29

Zu dem mit der Widerklage geltend gemachten Zahlungsanspruch hat er vorgetragen: Der Kläger habe von ihm vereinnahmte Barbeträge in Höhe von EUR 6.078,50 unberechtigt nicht an ihn - den Beklagten - abgeführt. Ein Zurückbehaltungsrecht stehe ihm nicht zu. Zudem habe er – der Beklagte – rechtsgrundlos an den Kläger im Zeitraum September 2005 bis November 2006 einen Gesamtbetrag in Höhe von EUR 14.866,67 als Lohn gezahlt. Nach dem Arbeitsvertrag habe das Arbeitsverhältnis erst mit dem Folgemonat nach abgeschlossener Prüflingenieur-Ausbildung begonnen.

30

Der Kläger hat beantragt,

31

die Widerklage des Beklagten abzuweisen.

32

33

Das Arbeitsgericht Köln hat durch Schlussurteil vom 11. November 2010 der Klage auf Erteilung eines Endzeugnisses und der Klage auf Zahlung von EUR 12.000,00 brutto als Gehalt und Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 1. Dezember 2008 bis einschließlich 28. Februar 2009 stattgegeben. Auf den Zahlungsanspruch seien vom Kläger im Jahr 2008 einbehaltene Barbeträge in Höhe von EUR 6.078,50 anzurechnen. Die Klage auf Überstundenentgelt und auf Fahrtkostenerstattung hat es abgewiesen mit der Begründung, die Ansprüche seien erstmals mit der Klage vom 27. Februar 2009 geltend gemacht worden und damit nach § 20 des Arbeitsvertrages verfallen. Der im Wege der Stufenklage zunächst geltend gemachte Anspruch auf Auskunft bezüglich der vom Kläger erbrachten Prüfleistungen und akquirierten Sachverständigengutachten sei ebenfalls unbegründet, weil der Kläger selbst über sämtliche Daten verfüge, die zur Bezifferung der Klage erforderlich seien. Die Widerklage sei insgesamt unbegründet. Die vom Kläger im Jahr 2008 einbehaltenen Barbeträge in Höhe von EUR 6.078,50 seien bereits bei den Klageansprüchen in Anrechnung gebracht worden, und zwar als Abzug von den Vergütungsansprüchen des Klägers für die Monate Dezember 2008 bis Februar 2009. Der von dem Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung von Ausbildungskosten bestehe nicht, weil die Bindungsdauer von 5 Jahren unangemessen gewesen sei und damit die gesamte Vertragsklausel rechtsunwirksam sei.

Das Urteil ist dem Kläger am 28. Januar 2011 und dem Beklagten am 31. Januar 2011 zugestellt worden. 34

Der Kläger hat hiergegen am 24. Februar 2011 Berufung einlegen und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 28. April 2011 – am 28. April 2011 begründen lassen. 35

Der Beklagte hat gegen das erstinstanzliche Urteil am 27. Dezember 2010 Berufung einlegen und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 14. April 2011 – am 13. April 2011 begründen lassen. 36

Der Kläger trägt weiterhin vor, er habe die von ihm bei der Prüftätigkeit für den Beklagten vereinnahmten Barbeträge bis auf die von ihm angegebene Summe in Höhe von EUR 4.555,00 abgeführt. 37

Er sei ab dem 5. Januar 2009 von dem Beklagten freigestellt worden. In der Berufungsverhandlung hat der Kläger erklärt, der Beklagte habe ihm in den Gespräch, bei dem er das ausstehende Gehalt für Dezember 2008 angesprochen habe, erklärt, "er solle sich verpissen", "er wolle ihn nicht mehr sehen". Sofern dies keine Freistellung sei, stehe ihm jedenfalls Entgeltfortzahlung zu. Er sei arbeitsunfähig erkrankt gewesen. In der Berufungsverhandlung hat er erklärt, er habe an einem grippalen Infekt gelitten, habe sich aber am 5. Januar 2009 zunächst zur Arbeit geschleppt. Im Fitness-Studio habe er leichtere Übungen ausgeführt, z. B. gegen die Nackenverspannungen. Dadurch sei die Genesung gefördert worden. Er habe während seiner Erkrankung keine Konkurrenztaetigkeit entfaltet. Ohne den ihm am 5. Januar 2009 vom Beklagten abgenommenen Laptop mit den einschlägigen Programmen sei es ihm überhaupt nicht möglich gewesen, Kfz-Gutachten zu erstellen. Darauf habe er den Kfz-Besitzer am 8. Januar 2009 hingewiesen. Er habe schnell bemerkt, dass der Zeuge K vom Beklagten vorgeschickt worden sei und es sich um eine Falle gehandelt habe. Von der Kfz-Versicherung habe er erfahren, dass Herr K keinen Unfall gemeldet habe. Er habe dem Zeugen die SMS gesandt, um zu sehen, ob er darauf reagierte. Bei dem dritten Vorgang in D sei es um das Kraftfahrzeug eines Bekannten gegangen, dass er sich angesehen habe. Der Anruf bei dem Beklagten zeige gerade, dass er das Gutachten über das Büro des Beklagten habe erstatten wollen. 38

Er beziffert nunmehr anhand ihm vorliegender Leistungsverzeichnisse seinen Anspruch auf Prämienzahlung für Prüftätigkeit nach § 5 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages mit EUR 11.556,57 für den Zeitraum 1. Juli 2007 bis 31. Dezember 2007, mit EUR 16.847,99 für das Jahr 2008 und aus Entgeltfortzahlung/Annahmeverzug für den Zeitraum Januar 2009 bis einschließlich Februar 2009 mit EUR 2.885,81, insgesamt EUR 31.290,37.	39
Seinen Prämienanspruch für von ihm akquirierte Sachverständigengutachten nach § 5 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages beziffert er nunmehr anhand ihm vorliegender Unterlagen mit EUR 12.108,55 (vgl. Aufstellung: Bl. 379 – 384 d. A. und Unterlagen: Bl. 386 – 466 d. A.). Zudem verlangt er weiterhin Auskunft von dem Beklagten über die Umsätze aufgrund von Sachverständigengutachten, die er – der Kläger – akquiriert hat, mit der Begründung, er habe nur seine Unterlagen sichten können, die nicht vollständig seien.	40
Weiter verfolgt er auch seine Ansprüche auf Überstundenentgelt in Höhe von EUR 7.252,02 brutto unter Hinweis auf Entgeltlisten/Leistungsnachweise für die Monate Juli 2007 bis einschließlich November 2007, Januar 2008 bis Januar 2009. Daraus ergebe sich, wann und wo er Prüfleistungen erbracht habe. Er habe von montags bis freitags in der Werkstatt des Beklagten von 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr ohne Pause gearbeitet. An Tagen, an denen er mittags oder nachmittags von der Werkstatt des Beklagten zu der Werkstatt V in K , Waldstraße 28, oder in der Werkstatt F in B gefahren sei, um dort zu prüfen, seien jeweils Überstunden angefallen, da er dann mindestens bis 18.00 Uhr, regelmäßig weit darüber hinaus gearbeitet habe. Samstagsarbeit sei ohnehin Überstundenarbeit gewesen (vgl. zu den Einzelheiten des Sachvortrags: Bl. 256 – 265 d. A.). Sofern die Hauptuntersuchungsberichte von dem Beklagten oder dem KÜS vorgelegt würden, könne er zu seinem Anspruch weiter vortragen.	41
Auch verfolgt er seinen Anspruch auf Fahrtkostenerstattung weiter unter Hinweis auf sein erstinstanzliches Vorbringen.	42
Er ist der Ansicht, seine Ansprüche auf Überstundenvergütung und Fahrtkostenerstattung seien nicht verfallen, da die Vertragsklausel intransparent und damit unwirksam sei. Zudem sei die - zusätzlich zu der Frist für die schriftliche Geltendmachung - festgelegte Klagefrist zu kurz bemessen und damit unwirksam. Da beide Verfallfristen in einem Satz geregelt seien, sei die Verfallklausel insgesamt unwirksam.	43
Der Kläger beantragt,	44
unter teilweiser Abänderung des Schlussurteils des Arbeitsgerichts Köln vom 11. November 2010 - 17 Ca 1539/09 –	45
1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn EUR 12.000,00 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus je EUR 4.000,00 seit dem 5. Januar 2009, 5. Februar 2009 und 5. März 2009 zu zahlen, abzüglich EUR 4.555,00 netto,	46
2. den Beklagten zu verurteilen, ihm ein Zeugnis zu erteilen, das sich auf Leistung und Verhalten bezieht,	47
3. den Beklagten zu verurteilen,	48
a. an ihn EUR 31.290,37 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus EUR 11.556,57 seit dem 1. Januar 2008, aus EUR 16.847,99 ab dem 1. Januar 2009 und aus EUR 2.885,81 ab dem 1. März 2009 zu zahlen,	49

b. an ihn EUR 12.108,55 brutto nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	
c. aa. ihm Auskunft zu erteilen, welche Umsätze er für Sachverständigengutachten in der Zeit vom 1. März 2007 bis zum 28. Februar 2009 erzielt hat, soweit diese durch den Kläger akquiriert worden sind, und hierüber schriftliche Belege vorzulegen,	51
bb. erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben an Eides Statt versichern,	52
cc. an ihn Provisionen in einer nach Erteilung der Auskunft noch zu bestimmenden Höhe nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	53
4. den Beklagten zu verurteilen, an ihn EUR 7.252,02 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Juni 2009 zu zahlen,	54
5. den Beklagten zu verurteilen, an ihn EUR 2.368,70 netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	55
Der Beklagte beantragt,	56
unter teilweiser Abänderung des Schlussurteils des Arbeitsgerichts Köln vom 11. November 2010	57
1. die Klage abzuweisen, mit Ausnahme des titulierten Zeugnisanspruchs,	58
2. widerklagend den Kläger zu verurteilen,	
a. an ihn EUR 6.078,50 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11. Dezember 2008 zu zahlen,	59
b. im Wege der Stufenklage ihm Auskunft und die Anzahl der von dem Kläger für eigene oder fremde Rechnung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten aufgenommenen Unfallschadengutachten zu erteilen und ihm Rechenschaft über die damit vereinnahmten Sachverständigenhonorare durch Vorlage prüffähiger Belege/Rechnungen abzulegen;	60
die Summe der von dem Kläger auf eigene oder fremde Rechnung vereinnahmten Sachverständigenhonorare an ihn zu zahlen,	61
3. hilfsweise an ihn EUR 717,40 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	62
4. die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	63
Er trägt weiterhin vor, soweit dem Kläger Vergütung für Dezember 2008 in Höhe von allenfalls EUR 3.000,00 brutto zustehe, mache er von seinem Zurückbehaltungsrecht wegen der vom Kläger kassierten und nicht abgeführten Barbeträge aus der Prüftätigkeit in Höhe von EUR 6.078,50 Gebrauch. Vergütung für die Monate Januar und Februar 2009 stehe dem Kläger nicht zu, da er die Arbeit verweigert habe. Der Kläger sei nicht ab dem 5. Januar 2009 arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Vielmehr habe er Konkurrenzfähigkeit entfaltet. Über die	64

Einnahmen aus der unerlaubten Erstattung von Kfz-Gutachten auf eigene oder fremde Rechnung statt auf Rechnung des Beklagten habe der Kläger Auskunft zu erteilen und die vereinnahmten Honorare an ihn – den Beklagten – abzuführen. Hilfsweise verlange er Zahlung von EUR 717,40, da nach den Berechnungen seines Steuerberaters ausgehend von der Steuerklasse 6 mit der Zahlung der erstinstanzlich titulierten Ansprüche eine Überzahlung an den Kläger in dieser Höhe vorliege. Er habe die Sozialabgaben auf die für die Monate Dezember 2008 bis Februar 2009 ausgerichteten Beträge abgeführt.

Der Kläger beantragt, 65

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen. 66

Der Kläger erklärt nochmals unter Hinweis auf sein entsprechendes erstinstanzliches Vorbringen, dass er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Kfz-Unfallschadengutachten für eigene oder fremde Rechnung erstellt und Honorare dafür erhalten hat. Er habe solche Gutachten nur auf Rechnung des Beklagten erstellt. Er bestreitet, dass der Beklagte Sozialversicherungsabgaben und Steuern auf die erstinstanzlich ausgerichteten Vergütungsansprüche an die zuständigen Einzugsstellen abgeführt hat. 67

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt verwiesen. 68

Entscheidungsgründe 69

I. Die Berufungen des Klägers und des Beklagten sind zulässig. 70

Sie sind nach § 64 Abs. 2 b ArbGG statthaft und jeweils innerhalb der Fristen nach § 66 Abs. 1 ArbGG eingelegt und begründet worden. 71

II. Während die Berufung des Klägers teilweise Erfolg hat, ist die Berufung des Beklagten unbegründet. 72

Auf die begründeten Gehalts- und Entgeltfortzahlungsansprüche des Klägers für die Monate Dezember 2008 bis einschließlich Februar 2009 sind vom Kläger einbehaltene Barbeträge in Höhe von (nur) EUR 4.555,00 anzurechnen. Bei der Bemessung der für die Monate Januar 2009 und Februar 2009 zu zahlenden Vergütung ist der vom Kläger als Durchschnittsprovision in Ansatz gebrachte Betrag von EUR 2.885,81 zu berücksichtigen. Als nicht verfallene Fahrgelder für die Monate August 2008 bis Dezember 2008 stehen dem Kläger EUR 674,40 zu. 73

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung von EUR 12.000,00 brutto als Festgehalt sowie als Entgeltfortzahlung und Annahmeverzugsvergütung für die Zeit vom 1. Dezember 2008 bis einschließlich 28. Februar 2009. 74

a. Der Kläger hat für den Monat Dezember 2008 unstreitig nach § 611 BGB Anspruch auf ein Festgehalt. Zutreffend hat das Arbeitsgericht erkannt, dass der Anspruch in Höhe von EUR 4.000,00 brutto besteht. In den vom Kläger vorgelegten Gehaltsabrechnungen ab August 2008 bis Oktober 2008 wird ein "Festbezug Lohn/Gehalt" in Höhe von EUR 4.000,00 brutto ausgewiesen. Dies bestätigt die Richtigkeit des Vorbringens des Klägers, dass bei Verhandlungen über eine intensivere Zusammenarbeit der Parteien/geschäftliche Partnerschaft des Klägers eine Erhöhung des bis dahin gezahlten Monatsgehalts in Höhe von EUR 3.000,00 auf diesen Betrag vereinbart worden ist. Die Korrektur der Gehaltsabrechnungen ist erst nachträglich unter dem Datum "19.11.2008" erfolgt. Gegen die 75

Richtigkeit des Vorbringens des Beklagten, es sei zusätzlich zu dem Festgehalt in Höhe von EUR 3.000,00 brutto ab August 2008 monatlich ein Prämienvorschuss in Höhe von EUR 1.000,00 brutto gezahlt worden, spricht, dass der Beklagte nicht im Einzelnen erläutert hat, was Anlass für diese nicht im Arbeitsvertrag vorgesehene Vorschusszahlung gewesen sein soll.

b. Für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis zum 4. Januar 2009 hat der Kläger ebenfalls nach § 611 BGB Anspruch auf anteiliges Festgehalt. 76

c. Für die Zeit ab dem 5. Januar 2009 bis einschließlich 2. Februar 2009 hat der Kläger einen Anspruch auf Fortzahlung des Festgehaltes als Krankenvergütung nach § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz. 77

Den vom Kläger für diesen Zeitraum vorgelegten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kommt ein hoher Beweiswert zu. Sie begründen eine tatsächliche Vermutung, dass der Kläger infolge Krankheit arbeitsunfähig war. Bezweifelt der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit, dann muss er Umstände, die gegen die Arbeitsunfähigkeit sprechen, näher darlegen und notfalls beweisen, um dadurch die Beweiskraft des Attests zu erschüttern. Es ist stets zu prüfen, ob diese Umstände so gravierend sind, dass sie ein starkes Indiz für die Behauptung des Arbeitgebers darstellen, die Krankheit sei nur vorgetäuscht worden (vgl. BAG, Urteil vom 26. August 1993 – 2 AZR 154/93 –; HWK-Schliemann, Arbeitsrechtskommentar, 4. Aufl., § 5 EFZG Rdn. 39). 78

Soweit der Beklagte geltend macht, der Kläger habe während dieses Zeitraums wiederholt ein Fitness-Studio aufgesucht, stellt dies kein Indiz gegen eine tatsächliche krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers dar. Der Kläger hat angegeben, er habe an einem grippalen Infekt gelitten und in dem Fitness-Studio nur leichtere Übungen ausgeführt, u. a. gegen Nackenverspannungen, um die Genesung zu fördern. 79

Auch die Gutachtertätigkeiten am 8. Januar 2009, 16. Januar 2009 und 23. Januar 2009 stellen kein starkes Indiz gegen die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers für die bei dem Beklagten geschuldete ganztägige Arbeit dar. Es waren nur kurze Termine, bei denen der Kläger nur vorbereitende Arbeiten für die Erstellung von Kraftfahrzeuggutachten durchführte. Es fertigte nur Notizen und Fotos. Für weitergehende Arbeiten brauchte er nach eigenen Angaben den Laptop mit entsprechenden EDV-Programmen, den ihm der Beklagte abgenommen hatte. Er – so der Kläger - habe die Gutachteraufträge nicht am Beklagten vorbei, sondern über diesen fertigstellen wollen. Für die Richtigkeit des Vorbringens spricht die Erkundigung der Düsseldorfer Werkstatt im Büro des Beklagten und nicht beim Kläger, ob das Gutachten über das am 16. Januar 2009 besichtigte Kraftfahrzeug bereits fertiggestellt sei. Es kann dem Kläger auch nicht widerlegt werden, dass er dem Zeugen K die SMS vom 2. Februar 2009 nur gesandt hat, um einem Verdacht nachzugehen, es sei ihm eine Falle durch den Beklagten gestellt worden. Entscheidungserheblich in diesem Zusammenhang ist ohnehin nur die Frage, ob der Kläger tatsächlich in der Lage war, ganztägig zu arbeiten, dagegen nicht, ob die in zeitlich geringem Umfang erfolgten Arbeiten bereits eine unerlaubte Konkurrenztätigkeit darstellten. 80

Da von einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab dem 5. Januar 2009 auszugehen ist, brauchte er der Arbeitsaufforderung vom 6. Januar 2009 durch einen Mitarbeiter des Beklagten nicht nachzukommen. 81

Die SMS vom 19. Januar 2009 ("Hey ich warte immer noch auf meine Kündigung! Habe bis jetzt nichts Schriftliches! Wir leben in Deutschland! Mein Gehalt Dezember 2009 fehlt auch 82

noch! Warte drauf!") des Klägers an den Beklagten, ist ebenfalls ohne Aussagewert, soweit es die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers betrifft.

Aus dieser SMS kann nicht gefolgert werden, der Kläger sei auch ohne die krankheitsbedingte Verhinderung generell nicht mehr leistungsbereit gewesen, so dass die erforderliche Monokausalität zwischen der Erkrankung und der Nichterbringung der Arbeitsleistung fehle (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 28. Januar 2004 – 5 AZR 58/03 -; HWK-Schliemann, a.a.O., § 3 EFZG Rdn. 12). Der Kläger hat dargelegt, dass er das Gespräch vom 5. Januar 2009 als fristlose Kündigung des Beklagten aufgefasst hatte, und dass er nunmehr, aufgrund eines Hinweises der Bundesagentur für Arbeit auf das für Kündigungen geltende Formerfordernis, eine schriftliche Kündigung haben wollte. 83

d. Für die Zeit ab dem 3. Februar 2009 bis zum 28. Februar 2009 hat der Kläger nach § 615 BGB in Verbindung mit § 611 BGB Anspruch auf Zahlung des Festgehalts aus Annahmeverzug. 84

In diesem Zeitraum hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nach dem inzwischen rechtskräftigen Teilurteil des Arbeitsgerichts Köln vom 13. August 2009, mit dem die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 23. Januar 2009 festgestellt worden ist, fortbestanden. 85

Der Beklagte kam durch den Ausspruch der fristlosen Kündigung vom 23. Januar 2009 in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots des Klägers bedurfte (vgl. BAG, Urteil vom 11. Januar 2006 – 5 AZR 98/05 -). Mit der fristlosen Kündigung hatte er zum Ausdruck gebracht, dass er dem Kläger keine Arbeit mehr zuwies und damit eine zwingende Mitwirkungshandlung unterließ. 86

Der Beklagte hat keine Umstände vorgetragen, die sich in dem hier maßgeblichen Zeitraum 3. Februar 2009 bis 28. Februar 2009 ereigneten und die den Schluss rechtfertigen, der Kläger sei jedenfalls nicht mehr ab dann leistungswillig gewesen (vgl. dazu: HWK-Krause, a.a.O., § 615 BGB Rdn. 46). Im Hinblick auf die fristlose Kündigung vom 23. Januar 2009 war Kläger auch nicht mehr gehalten, seine Wiedergenesung ab dem 3. Februar 2009 anzuzeigen und seine Dienste anzubieten (vgl. dazu: HWK-Krause, a.a.O., § 615 BGB Rdn. 58). 87

e. Entsprechend dem Vorbringen des Klägers sind auf die Vergütungs- und Entgeltfortzahlungsansprüche für die Monate Dezember 2008 bis einschließlich Februar 2009 vom Kläger kassierte und an den Beklagten nicht abgeführte Barbeträge aus Prüfertätigkeit in Höhe von EUR 4.055,00 anzurechnen. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 22. Juni 2009 unter Vorlage eines Leistungsnachweises des KÜS sowie von Einzahlungsbelegen für die Zeit vom 1. Januar 2008 bis 30. November 2008 sowie des Leistungsnachweises des KÜS für Dezember 2008 dargetan, dass Ende Dezember 2008 noch ein Betrag in dieser Höhe von ihm an den Beklagten abzuführen war. 88

f. Der Kläger hat diese Ansprüche binnen der Ausschlussfrist nach § 20 des Arbeitsvertrages vom 1. September 2005 schriftlich geltend gemacht. 89

aa. Die Ausschlussfrist ist wirksam, soweit darin geregelt ist, dass alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis binnen einer Frist von 6 Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind. 90

Die Klausel in dem formularmäßigen Arbeitsvertrag stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar. Sie hält einer Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB stand. Die Verfallklausel ist weder überraschend noch ungewöhnlich im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB. Der Arbeitsvertrag hebt sie als eigenständigen Paragraphen mit der Überschrift "Verfallfristen" besonders hervor. Ausschlussfristen sind im Arbeitsleben durchaus üblich. Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht verletzt. Bereits in der Überschrift "Verfallfristen" wird deutlich, dass es sich um eine Verfallklausel handelt (vgl. BAG, Urteil vom 12. März 2008 – 10 AZR 152/07 -).

Die Verfallklausel hält, soweit sie die schriftliche Geltendmachung binnen 6 Monaten vorschreibt, auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB stand. Sie benachteiligt den Kläger nicht unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Frist für die schriftliche Geltendmachung von weniger als drei Monaten im Rahmen einer einzelvertraglichen Ausschlussfrist unangemessen kurz. Diese Mindestfrist ist eingehalten. 92

Die Verfallklausel ist auch nicht deshalb unwirksam, weil sie ergänzt ist durch eine unwirksame weitere Verfallstufe. 93

Soweit die Verfallklausel regelt, dass (nach schriftlicher Geltendmachung) "im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei alle Ansprüche binnen einer Frist von zwei Monaten einzuklagen sind", liegt ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 BGB vor. Denn die Mindestfrist für die gerichtliche Geltendmachung beträgt drei Monate. Dies führt nach § 306 Abs. 1 und 2 BGB zu ihrem ersatzlosen Wegfall bei Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages im Übrigen (vgl. BAG, Urteil vom 12. März 2008 – 10 AZR 152/07 -). 94

Da die Klausel teilbar ist, bleibt davon die Wirksamkeit des ersten Teils der Verfallklausel unberührt. Die Teilbarkeit der Klausel ist mittels einer Streichung des unwirksamen Teils mit einem "blauen Stift" zu ermitteln. Ist die verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt sie bestehen. Maßgeblich ist, ob sie mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abtrennbar ist (vgl. BAG, Urteil vom 12. März 2008 – 10 AZR 152/07 -). 95

Die erste und die zweite Stufe der Verfallklausel sind inhaltlich getrennt. Dies kommt darin zum Ausdruck, dass die erste Stufe abschließend bis zur Formulierung "und im Falle der Ablehnung" eine eigenständige sprachliche und sachliche Regelung enthält. Sie verlangt, dass "alle Ansprüche binnen einer Frist von 6 Monaten seit ihrer Fälligkeit schriftlich geltend zu machen" sind. Der weitere Satzteil, der eine andere abschließende sachliche Regelung dahin enthält, dass im Anschluss an die erste Stufe "im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei (alle Ansprüche) binnen einer Frist von 2 Monaten einzuklagen" sind, kann problemlos vollständig gestrichen werden. Der erste Satzteil bleibt dann äußerlich und inhaltlich verändert und behält seine Selbständigkeit und seinen spezifischen Zweck (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 12. März 2008 – 10 AZR 152/07 -). 96

bb. Soweit es die Gehaltsansprüche für die Monate Dezember 2008 und Januar 2009 betrifft, sind die Ansprüche spätestens mit der am 27. Februar 2009 zugestellten Klageschrift schriftlich geltend gemacht worden. Soweit es den Gehaltsanspruch für den Monat Februar 2009 angeht, ist die Frist zur schriftlichen Geltendmachung durch die gleichzeitig erhobene Klage gegen die Kündigung vom 23. Januar 2009 gewahrt worden. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Kündigungsschutzklage das Erfordernis der schriftlichen Geltendmachung erfüllt, soweit Ansprüche betroffen sind, die vom Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens abhängen. Die Ansprüche müssen in der 97

Kündigungsschutzklage weder ausdrücklich bezeichnet noch beziffert werden (vgl. BAG, Urteil vom 7. November 1991 – 2 AZR 34/91 – und vom 17. November 2009 – 9 AZR 745/08 -). Die fristwahrende Geltendmachung entfällt nicht nachträglich, so dass sie nicht nach rechtskräftiger bzw. bestandskräftiger Beendigung des Kündigungsrechtsstreits erneut schriftlich geltend gemacht werden müssen (vgl. BAG, Urteil vom 7. November 1991 – 2 AZR 34/91 -).

2. Der Kläger hat für die Monate Januar 2009 und Februar 2009 neben dem Anspruch auf Fortzahlung des Festgehalts nach § 611 BGB, § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz und § 615 BGB auch Anspruch auf Zahlung der Prämie für Prüfleistungen in Höhe von EUR 2.885,81 brutto. 98

a. Sowohl bei der Entgeltfortzahlung als auch bei der Annahmeverzugsvergütung ist dem Arbeitnehmer die Vergütung zu zahlen, die er bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit verdient hätte. Dazu gehören auch Provisionen/Prämien, die angefallen wären, wenn der Arbeitnehmer weitergearbeitet hätte. 99

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 27. April 2011 dargetan, dass er für "aktenkundige" Prüfleistungen im Jahr 2008 nach § 5 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages für das Jahr 2008 insgesamt Anspruch auf eine Prämie in Höhe von EUR 17.314,87 (unrichtig: 16.847,99) hatte. Ausgehend von einem monatlichen Durchschnittsbetrag in Höhe von EUR 1.442,91 errechnet sich der von ihm für die Monate Januar und Februar 2009 geltend gemachte Betrag in Höhe von EUR 2.885,81. 100

b. Die auch von dem Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens abhängigen Prämienansprüche für Januar 2009 und Februar 2009 sind durch die Erhebung der Kündigungsschutzklage binnen der Ausschlussfrist von 6 Monaten rechtzeitig schriftlich geltend gemacht worden. 101

c. Der Prämienanspruch ist auch nicht nach § 5 Ziff. 4 des Arbeitsvertrages ausgeschlossen bzw. entfällt auch nicht nach § 5 Ziff. 5 des Arbeitsvertrages, da darin das Vorliegen einer – wirksamen – Kündigung des Beklagten aus verhaltensbedingten oder aus vom Kläger zu vertretenden personenbedingten Gründen vorausgesetzt wird. Dies ist nicht der Fall, da – wie ausgeführt – der Kläger keinen Vertragsverstoß begangen hat, der den Beklagten zur Kündigung berechtigte. 102

3. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung von EUR 28.404,56 brutto für den Zeitraum 1. Juli 2007 bis einschließlich 31. Dezember 2008 als restliche Prämie aufgrund der Prüftätigkeit nach § 5 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages. 103

Die vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 27. April 2011 bezifferten Prämienansprüche sind nach § 20 des schriftlichen Arbeitsvertrages verfallen. 104

a. Erhält ein Arbeitnehmer eine variable Vergütung wie Zuschläge, Leistungslohn und Provisionen, ist der Anspruch im Sinne der einzelvertraglichen Ausschlussfrist fällig, wenn die Forderungen in ihrem Bestand feststellbar sind und geltend gemacht werden können. Eine Forderung kann geltend gemacht werden, sobald der Gläubiger in der Lage ist, sich den erforderlichen Überblick ohne schuldhaftes Zögern zu verschaffen, um seine Forderung wenigstens annähernd zu beziffern (vgl. z. B. BAG, Urteil vom 22. September 1992 – 9 AZR 521/91 -). 105

b. Der Kläger war in der Lage, sich unverzüglich über seinen Prämienanspruch zu informieren. Er führte die Kraftfahrzeug-Untersuchungen durch und kassierte die Gebühren, 106

soweit sie bar gezahlt wurden, was weit überwiegend der Fall war. Er hat dementsprechend, nachdem das Arbeitsgericht die zunächst allein erhobene Klage auf Auskunft über die Umsätze und anschließende Zahlung der Prämie für den Zeitraum 1. August 2007 bis 28. Februar 2009 abgewiesen hatte, anhand der ihm vorliegenden Leistungsnachweise des KÜS über die Anzahl der Untersuchungen und den sich daraus ergebenden Gesamtumsatz und anhand ihm bekannter weiterer Umsätze bei einer Werkstatt in B mit Schriftsatz vom 27. April 2011 den Prämienanspruch für den Anspruchszeitraum bis zum 31. Dezember 2008 beziffert. Dies zeigt, dass der Kläger ohne weiteres seine Ansprüche vor Ablauf von 6 Monaten nach Fälligkeit hätte geltend machen können.

c. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, nach § 5 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages seien die Prämienzahlungen erst in dem auf die Mitteilung der Buchung der Umsätze durch den Steuerberater folgenden Monat fällig und mangels einer solchen Mitteilung sei die Fälligkeit bis heute nicht eingetreten. Ein Verfall kommt nur dann nicht in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die Abrechnung benötigt, um seine Ansprüche zu beziffern (vgl. BAG, Urteil vom 22. September 1992 – 9 AZR 521/91 -). Der Kläger brauchte aber diese Abrechnung nicht, um seine Ansprüche zu beziffern. Im Übrigen kann die Klausel nur so verstanden werden, dass die Umsätze, die eine Haupteinnahmequelle für den Beklagten darstellen, laufend durch den Steuerberater verbucht werden, worüber dieser regelmäßig den Beklagten unterrichtet, und im Folgemonat die Prämien fällig werden. Selbst wenn die Klausel eine Verbuchung und Mitteilung an den Beklagten erst in dem Monat zuließ, der auf die Auftragsausführung folgte, wurde spätestens nach einem weiteren Monat der Prämienanspruch fällig. 107

d. Schließlich ist festzuhalten, dass der Prämienanspruch für die Zeit bis zum 31. Juli 2008 auch dann verfallen wäre, wenn der Kläger für die Geltendmachung der bezifferten Prämienforderung eine Abrechnung benötigt hätte. Zwar beginnt dann der Lauf der Ausschlussfrist ohne Abrechnung nicht, weil der Anspruch noch nicht im Sinne der Tarifbestimmung fällig ist. Das gilt aber nur solange, wie der Auskunftsanspruch seinerseits besteht. Da auch der Auskunftsanspruch nach der Formulierung der einzelvertraglichen Verfallklausel, die "alle Ansprüche" erfasst, der Verfallfrist unterliegt und nach Ablauf von 6 Monaten seit Fälligkeit erlosch, begann die Ausschlussfrist für die Geldforderung von diesem Zeitpunkt an zu laufen (vgl. BAG, Urteil vom 22. September 1992 – 9 AZR 521/91 -). 108

Der Auskunftsanspruch ist erstmals mit Schreiben vom 2. Februar 2009 formgemäß geltend gemacht worden. Zu diesem Zeitpunkt waren die Ansprüche auf Auskunft bis einschließlich Juli 2008 bereits verfallen. Mit dem Verfall hatte jeweils auch die 6-monatige Frist für die Geltendmachung der Prämienzahlung begonnen. 109

Abschließend ist noch festzuhalten, dass der Kläger hinsichtlich seines Anspruchs auf Prämien für Prüftätigkeit seine Stufenklage hat fallengelassen. Dies spricht dafür, dass er auch ohne Auskunft des Beklagten über sämtliche für den Prämienanspruch relevanten Daten verfügte. 110

4. Ebenfalls steht dem Kläger kein Anspruch auf Zahlung von EUR 12.108,55 brutto als Prämie nach § 5 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages vom 1. September 2005 für von ihm für den Beklagten akquirierte Kfz-Sachverständigengutachten zu. 111

Die vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 7. September 2011 bezifferten Prämienansprüche sind ebenfalls nach § 20 des schriftlichen Arbeitsvertrages verfallen. 112

Der Kläger war in der Lage, sich unverzüglich auch über diesen Prämienanspruch zu informieren. Nach eigenen Angaben des Klägers gehörten die Auftraggeber in aller Regel zu seinem weiteren Bekanntenkreis. Sie haben sich zunächst an ihn gewandt. Er verfügt über die Honorarrechnungen, die er in Ablichtung mit Schriftsatz vom 7. September 2011 vollständig hinsichtlich der von ihm aufgelisteten 83 Aufträge eingereicht hat.

Er hätte anhand dieser Honorarrechnungen, die nach Angaben des Klägers in voller Höhe von den Auftraggebern bezahlt worden sind, seine Prämieansprüche binnen der Frist von 6 Monaten schriftlich geltend machen müssen, beginnend mit dem auf den Honorareingang folgenden Monat (Fälligkeit des Prämienanspruchs nach § 5 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages). Dies ist nicht erfolgt. 114

5. Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Auskunft und anschließende Zahlung bezüglich (weiterer) vom Kläger akquirierter und von den Auftraggebern honorierter Sachverständigengutachten im Wege der Stufenklage zu. 115

a. Der Auskunftsanspruch besteht nicht, da der Kläger ohne Weiteres selbst in der Lage ist, die von ihm akquirierten Sachverständigengutachten zu bezeichnen und den Provisionsanspruch zu beziffern (vgl. dazu: Zöller-Greger, ZPO, 29. Aufl., § 254 Rdn. 6). Er hat dies für 83 Aufträge aus dem Zeitraum 2007 bis Ende November 2008 gemacht, nachdem das Arbeitsgericht erstinstanzlich die Klage mit dem Hinweis auf die eigene Kenntnis des Klägers abgewiesen hat. Inwiefern diese Aufstellung samt Unterlagen unvollständig ist, hat er nicht erklärt. 116

b. Abgesehen davon wären die Abrechnungs-/Auskunftsansprüche auch für die Zeit bis Juli 2008 verfallen. Es wird auf die auch insoweit geltenden Ausführungen zum Verfall der Auskunftsansprüche bezüglich der Prämien für Prüftätigkeit verwiesen. 117

6. Dem Kläger steht kein weiterhin der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Überstundenvergütung in Höhe von EUR 7.252,02 brutto nicht zu. 118

a. Der Kläger hat schon nicht schlüssig dargetan, dass er die von ihm behaupteten Überstunden geleistet hat. 119

Der Arbeitnehmer, der die Vergütung von Überstunden fordert, muss im Einzelnen darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat. Der Arbeitnehmer muss vortragen, von welcher Normalarbeitszeit er ausgeht und dass er tatsächlich gearbeitet hat. Er hat dazu die Anfangs- und Endzeiten und auch die Pausenzeiten für die einzelnen Arbeitstage darzulegen (vgl. BAG, Urteil vom 17. April 2002 – 5 AZR 644/00 -). Ist streitig, ob Arbeitsleistungen erbracht wurden, hat der Arbeitnehmer darzulegen, welche (geschuldete) Tätigkeit er ausgeführt hat (vgl. BAG, Urteil vom 25. Mai 2005 – 5 AZR 319/04 -). 120

Der Kläger trägt vor, er habe von montags bis freitags von 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr in der Werkstatt des Beklagten ohne Pause durchgearbeitet. Er habe auch an Samstagen gearbeitet. An den Tagen, an denen er mittags bzw. nachmittags von der Werkstatt des Beklagten zu der Werkstatt der Firma V oder der Werkstatt der Firma F in B gefahren sei, habe er zwingend Überstunden geleistet, da er in diesen Werkstätten mindestens bis 18.00 Uhr, in der Regel jedoch weit darüber hinaus, geprüft habe. 121

Dies hat der Beklagte bestritten und dazu ausgeführt, der Kläger habe sich häufig verspätet, und er habe sich mittags für 2 Stunden in ein Fitness-Studio begeben. Die dadurch 122

verbliebene Arbeitszeit habe der Kläger durch Arbeit an Abenden und Samstagen ausgeglichen. Er hat gerügt, der Kläger habe nicht angegeben, an welchem Tag zu welcher genauen Zeit er zu welchem Zweck Überstunden gemacht habe.

Dem Antrag, die Hauptuntersuchungsberichte des KÜS anzufordern, um anhand derer die Richtigkeit seiner Angaben nachzuvollziehen, war ebenso wenig stattzugeben, wie dem Antrag, den Inhaber der Werkstatt in B darüber zu vernehmen, an welchen Tagen er – der Kläger – in dessen Werkstatt tätig gewesen ist. Abgesehen davon, dass der Kläger keinen Anspruch gegen den KÜS auf Vorlage der Hauptuntersuchungsberichte hat, dienen die Beweisanträge erkennbar der Ausforschung und sind damit unzulässig. Sie sollen ihm erst die erforderliche Kenntnis über seine Arbeitszeiten verschaffen, um sodann ggf. genauere Angaben machen zu können hinsichtlich Arbeitsbeginn, Arbeitsende, Pausenzeiten, Fahrtzeiten. Dies hat er im Schriftsatz vom 27. April 2011 auch so ausgeführt. 123

Die pauschalen Angaben über den Umfang seiner Überstundenarbeit ab Februar 2007 bis November 2008 genügen daher nicht den Darlegungsanforderungen. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach dem Arbeitsvertrag Mehr- und Samstagsarbeit, die die regelmäßige betriebliche monatliche Arbeitszeit um nicht mehr als 10 Stunden überstieg, mit dem monatlichen Bruttogrundgehalt ohnehin abgegolten war (§ 6 Ziff. 1 des Arbeitsvertrages). Wenn der Kläger es gleichwohl nicht für erforderlich hielt, für jeden Arbeitstag Aufzeichnungen über Arbeitsbeginn, Arbeitsende, Pausenzeiten und Fahrtzeiten zu machen, muss er den daraus folgenden Nachteil bei der Geltendmachung des behaupteten Überstundenentgeltanspruchs tragen. 124

b. Zudem sind sämtliche Überstundenentgeltansprüche für die bis einschließlich Juli 2008 aufgrund fehlender schriftlicher Geltendmachung nach § 20 des Arbeitsvertrages vom 1. September 2005 verfallen. 125

7. Dem Kläger steht Fahrkostenersatz nur für die Monate August 2008 bis einschließlich Dezember 2008 in Höhe von EUR 674,40 nach § 4 Ziff. 6 des Arbeitsvertrages vom 1. September 2005 zu. 126

a. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 22. Juni 2009 Fahrkostenabrechnungen (Bl. 123 ff. d. A.) eingereicht, aus denen sich ergibt, dass ihm für die Monate August 2008 bis Dezember 2008 Fahrkosten in Höhe von insgesamt EUR 674,40 zu erstatten sind. 127

b. Dagegen sind die Fahrkostenansprüche für die Zeit bis Juli 2008 nach § 20 des Arbeitsvertrages aufgrund fehlender schriftlicher Geltendmachung verfallen. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass er die Ansprüche jeweils innerhalb von 6 Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht und die entsprechenden Abrechnungen beim Beklagten eingereicht hat. 128

8. Die Widerklage des Beklagten gegen den Kläger auf Auszahlung von bei der Prüftätigkeit vereinnahmten Barbeträgen in Höhe von EUR 6.078,50 ist unbegründet. 129

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 22. Juni 2009 anhand der Leistungsnachweise des KÜS für das gesamte Jahr 2008 und einer Aufstellung über Umsätze bei der Werkstatt F in B im Dezember 2008 sowie anhand von Einzahlungsbelegen dargelegt, dass er noch EUR 4.555,00 an den Beklagten abzuführen hatte. Diesen Betrag hat er beim zuerkannten Anspruch auf Zahlung von Vergütung für die Monate Dezember 2008 bis einschließlich Februar 2009 in Abzug gebracht. 130

9. Auch die Widerklage auf Auskunft des Klägers über Konkurrenz­­tätigkeit durch Unfallgutachten auf eigene oder fremde Rechnung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und Auskehrung der vereinnahmten Beträge an den Beklagten ist unbegründet.	
Der Kläger hat die Auskunft dahin erteilt, dass er derartige Geschäfte nicht getätigt hat. Soweit es die drei Prüfungstätigkeiten während des Arbeitsunfähigkeitszeitraums im Januar 2009 betrifft, hat er im Einzelnen dazu Stellung genommen und insbesondere dargelegt, dass er keine Einnahmen vereinnahmt hat.	132
Da auf der Basis der Auskunft kein Anspruch auf Auskehrung von Beträgen aus Konkurrenz­­tätigkeit besteht, war die Stufenklage insgesamt abzuweisen (vgl. dazu: Zöller-Greger, ZPO, 29. Aufl., § 254 Rdn. 9).	133
10. Der mit der Widerklage hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung der zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an den Kläger ausgezahlten Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmeranteil) in Höhe von EUR 717,40 kann nicht zugesprochen werden. Es steht nicht fest, dass der Beklagte tatsächlich die Sozialversicherungsbeiträge bereits in voller Höhe abgeführt hatte, bevor er den Bruttovergütungsbetrag an den Kläger zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ausgezahlt hat. Der Kläger hat dies bestritten. Das vom Beklagten vorgelegte Mailschreiben des Steuerberaters vom 21. Januar 2011 ergibt im Übrigen, dass bei der Berechnung der Überzahlung von EUR 717,40 u. a. davon ausgegangen worden ist, der Kläger müsse sich EUR 6.078,50 statt richtig EUR 4.555,00 anrechnen lassen als von ihm vereinnahmte, aber nicht abgeführte Barbeträge aus Prüfertätigkeit. Dies ist nicht richtig.	134
11. Der erstinstanzlich zuerkannte Zeugnisanspruch des Klägers war nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, da die Beklagte insoweit keine Berufung gegen das Schlussurteil eingelegt hat.	135
12. Die Kostenentscheidungen für das erstinstanzliche und zweitinstanzliche Verfahren beruhen aus § 92 ZPO.	136
Die Revision war nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, bei der sich keine grundsätzlichen Rechtsfragen stellen, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht beantwortet sind.	137
<u>RECHTSMITTELBELEHRUNG</u>	138
Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.	139
Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.	140
Schwartz Recki Kolsch	141