

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Abgrenzung und Begriffsbestimmungen
3. Arbeitsrechtliche Besonderheiten
  - 3.1 Befreiung von Überstunden
  - 3.2 Teilzeitarbeitnehmer
  - 3.3 Mitbestimmung
  - 3.4 Rechtsschutz
4. Abgeltung von Überstunden: Freizeit oder Geld
  - 4.1 Grundsatz: Abgeltung in Geld
  - 4.2 Ausnahme: Abgeltung in Freizeit
  - 4.3 Überstundenzuschläge
  - 4.4 Eine sinnvolle Alternative: die Überstundenpauschale
  - 4.5 Überstundenabgeltung und arbeitsfreie Zeiten
  - 4.6 Ausschlussfristen und Verjährung
5. Darlegungs- und Beweislast
6. Steuern und Sozialversicherungsbeiträge
7. Zwangsvollstreckung
8. Rechtsprechungs-ABC
  - 8.1 Arbeitszeiterfassung
  - 8.2 ArbZG-Verstoß
  - 8.3 Aufstockungsverlangen eines Teilzeitmitarbeiters
  - 8.4 Auswirkung des Direktionsrechts
  - 8.5 Berechnung des Urlaubsentgelts
  - 8.6 Bereitschaftszeiten
  - 8.7 Brutto-Pfändung
  - 8.8 Duldung
  - 8.9 Falsches Ausfüllen von Überstundenformularen
  - 8.10 Formularvertrag vs. Individualabrede
  - 8.11 Insolvenzforderung
  - 8.12 Mehrarbeit - Begriff
  - 8.13 Mehrflugstundenvergütung
  - 8.14 Mitbestimmung bei Abgeltung
  - 8.15 Überstundenschätzung - 1
  - 8.16 Überstundenschätzung - 2
  - 8.17 Ungeplante Überstunden - TVöD-K
  - 8.18 Vergütungserwartung - 1
  - 8.19 Vergütungserwartung - 2
  - 8.20 Vergütungserwartung - 3
  - 8.21 Vergütungsfrage - 1
  - 8.22 Vergütungsfrage - 2
  - 8.23 Vertragliche vs. tarifliche Arbeitszeit

## 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber kann Überstunden nicht so einfach mal anordnen. Die Verlängerung der vertrags- oder betriebsüblichen Arbeitszeit muss individual- und kollektivrechtlich wirksam sein. Das ist sie, wenn sie von Recht und Gesetz gedeckt ist und - in Betrieben mit Betriebsrat - unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG angeordnet wurde. Ob Überstunden "Mehrarbeit", "Überarbeit" oder echte "Überstunden" sind, kann rechtlich eigentlich dahinstehen. Es kommt im Einzelfall immer darauf an, wie die zu berücksichtigende Anspruchs- und Regelungsgrundlage die "Mehrstunden" behandelt wissen will.

### **Praxistipp:**

Überstunden und Überstundenzuschläge sind - mit Ausnahme des SeemG - gesetzlich nicht geregelt. Wer in seinem Betrieb Überstunden anordnen möchte, muss seine individuelle Rechtslage prüfen. Die eigenen Arbeitsverträge und Betriebsvereinbarungen kennt man - das wahre Problem steckt in den Branchentarifverträgen. Daher ist es ganz wichtig, sich insoweit einen sicheren Überblick zu verschaffen und eventuelle Änderungen und Aktualisierungen zeitnah zu berücksichtigen und umzusetzen.

Arbeitnehmer brauchen Überstunden nicht gratis zu leisten. Sie haben Anspruch auf Abgeltung ihrer Überstunden - entweder in Geld oder bei entsprechender individual- oder kollektivvertraglicher Vereinbarung in Freizeit. Generell fallen dabei keine Zuschläge an, es sei denn, ein Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder eine arbeitsvertragliche Abmachung sehen das so vor. Überstunden sind sehr streitanfällig. Dafür gibt es ein ausgeklügeltes Rechtsschutzsystem - auch für Betriebsräte, die sich gegen mitbestimmungswidriges Arbeitgeberhandeln wehren wollen. Auf Arbeitnehmerseite sind besonders die Anforderungen zu beachten, die das BAG an die Darlegungs- und Beweislast für die Abgeltung von Überstunden stellt. Sonst kann ein behaupteter Anspruch schon mal ganz schnell erledigt sein...

## 2. Abgrenzung und Begriffsbestimmungen

In der juristischen **Literatur** werden die **Begriffe**

- Mehrarbeit,
- Überarbeit und
- Überstunden

verwendet.

Während "**Überarbeit**" das Gleiche meinen soll wie "**Überstunden**", ist "Mehrarbeit" eher im Bereich von Tarifverträgen angesiedelt. Unterm Strich ist es **müßig**, mit systematischem Ansatz zwischen den einzelnen Begriffen **zu unterscheiden**. Grob könnte man sagen:

- Mehrarbeit sind die Arbeitsstunden eines Arbeitnehmers, die ein Tarifvertrag als Mehrarbeit definiert.
- Überstunden sind die Arbeitsstunden eines Arbeitnehmers, die er über die individuell vereinbarte Arbeitszeit hinaus arbeitet.

Von Rechts wegen ist eine **Differenzierung** zwischen den Begriffen im Vorfeld einer Fall- und Sachbearbeitung eigentlich gar **nicht erforderlich**. Der **Volksmund** hält sowieso alles für "**Über-**" und "**Mehrstunden**", was über die individuell geschuldete Arbeitszeit hinausgeht. Für eine klare Abgrenzung der Begriffe ist das Thema Überstunden ohnehin viel zu vielschichtig. Daher sollte das Augenmerk immer auf die **maßgebliche Anspruchsgrundlage**, also:

- Arbeitsvertrag,
- Betriebsvereinbarung oder

- Tarifvertrag

gerichtet sein. Wird ein **Überschreiten üblicher, regelmäßiger Arbeitsstunden** dort als Mehrarbeit, Überarbeit, Mehr- oder Überstunden definiert, sollte man sich an den dort verwendeten Begriff halten (mehr dazu im Stichwort Überstunden - Mehrarbeit ).

### 3. Arbeitsrechtliche Besonderheiten

Soll der Arbeitgeber Überstunden vergüten, müssen diese **Überstunden**

- angeordnet,
- gebilligt,
- geduldet oder
- objektiv erforderlich

gewesen sein (s. dazu das Stichwort Überstunden - Anordnung ). Darüber hinaus sind einige **arbeitszeitrechtliche Fragen** zu beantworten (dazu mehr im Stichwort Überstunden - Arbeitszeit ). Es gibt **besondere Arbeitnehmer und Arbeitnehmergruppen**, die von Rechts wegen keine oder nur eine beschränkte Zahl von Überstunden machen dürfen (s. Gliederungspunkt 3.1 ). Bei Teilzeitarbeit steht die Zuschlagsproblematik im Vordergrund - stellen die meisten Tarifverträge doch bei Überstundenzuschlägen eher auf Vollzeitmitarbeiter ab (s. Gliederungspunkt 3.2 ).

Während Überstunden in betriebsratslosen Betrieben nur **individualrechtlich wirksam** angeordnet werden müssen, kommt in Betrieben mit Betriebsrat **kollektivrechtlich** ein echtes, zwingendes Mitbestimmungsrecht hinzu: Die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit verlangt nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 , Abs. 2 BetrVG eine "Einigung" der Betriebspartner (s. Gliederungspunkt 3.3 ). Sowohl individual- als auch kollektivrechtlich gibt es ein ausgeklügeltes Rechtsschutzsystem , mit dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Betriebsrat ihre Rechte wahren können (s. dazu Gliederungspunkt 3.4 ).

#### 3.1 Befreiung von Überstunden

Die Anordnung von Überstunden erfolgt über das Weisungsrecht. Dieses Weisungsrecht muss nach billigem Ermessen ausgeübt werden. Das heißt, der Arbeitgeber darf bei der Anordnung von Überstunden nicht nur betriebliche Interessen im Auge haben. Er muss auch persönliche Belange seiner Mitarbeiter berücksichtigen, zum Beispiel ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder ihre pflegebedürftigen Angehörigen

Für bestimmte **Arbeitnehmer und Arbeitnehmergruppen** ist die Anordnung von **Überstunden gesetzlich eingeschränkt**:

- Jugendliche dürfen nach § 8 Abs. 1 JArbSchG nicht mehr als acht Stunden täglich und nicht mehr als 40 Stunden wöchentlich beschäftigt werden. Eine Ausnahme von diesem Überstundenverbot lässt § 21 JArbSchG zu.
- werdende und stillende Mütter, die 18 Jahre oder älter sind, dürfen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 MuSchG nicht mit einer Arbeit beschäftigt werden, "die die Frau über achteinhalb Stunden täglich oder über 90 Stunden in der Doppelwoche hinaus zu leisten hat." Eine schwangere oder stillende Frau unter 18 Jahren darf der Arbeitgeber nicht mit einer Arbeit beschäftigen, die die Frau über acht Stunden täglich oder über 80 in der Doppelwoche hinaus zu leisten hat" ( § 4 Abs. 1 Satz 2 MuSchG ).
- Schwerbehinderte - wobei § 207 SGB IX nur sagt: "Schwerbehinderte Menschen werden auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freigestellt". "Mehrarbeit" ist hier nicht tarifliche Mehrarbeit, sondern Arbeit, die über die werktäglichen acht Stunden des § 3 ArbZG hinausgeht (so schon: BAG, 08.11.1989 - 5 AZR 642/88 ).

Soweit es tarifliche Überstunden und Mehrarbeit betrifft, kann es durchaus sein, dass auch **tarifliche Mehrarbeitsverbote** oder Einschränkungen bestehen. Diese Beschränkungen müssen dann allerdings in einem Tarifvertrag konkret geregelt sein. Alles Weitere zu diesem Punkt im Stichwort Überstunden - Befreiung ).

#### 3.2 Teilzeitarbeitnehmer

**Teilzeitbeschäftigt** ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ein **Arbeitnehmer**,

"dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers".

Stellt man allein auf den allgemein üblichen Überstundenbegriff ab, gibt es bei Teilzeitarbeitnehmern immer dann Überstunden, wenn sie mehr Stunden arbeiten, **als ihr Teilzeitarbeitsvertrag vorsieht**.

**Beispiel:**

Der Arbeitgeber vereinbart mit seiner Arbeitnehmerin einen Teilzeitarbeitsvertrag mit 20 Wochenstunden. Arbeitet diese Arbeitnehmerin dann mehr als 20 Wochenstunden, macht sie Überstunden.

Die **Abgeltung** von Überstunden erfolgt bei Teilzeitmitarbeitern grundsätzlich genauso **wie bei ihren in Vollzeit beschäftigten Kollegen**. Das heißt:

- Ohne besondere Regelung muss der Arbeitgeber geleistete Überstunden **finanziell** abgelden.
- Mit besonderer Regelung darf der Arbeitgeber geleistete Überstunden **in Form bezahlter Freizeit** abgelden.
- Wie bei Vollzeitmitarbeitern empfiehlt sich auch bei Teilzeitarbeitnehmern ein - kostenneutrales - Arbeitszeitkonto .

Eine interessante Frage ist: Bekommen Teilzeitarbeitnehmer für ihre Überstunden Zuschläge?

**Beispiel:**

Der Tarifvertrag sieht vor, dass Überstunden mit einem Zuschlag von 50 % auf den Stundenlohn zu bezahlen sind. Die regelmäßige tarifliche Wochenarbeitszeit beträgt 37,5 Stunden. Arbeitet eine Vollzeitkraft mehr als 37,5 Stunden, bekommt sie jede der über 37,5 Stunden hinausgehenden mit einem 50-prozentigen Zuschlag abgegolten. Und was ist mit einer 20-Stunden-Kraft, die Überstunden macht, aber nicht über die 37,5-Stunden-Marke kommt?

Im Ergebnis hängt die Beantwortung der Zuschlagsfrage von den individual- und kollektivrechtlichen Regelungen ab, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind. Nach der BAG-Rechtsprechung ist es so, dass Teilzeitmitarbeiter **unter den gleichen Voraussetzungen** Anspruch auf Überstundenzuschläge haben **wie Vollzeitkräfte** - das heißt, sie müssen **über die tarifliche Regelarbeitszeit hinauskommen** ( BAG, 07.02.1995 - 3 AZR 483/94 ).

Ausführliche Informationen zu den Überstunden Teilzeitbeschäftigter sind im Stichwort Überstunden - Teilzeitarbeitnehmer hinterlegt.

### **3.3 Mitbestimmung**

Der Betriebsrat hat - soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht - bei einer vorübergehenden "Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit" mitzubestimmen, § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG . Kommt zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat keine Einigung zu Stande, entscheidet die Einigungsstelle, § 87 Abs. 2 BetrVG .

Betriebsübliche Arbeitszeit ist "die im Betrieb regelmäßig geleistete Arbeitszeit". Dabei entscheidet "der vertraglich geschuldete regelmäßige zeitliche Umfang der Arbeitsleistung". Das wiederum hat zur Folge, dass die betriebsübliche Arbeitszeit in einem Betrieb nicht notwendig einheitlich ist, sondern - je nach Anlass - "für verschiedene Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen unterschiedlich sein" kann. So ist es durchaus möglich, dass es in einem Betrieb mehrere betriebsübliche Arbeitszeiten gibt ( BAG, 24.04.2007 - 1 ABR 47/06 ).

**Beispiel:**

Der Arbeitgeber hat unterschiedliche Betriebsabteilungen. Während die Verwaltung bereits um 16:30 Uhr Arbeitseende hat, müssen Planungsabteilung und Produktion jeweils bis 17:30 Uhr, Lager und Versand bis 20:00 Uhr und der Pförtner bis 22:00 Uhr arbeiten. Eine betriebsübliche Arbeitszeit gibt es hier nicht - es gibt mehrere betriebsübliche Arbeitszeiten. Und eine davon - die des Pförtners - gibt es sogar nur für einen Arbeitsplatz.

Vorübergehende Verlängerung heißt, es wird nur für einen überschaubaren Zeitraum - also nicht auf Dauer - vom sonst maßgeblichen Arbeitszeitvolumen abgewichen, um im Anschluss daran wieder zur betriebsüblichen Dauer der Arbeitszeit zurückzukehren. Ausschlaggebend ist die Planung des Arbeitgebers ( BAG, 24.04.2007 - 1 ABR 47/06 ). Bei einer dauerhaften - also nicht bloß vorübergehenden - Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit greift § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG .

Der Betriebsrat kann mitbestimmungswidrig angeordnete Überstunden verhindern. Er kann beim Arbeitsgericht einen **Unterlassungsantrag** stellen und/oder die Mitbestimmungsfrage vor die **Einigungsstelle** bringen. Dazu mehr im nächsten Gliederungspunkt und im Stichwort Überstunden - Mitbestimmung .

### 3.4 Rechtsschutz

**Überstunden** müssen

- individual- und
- kollektivrechtlich

**wirksam** sein. Das heißt:

- Der Arbeitnehmer muss individual- und/oder kollektivrechtlich unwirksam angeordnete Überstunden nicht leisten.
- Der Arbeitgeber darf individual- und/oder kollektivrechtlich angeordnete Überstunden nicht abfordern. Tut er das doch, können seine Arbeitnehmer die Überstunden verweigern. Der Arbeitgeber hat in diesen Fällen kein Recht, verweigernde Mitarbeiter abzumahnern oder verhaltensbedingt zu kündigen.
- Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber Unterlassung der kollektivrechtlich unwirksamen Überstunden verlangen und/oder sein missachtetes Mitbestimmungsrecht einfordern - erforderlichenfalls über die Einigungsstelle.

Weigert sich ein Arbeitnehmer, rechtswirksam angeordnete Überstunden zu leisten, kann der Arbeitgeber dagegen mit den Mitteln des Individualarbeitsrechts vorgehen - unter anderem Abmahnung und Kündigung. Er kann auch eine **Feststellungsklage** gegen den Arbeitnehmer mit dem Ziel erheben, festzustellen, dass der verpflichtet ist, die angeordneten Überstunden zu leisten. Der Arbeitnehmer kann ebenfalls eine - hier negative - Feststellungsklage mit dem Ziel erheben, dass das Arbeitsgericht feststellt, dass er nicht verpflichtet ist, die angeordneten Überstunden zu machen.

Soweit es kollektivrechtlich unwirksame Maßnahmen des Arbeitgebers betrifft, gilt nach der vom BAG angewandten Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung:

- Der Arbeitnehmer braucht BetrVG -widrig angeordnete Überstunden nicht zu leisten.
- Tut er das dennoch, hat er für die kollektivrechtlich unwirksam angeordneten Überstunden trotzdem einen Vergütungsanspruch.

Ist der Betriebsrat nicht bereit, mit dem Arbeitgeber in puncto Überstunden eine Einigung zu finden, muss der Arbeitgeber den Weg über die **Einigungsstelle** gehen. Eine Ersetzung der Zustimmung - wie bei den personellen Angelegenheiten des § 99 BetrVG - ist hier vom Gesetz nicht vorgesehen. Eine ausführliche Darstellung des Themas Rechtsschutz bei Überstunden ist im gleichnamigen Stichwort hinterlegt.

### 4. Abgeltung von Überstunden: Freizeit oder Geld

Überstunden gibt es nicht zum Nulltarif. Wer mehr arbeitet als vertraglich vereinbart ist und vergütet wird, muss dafür auch mehr Lohn haben. Grundsätzlich erfolgt die Abgeltung von Überstunden in Geld (s. Gliederungspunkt 4.1 ). Daneben oder darüber hinaus kann - wenn es dafür eine individual- oder kollektivvertragliche Grundlage gibt - auch eine Abgeltung in Form bezahlter Freizeit erfolgen (s. Gliederungspunkt 4.2 ).

In der Regel sind Überstunden 1 : 1 abzugelten. Je nach Rechtsgrundlage können aber auch Zuschläge - und das sowohl für Geld als auch für Freizeit - anfallen (s. Gliederungspunkt 4.3 ). Wer als Arbeitgeber lästige - minuten- und centgenaue - Abrechnungen vermeiden will, hat die Möglichkeit, Überstundenpauschalen zu vereinbaren. Sie halten den Verwaltungsaufwand klein (s. Gliederungspunkt 4.4 ). Für die Berücksichtigung von Überstunden in arbeitsfreien Zeiten gibt es unterschiedliche Ansätze (s. Gliederungspunkt 4.5 ) Am Ende heißt es jedenfalls: Ansprüche schnell geltend machen. Neben der 3-jährigen Verjährung aus Gesetz drohen kurze Ausschlussfristen (s. Gliederungspunkt 4.6 ).

#### 4.1 Grundsatz: Abgeltung in Geld

Der **Arbeitsvertrag** ist ein **Austauschverhältnis**

- der Leistung **Arbeit gegen**
- die Leistung **Geld** ( § 611 Abs. 1 BGB ).

Arbeitsvertraglich geschuldet sind das vereinbarte **Arbeitsvolumen** und das vereinbarte **Arbeitsentgelt**. Die Höhe der Vergütung ergibt sich aus

- dem Arbeitsvertrag,
- einer Betriebsvereinbarung,
- einem Tarifvertrag oder
- einer betrieblichen Übung.

Ohne ausdrückliche Anspruchsgrundlage gilt eine Vergütung "als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist" ( § 612 Abs. 1 BGB ). Das ist bei Überstunden der Fall. Darüber hinaus sagt § 612 Abs. 2 BGB :

"Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung zu zahlen."

Arbeitgeber können **nicht erwarten**, dass Arbeitnehmer **umsonst Überstunden machen**. Wer mehr als vertraglich eigentlich geschuldet arbeitet, muss dafür auch mehr als die eigentlich geschuldete Vergütung bekommen - sonst entsteht ein **Ungleichgewicht zwischen der Leistung Arbeit und der Gegenleistung Geld**. Mehr zum Thema Überstundenvergütung in Gliederungspunkt 2. des Stichworts Überstunden - Zuschläge ).

#### 4.2 Ausnahme: Abgeltung in Freizeit

Gibt es eine darauf zielende

- individual- oder
- kollektivvertragliche

Vereinbarung, können Überstunden **statt in Geld auch in Form (bezahlter) Freizeit** abgegolten werden. In der Regel erfolgt die **Freistellung 1 : 1**, das heißt, es gibt für jede geleistete Überstunde ein Stunde bezahlt frei. Ob es für die Zeit der Freistellung auch **Zuschläge** gibt, ist eine Frage, die in der jeweiligen Anspruchsgrundlage geregelt sein muss. Will sie Zuschläge für die Abgeltung von Überstunden, sind diese Zuschläge auch bei der Freizeit zu berücksichtigen.

**Beispiel:**

Der Tarifvertrag sieht für Überstunden einen Zuschlag von 50 % vor. Dann sind sowohl der Stundenlohn als auch die Freistellung mit diesem Zuschlag zu erhöhen. Dann muss der Arbeitgeber beim Freizeitausgleich statt eine Stunde eineinhalb Stunden bezahlt von der Arbeit freistellen.

Die **weitestgehend kostenneutrale Variante** des Überstundenausgleichs ist das Arbeitszeitkonto . In dieses Arbeitszeitkonto können nach den vom Arbeitgeber oder den Betriebs- oder Tarifpartnern vorgegebenen Regeln

- Minus- und
- Plusstunden

gestellt und **saldiert** werden. Dabei ist darauf zu achten, dass **Überstunden** in einem im Voraus festgelegten Zeitraum abgebaut und **wieder neutralisiert** werden. Einen guten Überblick über das Thema Überstunden und Freistellung gibt das gleichnamige Stichwort.

### 4.3 Überstundenzuschläge

Ohne besondere

- individual- oder
- kollektivrechtliche

**Anspruchsgrundlage** ist kein Arbeitgeber verpflichtet, für Überstunden **Zuschläge** zu zahlen. So eine **Verpflichtung** kann sich allerdings **aus**

- dem Arbeitsvertrag, einer besonderen Zusage im Einzelfall oder betrieblicher Übung (= **individualrechtliche Anspruchsgrundlage**) oder
- einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag (= **kollektivrechtliche Anspruchsgrundlage**)

ergeben. Dort wird auch bestimmt, **in welcher Höhe** Zuschläge zu zahlen sind.

#### **Beispiel:**

Der Arbeitgeber vereinbart mit seinen Arbeitnehmern, dass er jede Überstunde mit einem Zuschlag von 25 Prozent vergütet. Die Betriebspartner schließen eine Betriebsvereinbarung mit der Regelung, dass die ersten fünf Überstunden in der Woche ohne Zuschlag, alle weiteren dann mit einem Zuschlag von 30 Prozent zu abzugelten sind. Die Tarifvertragsparteien vereinbaren, dass die ersten vier Überstunden mit einem Zuschlag von 20 Prozent, alle weiteren mit einem Zuschlag von 40 Prozent zu vergüten sind.

Es kann sein, dass **ein und dieselbe Arbeitszeit** gleich **mehrere Zuschläge** auslöst. Das passiert unter anderem, wenn an einem **Sonn- oder Feiertag** oder **nachts** Überstunden gemacht werden. Die Frage, ob und welche Zuschläge hier zu zahlen sind, Zuschläge addiert werden müssen oder sich Zuschläge vielleicht gegenseitig ausschließen, muss durch die jeweils anzuwendende Anspruchsgrundlage beantwortet werden. Weitere Informationen mit Beispielfällen sind im Stichwort Überstunden - Zuschläge hinterlegt.

### 4.4 Eine sinnvolle Alternative: die Überstundenpauschale

Die **Vergütung** für Überstunden setzt sich aus

- einem **Zeitfaktor** (Anzahl der geleisteten Überstunden) und
- einem **Geldfaktor** (Höhe des geschuldeten Entgelts - unter Umständen mit Zuschlägen)

zusammen. Wer minuten- und centgenau abrechnen möchte, dem bleibt nichts anderes übrig, als geleistete **Überstunden 1 : 1 zu dokumentieren** und im Anschluss daran mit dem Geldfaktor zu multiplizieren. Das ist - trotz moderner und ausgeklügelter **Zeiterfassungssysteme** - oft recht mühsam. Viele Arbeitgeber versuchen daher, ihren **Verwaltungsaufwand zu minimieren** und setzen auf **Pauschalvereinbarungen**.

Grundsätzlich ist gegen eine pauschale Überstundenvergütung nichts zu sagen - solange sie sich im **Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung** bewegt.

### **Beispiel:**

Der Arbeitgeber vereinbart mit seinem Arbeitnehmer eine "Überstundenpauschale" von 50,00 EUR brutto - und fordert jeden Monat 15 Überstunden ab. Hier hat die Pauschale nicht den Wert der tatsächlich geleisteten Überstunden - sie ist unzulässig. Natürlich kann man den konkreten Wert tatsächlich geleisteter Überstunden mit einer Pauschale nicht immer auf Euro und Cent genau treffen. Bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Überstunden und Überstundenpauschale ist eine Pauschalierungsabrede jedoch unzulässig.

**Kollektivrechtlich** sind Pauschalierungsabreden **ausgeschlossen**, wenn der anzuwendende Tarifvertrag

- sie ausdrücklich verbietet oder
- die Vergütung von Überstunden abschließend regelt.

Nach der Schuldrechtsreform und den §§ 305 ff. BGB müssen **Pauschalierungsabreden in Formulararbeitsverträgen** zudem **klar und unmissverständlich** sein. Das führt zu dem Ergebnis, dass **unklare Klauseln unwirksam** sind und sich die Vergütung dann nach den gesetzlichen Vorschriften - insbesondere § 612 BGB - richtet. Mehr zu Pauschalierungsabreden und zur AGB-Kontrolle des BGB im Stichwort Überstunden - Pauschalierung .

### **4.5 Überstundenabgeltung und arbeitsfreie Zeiten**

Nach dem Grundsatz "**keine Arbeit, kein Lohn**" braucht der Arbeitgeber Arbeit, die nicht geleistet wird, nicht zu vergüten. Während arbeitsfreier Zeiten fallen

- weder reguläre Arbeitsstunden
- noch Überstunden

an. Das ist in der Regel konsequent und richtig - es gibt aber **besondere Fälle**, in denen der Arbeitgeber trotzdem verpflichtet sein kann, Arbeitsentgelt - und damit möglicherweise auch Entgelt für Überstunden einschließlich etwaiger Zuschläge - fortzuzahlen:

- Annahmeverzug, § 615 BGB , in der Regel ja;
- Beschäftigungsverbote, § 11 MuSchG , in der Regel ja;
- Betriebsratstätigkeit, § 37 BetrVG , in der Regel ja;
- bezahlte Freistellung, Vereinbarung, kann abbedungen werden;
- Bildungsurlaub, unterschiedliche landesrechtliche Regelungen, mal ja - mal nein;
- Entgeltfortzahlung an Feiertagen, § 2 EFZG , in der Regel ja;
- Entgeltfortzahlung bei Krankheit, § 3 ff. EFZG , nein - das "*zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt*" gehört nach § 4 Abs. 1a EFZG nicht zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt;
- Mutterschaftsgeld, §§ 13 , 14 MuSchG , in der Regel ja;
- Urlaubsentgelt, § 11 BUrlG , nein - das Urlaubsentgelt ist "*mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes*" zu berechnen;
- vorübergehende Verhinderung, § 616 BGB , in der Regel ja.

**Arbeitsvertragliche Absprachen** sind rechtlich nur dort möglich, wo Gesetz und Tarifvertrag sie zu lassen. Wegen der Einzelheiten wird an dieser Stelle auf das Stichwort Überstunden - arbeitsfreie Zeiten verwiesen.

### **4.6 Ausschlussfristen und Verjährung**

**Recht** hat immer auch etwas mit **recht-zeitig** zu tun. So gilt für Überstunden zunächst die **3-jährige Verjährungsfrist** des § 195 BGB . Diese Frist **beginnt** nach § 199 Abs. 1 BGB regelmäßig, "*mit dem Schluss des Jahres, in dem*



- 1. der Anspruch entstanden ist und
- 2. der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste."

**Beispiel:**

Der Arbeitnehmer macht im Oktober 2020 zehn Überstunden und erwirbt damit einen zusätzlichen Vergütungsanspruch von 262,50 EUR. Der Arbeitgeber vergisst die Bezahlung dieser Überstunden. Die gesetzliche Verjährungsfrist für diesen Vergütungsanspruch beginnt mit dem 31.12.2020. Drei Jahre später, in der logischen Sekunde vom 31.12.2023, 24:00 Uhr, auf den 01.01.2024, 00:00 Uhr, ist der Vergütungsanspruch verjährt.

Zur **Wirkung der Verjährung** sagt § 214 Abs. 1 BGB :

"Nach Eintritt der Verjährung ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern".

Die **Arbeitswirklichkeit** ist unter Umständen **recht schnelllebig** und verlangt daher **schnelle Reaktionen**. Die 3-jährige gesetzliche Verjährung ist da oft viel zu lang. Das hat Tarifpartner dazu veranlasst,

- **Ausschluss-** und
- **Verfallfristen**

in ihre Tarifverträge zu schreiben.

**Beispiel:**

Der Arbeitnehmer macht im September 2020 zehn Überstunden und erwirbt damit gegen seinen Arbeitgeber einen zusätzlichen Vergütungsanspruch von 262,50 EUR. Der auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Tarifvertrag sieht vor: *"Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten seit ihrer Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend zu machen. Geschieht das nicht, verfallen diese Ansprüche"*. Die Überstundenvergütung ist hier mit dem 30.09.2020 fällig - ab dann läuft die tarifliche Ausschlussfrist. Macht der Arbeitnehmer seinen Anspruch dann nicht rechtzeitig schriftlich geltend, ist dieser Anspruch in der logischen Sekunde vom 31.12.2020, 24:00 Uhr, auf den 01.01.2021, 00:00 Uhr, verfallen. Verjährt wäre er erst drei Jahre später... - mit dem 31.12.2023.

Das Beispiel zeigt, wie **wichtig** es ist, **auf tarifliche Verfallfristen zu achten** - auch für **Arbeitgeber**: Macht ein Arbeitnehmer seine Ansprüche nämlich zu spät geltend, kann der Arbeitgeber ihm ganz legal **Ausschluss und Verfall** entgegenhalten. Mehr zu Ausschluss, Verjährung und Verfall im Stichwort Überstunden - Ausschlussfristen .

**5. Darlegungs- und Beweislast**

Solange wie es in puncto

- Überstunden,
- Überstundenvergütung und
- Überstundenzuschläge

zwischen

- Arbeitgeber und
- Arbeitnehmer

keinen **Streit** gibt, ist alles in Ordnung. Interessant wird es **in arbeitsgerichtlichen Verfahren**, wenn der Arbeitnehmer die Abgeltung von Überstunden verlangt, die der Arbeitgeber bestreitet.

Nach der zivilprozessualen Grundregel muss derjenige **die anspruchsbegründenden Tatsachen** darlegen und unter Beweis stellen, der von einem anderen etwas haben will. Das ist in der Regel der **Gläubiger**. Aufgabe des Anspruchsgegners (= **Schuldner**) ist es dann, die

- anspruchshindernden,
- anspruchshemmenden oder
- anspruchsvernichtenden

Tatsachen darzulegen und unter Beweis zu stellen. Danach ist der Gläubiger dann wieder dran: Er muss - wenn er Erfolg haben will - nun **anspruchserhaltende Tatsachen** darlegen und unter Beweis stellen. Das heißt für Überstunden im Arbeitsrechtsstreit:

- Der Arbeitnehmer muss zunächst darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten er über seine übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat.
- Zudem muss er vortragen, ob der Arbeitgeber die Überstunden angeordnet, gebilligt oder geduldet hat oder ob die Überstunden objektiv erforderlich gewesen sind.
- Des Weiteren hat der Arbeitnehmer zu sagen, von welcher Normalarbeitszeit er ausgeht und dass er in dieser Normalarbeitszeit auch gearbeitet hat.
- Bestreitet der Arbeitgeber die Überstunden, muss der Arbeitnehmer schließlich auch noch darlegen und unter Beweis stellen, welche geschuldeten Tätigkeiten er in dem behaupteten Zeitraum ausgeübt hat.

Das BAG nimmt eine **abgestufte Darlegungslast** an. Wie konkret der jeweils andere werden muss, ergibt sich aus dem jeweiligen Sachvortrag auf unterschiedlichen Stufen. Weitere Informationen zur Darlegungs- und Beweislast bei Überstunden stehen im gleichnamigen Stichwort.

## 6. Steuern und Sozialversicherungsbeiträge

Die für Überstunden gezahlte Arbeitsvergütung ist **Arbeitsentgelt** und als Arbeitsentgelt **steuerpflichtiger Arbeitslohn**. Sie gehört nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 zu den "*Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit*". Die Überstundenvergütung - das heißt sowohl die Grundvergütung als auch die Überstundenzuschläge - gehört **nicht** zum privilegierten, steuerfreien oder **steuerbegünstigten Einkommen**. Die Steuerfreiheit nach § 3b EStG betrifft nur Zuschläge für

- Feiertagsarbeit,
- Nachtarbeit und
- Sonntagsarbeit.

### **Beispiel:**

Susi Saldow arbeitet in der Buchhaltung der Brown & Schweiger Wurstwarenfabrik. Susi macht in der 35. KW zehn Überstunden, in der 36. KW arbeitet sie zusätzlich an einem Sonntag fünf und am Mittwoch der 37. KW abends vier zusätzliche Stunden bis 22:00 Uhr. Die zehn Überstunden aus der 36. KW sind steuerrechtlich nicht privilegiert. Zahlt die Brown & Schweiger Wurstfabrik an Frau Saldow für den Sonntag der 37. KW Sonntags- und für die Nachtarbeit am Mittwoch der 37. KW - zwei Stunden von 20:00 Uhr bis 22:00 Uhr - besondere Zuschläge, sind diese Zuschläge nach Maßgabe des § 3b EStG steuerfrei. Zahlt die Brown & Schweiger keine besonderen Zuschläge für Sonntags- und Nachtarbeit, sind Zuschläge, die für die in dieser Zeit geleisteten Überstunden gezahlt werden, nicht steuerfrei.

Soweit bestimmte Teile des Arbeitsentgelts steuerfrei sind, sind sie in der Regel auch sozialversicherungsfrei (s. dazu § 1 SvEV). Da weder die Grundvergütung für Überstunden noch die Zuschläge dafür steuerrechtlich privilegiert sind, ist das **Überstundenentgelt** auch **beitragspflichtiges Arbeitsentgelt**. Es ist nicht privilegiert.

## 7. Zwangsvollstreckung

Die Vergütung für Überstunden gehört zum Arbeitsentgelt, zum **Arbeitseinkommen**. Während ein tatsächlicher Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber von Natur aus schon nicht gepfändet werden kann (wohl aber das Guthaben auf einem Arbeitszeitkonto), sieht das bei der finanziellen Abgeltung anders aus. Arbeitseinkommen, das **in Geld zahlbar** ist, ist nach Maßgabe der §§ 850a bis 850i ZPO pfändbar.

Nach § 850a Nr. 1 ZPO sind **unpfändbar**

"zur Hälfte die für die Leistung von Mehrarbeitsstunden gezahlten Teile des Arbeitseinkommens".

Für **Unterhaltsansprüche**, die einem

- Verwandten,
- dem jetzigen oder einem früheren Ehegatten,
- dem jetzigen Lebenspartner oder einem früheren Lebenspartner oder
- einem Elternteil nach den §§ 1615l , 1615n BGB

zustehen, ist das Arbeitseinkommen ohne die Beschränkung aus § 850a Nr. 1 ZPO pfändbar ( § 850d Abs. 1 Satz 1 ZPO ).

## 8. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten Entscheidungen zu allgemeinen Fragen bei Überstunden in alphabetischer Reihenfolge nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### 8.1 Arbeitszeiterfassung

"Die Art. 3 , 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte **Aspekte der Arbeitszeitgestaltung** sind im Licht von Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie von Art. 4 Abs. 1 , Art. 11 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 3 der Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur **Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes** der Arbeitnehmer bei der Arbeit dahin auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein **System einzurichten**, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann" ( EuGH, 14.05.2019 - C-55/18 - Leitsatz - Spanien).

### 8.2 ArbZG-Verstoß

Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine regelmäßige **wöchentliche Arbeitszeit von 52,5 Stunden**, ist das ein Verstoß gegen § 3 ArbZG . Und § 3 ArbZG , der die gesetzliche Höchstarbeitszeit festlegt, ist ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB - mit der Folge, dass eine gegen § 3 ArbZG verstoßende **Vereinbarung nichtig** ist. D.h. nun aber nicht, dass damit gleich die gesamte Vereinbarung hinfällig ist, sondern nur der Teil, der gegen § 3 ArbZG verstößt (= **Teilnichtigkeit**). Das ArbZG will Arbeitnehmer nämlich vor Überforderung schützen. Die Nichtigkeit nach § 134 BGB führt auch nicht zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber von der Verpflichtung, die über die gesetzliche Höchstarbeitszeit (= 48 Wochenstunden) hinausgehenden Stunden vergüten zu müssen, frei wird. Der Vergütungsanspruch des Mitarbeiters folgt dann direkt aus § 612 Abs. 1 BGB .

"§ 612 Abs. 1 BGB bildet nicht nur in den Fällen, in denen überhaupt keine Vergütungsvereinbarung getroffen wurde, sondern auch dann die **Rechtsgrundlage** für den Anspruch auf Vergütung, wenn der Arbeitnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers **quantitativ mehr arbeitet** als von der Vergütungsabrede erfasst ... [s. dazu BAG, 18.05.2011 - 5 AZR 181/10 und BAG, 25.03.2015 - 5 AZR 602/13] und damit Leistungen erbringt, die **durch die vereinbarte Vergütung nicht entgolten** sind, und weder einzel- noch tarifvertraglich geregelt ist, wie diese Dienste zu vergüten sind" ( BAG, 24.08.2016 - 5 AZR 129/16 - mit Hinweis auf BAG, 29.01.2003 - 5 AZR 703/01 ; BAG, 06.12.2006 - 5 AZR 737/05 und BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 626/13 )."

### 8.3 Aufstockungsverlangen eines Teilzeitmitarbeiters

§ 9 TzBfG verpflichtet Arbeitgeber, "einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer **Verlängerung** seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der **Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes** bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen."

Aber auch wenn in einem Betrieb **viele Überstunden** anfallen, heißt das nicht, dass der Arbeitgeber deswegen einem Aufstockungsverlangen nachkommen muss. § 9 TzBfG setzt einen freien Arbeitsplatz voraus. Teilzeitarbeitnehmer haben nach § 9 TzBfG keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber für sie einen neuen Arbeitsplatz schafft, damit er das Aufstockungsverlangen erfüllen kann. "Insbesondere erlegt das Gesetz dem Arbeitgeber **nicht die Pflicht** auf, zur Schaffung eines freien Arbeitsplatzes **Überstunden abzubauen**" (BAG, 18.07.2017 - 9 AZR 259/16) .

### 8.4 Auswirkung des Direktionsrechts

§ 611 Abs. 1 BGB macht die **Vergütungspflicht des Arbeitgebers** an der "Leistung der versprochenen Dienste" fest. Zu diesen Diensten gehört nicht bloß die eigentliche Tätigkeit des Arbeitnehmers. Zu den versprochenen Diensten gehört auch "jede vom Arbeitgeber im Synallagma [= **Gegenseitigkeits- und Austauschverhältnis**] verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt." Die Vergütungspflicht des Arbeitgebers aus § 611 Abs. 1 BGB erfasst **alle Dienste des Arbeitnehmers**, die ihm sein Arbeitgeber über sein arbeitsvertraglich vermitteltes Weisungsrecht abverlangt. "'Arbeit' als Leistung der versprochenen Dienste i.S.d. § 611 Abs. 1 BGB ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient" ( BAG, 06.09.2017 - 5 AZR 382/16 - mit Hinweis auf BAG, 26.10.2016 - 5 AZR 168/16 ).

### 8.5 Berechnung des Urlaubsentgelts

§ 13 Nr. 5 des Manteltarifvertrags für das private Versicherungsgewerbe sieht für die Berechnung des Urlaubsentgelts und die Berücksichtigung von Mehrarbeit vor: "Zur regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne dieser Bestimmungen gehört Mehrarbeit, die regelmäßig an bestimmten Tagen in der Woche oder im Monat geleistet wird. Sind im vorangegangenen Kalenderjahr mehr als 50 vom Arbeitgeber angeordnete unregelmäßige Mehrarbeitsstunden abgerechnet worden, so wird für jeden Urlaubstag des laufenden Jahres 1/220 der im vorangegangenen Kalenderjahr für diese Mehrarbeit abgerechneten Mehrarbeitsvergütung gezahlt." Das heißt im Gegenschluss: Wurden Mehrarbeitsstunden und -zuschläge nicht mit Entgelt abgerechnet, sondern durch Freizeit abgegolten , bleiben sie bei der Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht (BAG, 15.12.2015 - 9 AZR 611/14) .

### 8.6 Bereitschaftszeiten

Die in einer Leitstelle im Organisationsbereich einer **Feuerwehr** Beschäftigten gehören zum feuerwehrtechnischen Dienst (s. dazu Anlage D Abschn. D.2 TVöD-V). Die Arbeitszeit dieser Beschäftigten richtet sich insoweit nach den für die entsprechenden Beamten geltenden Vorschriften. Von dieser Annahme **ausgenommen** sind jedoch in der Regel Beschäftigte in so genannten integrierten Leitstellen, die nicht von der Feuerwehr betrieben werden. Bei ihnen ist dann arbeitszeitmäßig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Anfall von Bereitschaftszeiten nach dem Anhang zu § 9 Teil B I TVöD-V erfüllt sind - diese Zeiten werden nämlich **nur zur Hälfte** als tarifliche Arbeitszeit gewertet (BAG, 30.10.2019 - 6 AZR 16/19) .

### 8.7 Brutto-Pfändung

Nach § 850a Nr. 1 ZPO ist die "Hälfte" der für "die Leistung von Mehrarbeitsstunden gezahlten Teile des Arbeitseinkommens" unpfändbar. Bei der Berechnung dieses unpfändbaren - oder andersherum: des pfändbaren - Teils des Einkommens ist vom so genannten "Bruttoprinzip" auszugehen. Dabei sind die nach den §§ 850a ff. ZPO und die nach § 850e Nr. 1 ZPO nicht zu berücksichtigenden Beträge - Steuern und Sozialversicherungsbeiträge - nicht mitzurechnen. "Aus dem verbleibenden Einkommen errechnet sich sodann das pfändbare Arbeitseinkommen nach der Tabelle zu § 850c ZPO " ( LAG München, 30.05.2007 - 7 Sa 1089/06 - mit dem Hinweis, dass die pfändungsfreien Beträge wie das Arbeitsentgelt als Bruttobetrag

geschuldet und daher mit dem vollen Bruttobetrag in Anrechnung zu bringen sind).

## 8.8 Duldung

Wenn der Arbeitgeber die Überstunden **nicht angeordnet** hat, muss sich der Arbeitnehmer darauf berufen, dass der Arbeitgeber sie **im Nachhinein gebilligt oder geduldet** hat. Was das Dulden betrifft: Dulden von Überstunden setzt voraus, dass der Arbeitgeber **Kenntnis von den Überstunden** hat, die ihm bekannten Überstunden hinnimmt und nichts dagegen tut, dass sie weiter geleistet werden, sondern sie weiterhin entgegennimmt. "Dazu muss der Arbeitnehmer darlegen, von welchen wann geleisteten Überstunden der Arbeitgeber auf welche Weise wann Kenntnis erlangt haben soll und dass es im Anschluss daran zu einer weiteren Überstundenleistung gekommen ist. Erst wenn dieses feststeht, ist es Sache des Arbeitgebers darzulegen, welche Maßnahmen er zur Unterbindung der von ihm nicht gewollten Überstundenleistung ergriffen hat" ( BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 767/13 - mit Hinweis auf BAG, 10.04.2013 - 5 AZR 122/12 ).

## 8.9 Falsches Ausfüllen von Überstundenformularen

Ist ein Arbeitnehmer verpflichtet, seine geleistete - vom Arbeitgeber nur schwer kontrollierbare - Arbeitszeit zu dokumentieren, ist ein **vorsätzlicher Verstoß** gegen diese Verpflichtung an sich geeignet, ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung zu sein. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung ist u.a. auf den **Grad des Verschuldens** abzustellen. Im entschiedenen Fall hat der gekündigte Mitarbeiter seine Verpflichtung zur Dokumentation der geleisteten Arbeit vorsätzlich und erheblich verletzt und über Jahre hinweg **in der Absicht** gehandelt, seinen Arbeitgeber zu Zahlungen zu veranlassen, auf die er keinen Anspruch hatte. Und da es keine belastbaren Tatsachen gab, mit denen die Interessenabwägung zu Gunsten des Mitarbeiters hätte ausfallen können, war die außerordentliche Kündigung im Revisionsverfahren erfolgreich (BAG, 13.12.2018 - 2 AZR 370/18) .

## 8.10 Formularvertrag vs. Individualabrede

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber G und Arbeitnehmer N hatten in dem von G formulierten "Arbeitsvertrag" eine regelmäßige Arbeitszeit von **45 Stunden/Woche** und einen Stundenlohn von 11,00 EUR brutto vereinbart . In einem nachfolgenden schriftlichen "Anstellungsvertrag" wurden als regelmäßige durchschnittliche Arbeitszeit 40 Stunden/Woche und ein **Bruttogehalt von 2.500,00 EUR** vereinbart - wobei N dem G zuvor mündlich versprochen hatte, weiterhin 10,5 Stunden täglich zu arbeiten. N arbeitete in der Folgezeit **52,5 Stunden/Woche** und verlangte dann von G nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Überstundenvergütung für die über 40 Wochenstunden hinausgehende Arbeitszeit. G meinte, er habe mit N mündlich eine höhere Arbeitszeit und eine höhere Vergütung - jährlich 32.500,00 EUR brutto - vereinbart und brauche deswegen keine Überstunden zu vergüten.

Das BAG kam in diesem Fall zu der Auffassung, dass **wöchentlich 48 Arbeitsstunden** - die nach dem ArbZG zulässige "Höchstarbeitszeit" - mit der höheren Vergütung abgegolten seien, N aber einen Anspruch darauf habe, von G **die über 48 Arbeitsstunden hinausgehende Arbeitszeit** vergütet zu bekommen. So wurden aus den von N eingeklagten rund 24.000,00 EUR dann nur 7.909,65 EUR, die ihm das BAG für wöchentliche 4,5 Überstunden zugesprochen hat. Der **Unterschied** zwischen den mündlich vereinbarten 52,5 Arbeitsstunden und den schriftlich vereinbarten 40 Arbeitsstunden sei den Parteien bei Vertragsunterzeichnung bewusst gewesen. "Eine Individualabrede geht Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Dieser Vorrang gilt trotz der fehlenden Verweisung in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf § 305b BGB auch für vorformulierte Einmalbedingungen in Verbraucherverträgen." ( BAG, 24.08.2016 - 5 AZR 129/16 - Leitsatz).

## 8.11 Insolvenzforderung

Nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO sind **Masseverbindlichkeiten**, "*Verbindlichkeiten ... aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung ... für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss*". **Ansprüche auf Mehrarbeitsvergütung** sind keine Masseverbindlichkeit, wenn sie "*weder synallagmatisch mit Arbeitsleistungen nach Insolvenzeröffnung verknüpfte Ansprüche auf Arbeitsentgelt noch sonstige Ansprüche sind, die sich aus dem bloßen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ergeben*." Hat der Arbeitnehmer vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vergütungspflichtige Mehrarbeit geleistet, muss er seine Forderung als Insolvenzgläubiger als **Insolvenzforderung** geltend machen ( BAG, 21.02.2013 - 6 AZR 406/11 ).

## 8.12 Mehrarbeit - Begriff

Weder **im allgemeinen Sprachgebrauch** noch im juristischen Bereich wird der Begriff "Mehrarbeit" klar gegenüber dem Begriff "Überstunden" abgegrenzt. Es gibt auch **kein allgemein gültiges Begriffsverständnis**, wonach die über die betriebsüblichen Arbeitsstunden hinaus geleistete Arbeit "Mehrarbeit" und die Arbeit, die über die individuell vereinbarte Arbeitszeit hinaus anfällt, "Überstunden" sind. Soweit **in Gesetzen** - z.B. § 21 Abs. 2 i.V.m. § 8 JArbSchG und § 8 Abs. 2 Satz 1 MuSchG - der Begriff "Mehrarbeit" verwendet wird, bezieht er sich eher auf das Überschreiten der regelmäßigen betrieblichen oder gesetzlich höchstzulässigen Arbeitszeit (BAG, 26.04.2017 - 10 AZR 589/15) .

## 8.13 Mehrflugstundenvergütung

Zur **Flugdienstzeit** zählen nach § 11 Abs. 1 lit. f des Manteltarifvertrags Nr. 3a für das Cockpitpersonal bei Germanwings (MTV Cockpit Germanwings), abgeschlossen zwischen der Beklagten und der Vereinigung Cockpit e.V., vom 09.11.2011, gültig ab 01.07.2011, "die auf Anordnung **im Flugübungsgerät verbrachte Zeit** einschließlich der Zeiten für Vor- und Abschlussarbeiten nach den Buchstaben b) und c)." Nach § 20 Abs. 2 MTV Cockpit Germanwings gilt für die Vergütung: "Mehrflugstundenvergütung wird nach mehr als 79 Flugstunden pro Kalendermonat gezahlt." Nach § 12 Abs. 2 MTV Cockpit Germanwings "gilt als Flugzeit auch die auf Anordnung im Flugübungsgerät verbrachte Zeit. Damit gelten Simulatorstunden als **Flugstunden** im Sinne des MTV" Cockpit Germanwings. Der in § 20 Abs. 2 MTV Cockpit Germanwings verwendete Begriff "Flugstunde" hat keine andere Bedeutung als der in § 12 Abs. 2 MTV Cockpit Germanwings benutzte Ausdruck "Flugzeit" (BAG, 09.12.2015 - 10 AZR 488/14) .

## 8.14 Mitbestimmung bei Abgeltung

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG betreffen **Beginn und Ende** der täglichen Arbeitszeit sowie deren **Verkürzung, Verlängerung und/oder Verteilung**, aber nicht eine vom Arbeitgeber durchgeführte Abgeltung geleisteter Überstunden oder bestehender Freizeitanprüche. Beginn und Ende der Arbeitszeit verändern sich durch die Abgeltung ebenso wenig wie die Verkürzung, Verlängerung und/oder Verteilung der Arbeitszeit. Der Betriebsrat kann gemäß § 80 BetrVG allenfalls einen Verstoß gegen eine bestehende Betriebsvereinbarung oder tarifliche Regelungen **beanstanden**, die der vom Arbeitgeber vorgenommenen Abgeltung entgegenstehen, und auf Abhilfe drängen ( BAG, 22.08.2017 - 1 ABR 24/16 - mit dem weiteren Ergebnis, dass § 80 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat keinen Unterlassungsanspruch gibt).

## 8.15 Überstundenschätzung - 1

Eine Schätzung geleisteter Überstunden kommt nach § 287 ZPO in Betracht, wenn bereits nach unstreitigem Sachvortrag beider Parteien, dem eigenen Vorbringen des Arbeitgebers oder nach dem Sachverhalt, den der Tatrichter nach § 286 ZPO für wahr hält, feststeht, dass der Arbeitnehmer **tatsächlich Überstunden geleistet** hat, "weil die dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugewiesene Arbeit generell oder zumindest im Streitzeitraum nicht ohne die Leistung von Überstunden zu erbringen war." Hat der Arbeitgeber in diesem Fall **das zeitliche Ausmaß der Überstunden** gar nicht kontrolliert, stehen dem Arbeitnehmer keine Zeugen zur Verfügung oder fehlen zeitnahe Aufzeichnungen der geleisteten Überstunden, kann der Arbeitnehmer also **nicht jede einzelne Überstunde belegen**, ist der Tatrichter gehalten, ein Mindestmaß geleisteter Überstunden nach pflichtgemäßen Ermessen zu schätzen. Weiter vorausgesetzt, für diese Schätzung liegen ausreichende Anknüpfungstatsachen vor. "Jedenfalls ist es nicht gerechtfertigt, dem aufgrund des vom Arbeitgeber zugewiesenen Umfangs der Arbeit im Grundsatz berechtigten Arbeitnehmer jede Überstundenvergütung zu versagen" ( BAG, 25.03.2015 - 5 AZR 602/13 - mit Hinweis auf BAG, 21.05.1980 - 5 AZR 194/78 ).

## 8.16 Überstundenschätzung - 2

Will ein Arbeitnehmer - angeblich geleistete - Überstunden bezahlt haben, muss er darlegen und im Fall des Bestreitens unter Beweis stellen, dass er in einem **Umfang** Arbeit geleistet hat, der seine Normalarbeitszeit überstieg (s. dazu BAG, 16.05.2012 - 5 AZR 347/11 ). Des Weiteren muss er darlegen und nachweisen, dass die behaupteten Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet , gebilligt oder geduldet wurden, zumindest aber zur Erledigung der geschuldeten Arbeit erforderlich gewesen sind (s. dazu BAG, 10.04.2013 - 5 AZR 122/12 ).

"Steht fest, dass Überstunden **auf Veranlassung des Arbeitgebers** geleistet worden sind, kann aber der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- oder Beweislast für einzelne Überstunden nicht in jeder Hinsicht genügen, hat das Gericht den Umfang geleisteter Überstunden nach § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO zu schätzen, sofern die Schätzung nicht mangels jeglicher konkreter **Anhaltspunkte** willkürlich wäre" (s. dazu BAG, 25.03.2015 - 5 AZR 602/13 ). Die Schätzung setzt - lediglich - voraus, dass der klagende Arbeitnehmer "dem Gericht eine tatsächliche Grundlage für die Schätzung geliefert und sich in einem den Umständen nach zumutbaren Maß um eine Substanziierung bemüht hat" ( BAG, 13.12.2016 - 9 AZR 574/15 - mit Hinweis auf BAG, 16.09.2004 - 2 AZR 447/03 ).

### 8.17 Ungeplante Überstunden - TVöD-K

§ 7 Abs. 8 lit. c) TVöD-K sieht vor: "Abweichend von Absatz 7 sind **nur die Arbeitsstunden** Überstunden, die (...) im Falle von Wechselschicht- oder Schichtarbeit über die im Schichtplan festgelegten täglichen Arbeitsstunden einschließlich der im Schichtplan vorgesehenen Arbeitsstunden, die bezogen auf die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Schichtplanturnus nicht ausgeglichen werden, angeordnet worden sind." Das bedeutet für Überstunden, die **nicht durch den Dienstplan vorgegeben** sind: "Bei sog. ungeplanten Überstunden i.S.v. § 7 Abs. 8 Buchst. c Alt. 1 TVöD-K, die über die tägliche Arbeitszeit hinaus abweichend vom Schichtplan angeordnet werden, steht den betroffenen Arbeitnehmern Überstundenzuschlag zu" ( BAG, 23.03.2017 - 6 AZR 161/16 - Leitsatz).

### 8.18 Vergütungserwartung - 1

Auch wenn in weiten Teilen des Arbeitslebens eine nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche objektive Vergütungserwartung angenommen werden kann: Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, nach dem *"jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist"*. Die Feststellung einer konkreten Vergütungserwartung erfolgt anhand eines objektiven Maßstabs *"unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander"* - wobei nicht deren *"persönliche Meinung"* entscheidet ( BAG, 21.09.2011 - 5 AZR 629/10 - mit dem Hinweis, dass derjenige die Darlegungs- und Beweislast hat, der die Vergütung verlangt).

### 8.19 Vergütungserwartung - 2

Wenn die Vertragspartner den Punkt **Überstunden** im Arbeitsvertrag **weder positiv noch negativ geregelt** haben, kommt als Anspruchsgrundlage nur § 612 Abs. 1 BGB in Betracht: "Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist." Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nach dem jede über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus geleistete Mehrarbeitszeit zu vergüten ist. "Die [konkrete] Vergütungserwartung ist stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme" ( BAG, 27.06.2012 - 5 AZR 530/11 hier Vergütungserwartung verneint für einen Mitarbeiter im "Bereich Kanzlei-Börse", der zu seinem Grundgehalt hohe Provisionen bezog).

### 8.20 Vergütungserwartung - 3

Soll eine Vergütung von Überstunden erfolgen, setzt das - wenn eine anwendbare **tarifvertragliche Regelung fehlt** - eine entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarung oder eine über § 612 Abs. 1 BGB anzunehmende Vergütungspflicht voraus. Haben die Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Vergütungspflicht für Überstunden im Arbeitsvertrag **weder ausdrücklich vereinbart noch ausdrücklich ausgeschlossen**, kommt nur § 612 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage in Frage: "Danach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Arbeitsleistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. § 612 Abs. 1 BGB bildet nicht nur in den Fällen, in denen überhaupt keine Vergütungsvereinbarung getroffen wurde, sondern auch dann die Rechtsgrundlage für den Anspruch auf die Vergütung, wenn der Arbeitnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers **quantitativ mehr arbeitet als von der Vergütungsabrede erfasst** ...[es folgt ein Hinweis auf BAG, 18.05.2011 - 5 AZR 181/10] . Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche - objektive - Vergütungserwartung [es folgt ein Hinweis auf BAG, 17.08.2011 - 5 AZR 406/10 und BAG, 27.06.2012 - 5 AZR 530/11] ergibt sich jedenfalls daraus, dass im betreffenden Wirtschaftszweig [hier: das private Omnibusgewerbe in NRW] die Vergütung von Überstunden - sogar mit einem Mehrarbeitszuschlag von 25 %

- tariflich vorgesehen ist" (BAG, 25.03.2015 - 5 AZR 602/13) .

### 8.21 Vergütungsfrage - 1

Eine Vergütung gilt nach § 612 Abs. 1 BGB als **stillschweigend vereinbart**, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. So dient § 612 Abs. 1 BGB in Fällen, in denen die Parteien überhaupt keine Absprache in puncto Arbeitsentgelt getroffen haben, als **belastbare Rechtsgrundlage** für den Vergütungsanspruch. Darüber hinaus ist § 612 Abs. 1 BGB auch dann anzuwenden, wenn der Arbeitnehmer eine **Sonderleistung** erbringt, die über die eigentlich geschuldete vertraglich geschuldete Tätigkeit hinausgeht und durch die vertraglich vereinbarte Vergütung nicht abgedeckt ist "und weder einzelvertraglich noch tarifvertraglich geregelt ist, wie diese Dienste zu vergüten sind" ( BAG, 15.11.2018 - 6 AZR 385/17 - mit Hinweis auf BAG, 04.08.2016 - 6 AZR 237/15 - zur "qualitativen Mehrarbeit").

### 8.22 Vergütungsfrage - 2

§ 612 Abs. 1 BGB sieht **nicht für alle Dienstleistungen**, die über die eigentlich geschuldeten vertraglichen Pflichten hinaus erbracht werden, eine Pflicht zur Vergütung vor. Als **belastbare Rechtsgrundlage** kommt § 612 Abs. 1 BGB nur in Betracht, "wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist." Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der die Annahme rechtfertigt, dass jede Mehrleistung auch immer zusätzlich zu vergüten ist. "Die **Vergütungserwartung** ist stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankommt" ( BAG, 15.11.2018 - 6 AZR 385/17 - mit Hinweis auf BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 626/13 ).

### 8.23 Vertragliche vs. tarifliche Arbeitszeit

Der vereinfachte Fall: Teilzeitmitarbeiterin M hatte mit Arbeitgeber A eine **Jahresarbeitszeit vereinbart**. Nach Ablauf des 12-Monats-Zeitraums verlangte sie von ihm **Mehrarbeitszuschläge**. M berief sich auf § 4 Ziffer 4 Abs. 5 des Manteltarifvertrags für die Systemgastronomie (MTV SystG). Dort heißt es: "Bei einer festgelegten Jahresarbeitszeit nach Ziff. 3 ist Mehrarbeit diejenige Arbeitsleistung, die vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt oder geduldet wurde und die **am Ende des Zwölfmonatszeitraums** über die vereinbarte Jahresarbeitszeit hinausgeht."

In der Regel ist es so, dass Teilzeitarbeitnehmer erst dann einen Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge haben, wenn sie die Zeiten erreichen, die auch **bei Vollzeitmitarbeitern** Zuschläge auslösen. Das hätte hier ohne § 4 Ziffer 4 Abs. 5 MTV SystG vorausgesetzt, dass M die **tarifliche Regelarbeitszeit** - "39 Stunden pro Woche bzw. 169 Stunden monatlich" - überschritten hätte. § 4 Ziffer 4 Abs. 5 MTV SystG spricht jedoch die vereinbarte Jahresarbeitszeit an - mit dem Ergebnis: Haben Arbeitgeber und Teilzeitarbeitnehmer eine Jahresarbeitszeit vereinbart, hat der Teilzeitarbeitnehmer **Anspruch auf tarifliche Mehrarbeitszuschläge**, wenn seine tatsächlich geleistete Arbeitszeit über die individuelle festgelegte Arbeitszeit hinausgeht ( BAG, 19.12.2018 - 10 AZR 231/18 - unter Aufgabe seiner früheren Rechtsauffassung - s. dazu BAG, 26.04.2017 - 10 AZR 589/15 ).