

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Individualrechtliche Möglichkeiten
 - 2.1 Rechtliche Maßnahmen des Arbeitgebers
 - 2.2 Rechtliche Maßnahmen des Arbeitnehmers
3. Kollektivrechtliche Möglichkeiten
 - 3.1 Rechtliche Maßnahmen des Arbeitgebers
 - 3.2 Rechtliche Maßnahmen des Betriebsrats
 - 3.3 Rechtliche Maßnahmen des Arbeitnehmers
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Anspruch auf Überstunden?
 - 4.2 Arbeitsverweigerung - 1
 - 4.3 Arbeitsverweigerung - 2
 - 4.4 Arbeitsverweigerung - 3
 - 4.5 Betriebsrat
 - 4.6 Darlegungs- und Beweislast
 - 4.7 Rechtsmissbrauch - Darlegungs- und Beweislast
 - 4.8 Überstundenanordnung als Vertragsänderung?
 - 4.9 Unterlassungsanspruch
 - 4.10 Vergütungserwartung - 1
 - 4.11 Vergütungserwartung - 2

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber ist nicht immer berechtigt, Überstunden anzuordnen. Die zusätzlichen Arbeitseinheiten müssen individual- und kollektivrechtlich zulässig sein. Das sind sie, wenn weder gesetzliche noch tarifvertragliche und auch keine Regelungen aus dem Arbeitsvertrag entgegenstehen. In mitbestimmten Betrieben müssen Arbeitgeber und Betriebsrat zudem wegen der vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit eine Einigung gefunden haben.

Praxistipp:

Die Anordnung von Überstunden erfolgt in der Regel über das Weisungsrecht. Zur Konkretisierung dieses Weisungsrechts ist es angezeigt, eine Mehrarbeitsklausel in den Arbeitsvertrag aufzunehmen. Z.B.:
"Der/Die Arbeitnehmer/in verpflichtet sich, auch über die vertraglich vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit hinaus zu arbeiten. Überstunden sind zu leisten, wenn die betrieblichen Belange es erfordern. Das ist insbesondere der Fall bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen, saisonalen Arbeitsspitzen oder krankheitsbedingten Arbeitsausfällen anderer Mitarbeiter/innen."

Befolgt der Arbeitnehmer eine **rechtmäßige Anordnung** von Überstunden nicht, kann der Arbeitgeber darauf mit den Mitteln des Individualarbeitsrechts reagieren: **Abmahnung** und **Kündigung**. Werden rechtmäßig angeordnete Überstunden nicht geleistet, braucht der Arbeitgeber dafür **kein Entgelt** zu zahlen. Umgekehrt haben Arbeitnehmer natürlich Vergütungsansprüche, wenn sie rechtswidrig angeordnete Überstunden

machen. Das gilt auch, wenn die Überstunden nicht mit dem Betriebsrat abgesprochen wurden. Der kann den Arbeitgeber möglicherweise auf **Unterlassung** der Anordnung von Überstunden verklagen.

2. Individualrechtliche Möglichkeiten

Verweigert ein Arbeitnehmer in zulässiger Weise angeordnete Überstunden, kann der Arbeitgeber sich dagegen wehren. Er kann den Mitarbeitern zunächst ermahnen, dann abmahnen und formell von ihm die ordnungsgemäße Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten einfordern. Bleibt er damit erfolglos, droht am Ende eine verhaltensbedingte Kündigung .

Ordnungsgemäß angeordnete Überstunden müssen geleistet werden - widerrechtlich angeordnete Überstunden nicht. Hier darf der Arbeitnehmer von seinem **Leistungsverweigerungsrecht** Gebrauch machen. Schließlich können Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rechtmäßigkeit angeordneter Überstunden sogar im Rahmen einer **Feststellungsklage** vor dem Arbeitsgericht klären lassen.

2.1 Rechtliche Maßnahmen des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann mit seinen Arbeitnehmern eine vertragliche Absprache über zu leistende Überstunden treffen. Das ist zunächst der "Weg des geringsten Widerstands". Der Mitarbeiter wird unter normalen Umständen vertragstreu bleiben und die vereinbarten Überstunden machen. Zudem kann ihn der Arbeitgeber mit Hinweis auf sein Einverständnis besser motivieren, die abgesprochenen Überstunden tatsächlich zu leisten.

Ohne vertragliche Absprache kann der Arbeitgeber mit seinem Weisungsrecht aus § 106 Satz 1 GewO Überstunden anordnen .

Will der Arbeitnehmer keine rechtmäßig angeordneten Überstunden leisten, kann der Arbeitgeber bei einer **Weigerung** zunächst die dafür vorgesehenen **Mittel des Individualarbeitsrechts** nutzen:

- der Arbeitgeber kann Druck machen, den Mitarbeiter ermahnen oder eine Abmahnung aussprechen.
- Hilft das alles nichts, kann der Arbeitgeber nach entsprechender Vorbereitung kündigen - im Anwendungsbereich des KSchG wäre das eine verhaltensbedingte Kündigung , die in der Regel nur nach vorheriger Abmahnung im Wiederholungsfall und nach Beachtung des Ultima-ratio-Prinzips und einer sorgfältigen Interessenabwägung wirksam ist.

Praxistipp:

Soweit der Arbeitgeber rechtmäßig Überstunden angeordnet, der Arbeitnehmer sie aber nicht geleistet hat, brauchen die "ausgefallenen" Überstunden selbstverständlich nicht bezahlt zu werden. Versucht ein Arbeitnehmer, sich vor Überstunden in Krankheit zu flüchten, spricht vieles dafür, dass nicht Arbeitsunfähigkeit, sondern die angeordneten Überstunden Grund der Arbeitsversäumnis sind. Der Arbeitgeber sollte in diesem Fall unbedingt eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangen und die Entgeltfortzahlung bis zum sicheren Nachweis von Arbeitsunfähigkeit zurückhalten.

Zur abschließenden Klärung der Frage, ob ein Arbeitnehmer verpflichtet ist, Überstunden zu leisten, kann der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht eine (positive) Feststellungsklage erheben, § 256 Abs. 1 ZPO (auf "Feststellung des Bestehens ... eines Rechtsverhältnisses", siehe dazu auch das Stichwort Versetzung - Rechtsschutz , Gliederungspunkt 2.). Einer Leistungsklage steht § 888 Abs. 3 ZPO entgegen: Die Zwangsvollstreckung ist bei einer nicht vertretbaren Handlung ausgeschlossen, wenn es um die Verurteilung "*zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag*" geht.

2.2 Rechtliche Maßnahmen des Arbeitnehmers

Zu Recht angeordnete Überstunden muss der Arbeitnehmer leisten. Daraus folgt: Zu Unrecht angeordnete Überstunden muss der Arbeitnehmer nicht leisten. Er darf sie verweigern. Mahnt der Arbeitgeber ihn deswegen ab oder kündigt er gar, kann sich der Arbeitnehmer dagegen wehren und den Arbeitgeber

- auf Entfernung und Rücknahme der Abmahnung verklagen oder
- eine Kündigungsschutzklage erheben, um den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses zu sichern.

Weigert sich der Arbeitnehmer, zu Unrecht angeordnete Überstunden tatsächlich abzuleisten, entsteht dadurch gegen den Arbeitgeber kein Anspruch auf Arbeitsentgelt. Einen Vergütungsanspruch hat der Arbeitnehmer nur, wenn er der - wenn auch rechtswidrigen - Anordnung folgt.

Beispiel:

- (1) Der schwerbehinderte Timo Beyll ist Einkäufer der Handy Kepp GmbH. Sein Arbeitgeber plant für die 40. KW eine Sonderaktion und trifft die erforderlichen Vorbereitungsarbeiten. Dazu gehört es, dass die gesamte Einkaufsabteilung am Samstag der 38. KW Überstunden machen soll. Timo verweigert die Überstunden, obwohl sie keine Mehrarbeit i.S.d. § 124 SGB IX sind. Er hat für die ausfallende Arbeitszeit keinen Vergütungsanspruch.
- (2) Eine Kollegin Timos, Freya Flädreth, ärgert sich zwar über den Sondereinsatz, leistet die angeordneten Überstunden aber trotzdem. Sie kann damit für die zusätzlichen Arbeitsstunden eine zusätzliche Vergütung verlangen. Selbst dann, wenn die Überstunden von der Handy Kepp GmbH widerrechtlich angeordnet worden sind.

Zur abschließenden Klärung der Frage, ob der Arbeitnehmer verpflichtet ist, Überstunden zu leisten, kann er beim Arbeitsgericht eine (negative) Feststellungsklage erheben, § 256 Abs. 1 ZPO (auf "Feststellung des ... Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses").

3. Kollektivrechtliche Möglichkeiten

Die Betriebspartner müssen für die "vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit" eine "Einigung" finden, § 87 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BetrVG. Das kann eine Betriebsvereinbarung oder eine Regelungsabrede sein. Natürlich kann der Betriebsrat ohne ausdrückliche Mitbestimmung auch Überstunden dulden. Mitbestimmungswidrig angeordnete Überstunden brauchen Arbeitnehmer nicht zu leisten.

Die Betriebspartner können ihre Rechte nach dem BetrVG über die Einigungsstelle - § 87 Abs. 2 BetrVG - oder im Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht durchsetzen. Der Betriebsrat hat sogar einen Anspruch, den Arbeitgeber auf Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen zu verklagen.

3.1 Rechtliche Maßnahmen des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann Überstunden in mitbestimmten Betrieben nicht ohne vorherige Einigung mit dem Betriebsrat anordnen. Ausnahmen mag man vielleicht noch für

- Eil- und
- Notfälle

zulassen. Ansonsten gilt § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG :

"Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen: vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit."

Arbeitgeber und Betriebsrat müssen sich einigen, wenn der Arbeitgeber Überstunden anordnen möchte. Diese **Einigung** kann

- eine **Betriebsvereinbarung** oder
- eine **Regelungsabrede**

sein. Kommt im Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG keine Einigung zustande, entscheidet die Einigungsstelle,

§ 87 Abs. 2 Satz 1 BetrVG . Ihr Spruch ersetzt dann die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gescheiterte Einigung (§ 87 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).

Die Einigungsstelle muss die Überstundenfrage selbst und vollständig regeln. § 87 BetrVG sieht nicht vor, dass der Arbeitgeber die **Zustimmung** des Betriebsrats zu den von ihm beabsichtigten Überstunden **ersetzen lassen** kann (wie dies beispielsweise bei den personellen Maßnahmen des § 99 BetrVG möglich ist, siehe dazu das Stichwort Versetzung - Mitbestimmung).

Ohne Einigung mit dem Betriebsrat bzw. ohne Spruch der Einigungsstelle darf der Arbeitgeber kollektivrechtlich keine Überstunden anordnen.

3.2 Rechtliche Maßnahmen des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG ein **Initiativrecht**. Soweit es Überstunden und Mitbestimmung betrifft, wird er von seinem Initiativrecht **wohl kaum Gebrauch machen** und den Arbeitgeber auffordern, Überstunden anzuordnen. Der Betriebsrat kann aber jederzeit

- eine neue oder andere **Regelungsabrede** verlangen,
- eine neue oder geänderte Betriebsvereinbarung fordern, wenn das Thema Überstunden so noch nicht, nicht vollständig oder nur lückenhaft geregelt ist.

Solange eine Betriebsvereinbarung läuft und nicht gekündigt ist, darf der Arbeitgeber neue Verhandlungen mit dem Regelungsgegenstand Überstunden verweigern (betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht). Der Betriebsrat hat in diesem Fall keine Möglichkeit, die ja schon in einer mitbestimmten Betriebsvereinbarung geregelte Frage ins Einigungsstellenverfahren zu bringen. Neue und/oder abweichende Regelungen sind erst dann erzwingbar, wenn die Betriebsvereinbarung endet.

Der Arbeitgeber muss während des Mitbestimmungsverfahrens auf die Anordnung von Überstunden verzichten.

Praxistipp:

Ein Mitbestimmungsverfahren dauert oft lange. Vor allem dann, wenn die Überstundenfrage erst durch die Einigungsstelle geklärt werden muss. Da der Arbeitgeber nach dem BetrVG rechtlich keine Möglichkeit hat, bei Überstunden eine vorläufige Regelung durchzusetzen, empfiehlt es sich, mit dem Betriebsrat eine Regelungsabrede mit dem Ziel zu treffen, den Arbeitgeber vorläufig in die Lage zu versetzen, die erforderlichen Überstunden bis zum Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens anzuordnen.

Ordnet der Arbeitgeber Überstunden mitbestimmungswidrig an, hat der Betriebsrat - neben der Durchführung des Einigungsstellenverfahrens - das Recht, vom Arbeitgeber das **Unterlassen der mitbestimmungswidrig durchgeführten Maßnahme** zu verlangen. Weigert sich der Arbeitgeber, hat der Betriebsrat die Möglichkeit, beim Arbeitsgericht eine **Unterlassungsklage** zu erheben. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann er seinen Unterlassungsanspruch auch über eine **einstweilige Verfügung** sichern.

Der Betriebsrat kann mitbestimmungswidrig angeordnete Überstunden rein tatsächlich auch dulden. Die Duldung ist aber keine "Einigung" im Sinn des § 87 Abs. 2 BetrVG . Wenn der Betriebsrat dann trotz langer Duldung von seinem Mitbestimmungsrecht Gebrauch machen will, kann sich der Arbeitgeber der Mitbestimmung nicht mit dem Argument entziehen, die Überstunden seien ja bisher immer widerspruchlos hingenommen worden.

3.3 Rechtliche Maßnahmen des Arbeitnehmers

Hat der Betriebsrat keine Kenntnis von den Überstunden, kann der Arbeitnehmer den Betriebsrat entsprechend informieren. Darüber hinaus hat der Möglichkeit, sein Beschwerderecht - § 84 BetrVG - zu nutzen.

Mitbestimmungswidrig angeordnete Überstunden sind auch individualrechtlich unwirksam. Der Arbeitnehmer kann Überstunden verweigern, wenn sich der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat nicht oder noch nicht geeinigt hat. Zu den Folgen der Leistungsverweigerung wird auf Gliederungspunkt 2.2. verwiesen.

Auch bei kollektivrechtlich unwirksam abgeordneten Überstunden kann der Arbeitnehmer eine (negative) Feststellungsklage erheben und damit die Frage klären lassen, ob er verpflichtet ist, die angeordneten Überstunden zu leisten. Das Arbeitsgericht wird hier wahrscheinlich gar nicht mehr auf die individuelle Zulässigkeit von Überstunden abstellen, weil die kollektivrechtliche bereits eindeutig verneint werden kann.

Leistet der Arbeitnehmer mitbestimmungswidrig angeordnete Überstunden, heißt das nicht, dass die kollektivrechtliche Unwirksamkeit der Arbeitgebermaßnahme zum Verlust des Vergütungsanspruchs führt. Soweit geht die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung dann doch nicht.

Beispiel:

Die Mangow & Littschieh KG, ein Früchtegroßhändler aus dem Brandenburgischen, ordnet für die 48. KW Überstunden an. Das Weihnachtsgeschäft gehört immer zu den Hoch-Zeiten der Branche und alles läuft auf Maximum. Die Betriebsleitung der Mangow & Littschieh KG hat die Überstunden ohne vorherige Einigung mit dem Betriebsrat angeordnet. Sie befürchtete, dass der Betriebsrat versuchen wird, seine Zustimmung davon abhängig zu machen, dass die KG höhere Überstundenzuschläge oder eine besondere Prämie für die Mehrbelastung vor den Feiertagen zahlt. Der Betriebsrat fordert sein Mitbestimmungsrecht ein, die Arbeitnehmer sind hin- und hergerissen. Die einen halten die bisherige Überstundenvergütung für ausreichend, die anderen möchten schon mehr. So verweigern viele Mitarbeiter die angeordneten Überstunden und nur einige Kollegen arbeiten - unter anderem auch Johannes Behr. Er leistet in der 48. KW 7 Überstunden - die er selbstverständlich von der Mangow und Littschieh KG auch bezahlt bekommt. Die Mitbestimmungswidrigkeit der angeordneten Überstunden wirkt sich auf Johannes' Vergütungsanspruch nicht aus.

Leistet der Arbeitnehmer kollektivrechtlich unwirksam angeordnete Überstunden nicht, läuft er zwar tatsächlich Gefahr, dass er von seinem Arbeitgeber deswegen abgemahnt oder gar gekündigt wird. Rechtlich wären allerdings sowohl Abmahnung als auch Kündigung unwirksam. Der Arbeitgeber kann aus der Weigerung seines Mitarbeiters, keine kollektivrechtlich unwirksamen Überstunden leisten zu wollen, für sich keine Rechte herleiten.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Rechtsschutz bei Überstunden **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 Anspruch auf Überstunden?

"Übernimmt der Arbeitnehmer auf Wunsch des Arbeitgebers gegen Gewährung von Überstundenvergütung nebst Zuschlägen die zusätzliche Aufgabe, die betrieblichen Räumlichkeiten fünfzehn Minuten vor Arbeitsbeginn und nach Arbeitsende zu öffnen und zu schließen, so liegt hierin keine Ausweitung der beiderseitigen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, sondern allein die vereinbarte Ausweitung des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts mit der Folge, dass es bei Wegfall des Überstundenbedarfs keiner Vertragsänderung durch Änderungskündigung bedarf. Soweit sich aus der langjährigen Handhabung ein Vertrauenstatbestand zugunsten des Arbeitnehmers ergeben kann, nicht grundlos von Überstunden ausgeschlossen zu werden, betrifft dies nicht den Wegfall des Bedarfs infolge von Änderungen der Betriebsorganisation" (LAG Hamm, 22.11.2007 - 8 Sa 787/07 - Leitsätze - bestätigt durch BAG, 22.04.2009 - 5 AZR 133/08).

4.2 Arbeitsverweigerung - 1

"1. Lehnt der Arbeitnehmer zulässig angeordnete Überstunden ab, so kann - jedenfalls nach einschlägiger Abmahnung - eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein. 2. Bei der Gewichtung des Kündigungsgrundes ist zu berücksichtigen, dass die Anordnung von Überstunden eine Sonderverpflichtung

darstellt, die über den arbeitsvertraglich vorgesehenen Regelungsumfang der Arbeitsleistung hinausgeht. Wendet sich der Arbeitnehmer, wenn auch im Einzelfall zu Unrecht, dagegen, in der Vergangenheit bereits häufig angefallene Sonderverpflichtungen in Form von Überstunden zu übernehmen, so wiegt eine solche Arbeitsvertragsverletzung vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls im allgemeinen weniger schwer, als wenn er bereits die Erfüllung der arbeitsvertraglich vorgesehenen Regelarbeitsverpflichtung rechtsgrundlos verweigert" (LAG Köln, 27.04.1999 - 13 Sa 1380/98 - Leitsätze).

4.3 Arbeitsverweigerung - 2

Ist der Arbeitnehmer nach seinem **Arbeitsvertrag** verpflichtet, Überstunden zu machen, darf er wegen § 3 Satz 2 ArbZG bis zu zehn Stunden täglich arbeiten, wenn ein entsprechender Ausgleich erfolgt. Verweigert der Arbeitnehmer dann **in zulässiger Weise angeordnete Überstunden**, ist das ein Fall von Arbeitsverweigerung - die eine Abmahnung rechtfertigt (LAG Rheinland-Pfalz, 13.12.2006 - 9 Sa 634/06).

4.4 Arbeitsverweigerung - 3

Hat sich ein Arbeitnehmer im **Arbeitsvertrag** mit "*Sofern aus betrieblichen Gründen Überstunden notwendig sind, kann der Arbeitgeber Mehrarbeitsstunden von bis zu vier Schichten im Monat anordnen*" zur Leistung von Überstunden verpflichtet, kann er dieser Überstunden **grundsätzlich nicht verweigern**. Antwortet er dann auf die entsprechende Weisung des Arbeitgebers mit "*Chef, Arsch lecken, ich hab keine Zeit*", ist das nicht nur die Ankündigung einer Arbeitsverweigerung, sondern auch eine **grobe Beleidigung**. In diesem Fall ist dann auch ohne Abmahnung eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt (LAG Rheinland-Pfalz, 25.05.2007 - 6 Sa 143/07).

4.5 Betriebsrat

Schon das BAG hat mit Urteil vom 03.05.1994 - 1 ABR 24/93 - angenommen, dass der Betriebsrat einen aus § 87 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 BetrVG folgenden allgemeinen **Unterlassungsanspruch** gegen den Arbeitgeber hat, **mitbestimmungswidrige Maßnahmen** durchzuführen. Insoweit kann er sein Mitbestimmungsrecht auch über einen Anspruch auf Unterlassung durchsetzen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verletzt, weil er **ohne Einigung mit dem Betriebsrat** oder einen diese Einigung ersetzenden Spruch der Einigungsstelle die betriebsübliche Arbeitszeit seiner Mitarbeiter vorübergehend verlängert (LAG Schleswig-Holstein, 27.08.2009 - 4 TaBV 12/09).

4.6 Darlegungs- und Beweislast

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).

4.7 Rechtsmissbrauch - Darlegungs- und Beweislast

Auch wenn es in diesem Fall um den Rechtsmissbrauchseinwand gegen ein AGG-Entschädigungsverlangen ging, zeigt das BAG doch verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundsätze auf (Anm. d. Verf.): Rechte oder Rechtsstellungen, die durch unredliches Verhalten erworben oder begründet wurden, sind nach § 242 BGB nicht schutzwürdig. Daher kann der **Ausnutzung** einer rechtsmissbräuchlich erworbenen Rechtsposition der **Einwand der unzulässigen Rechtsausübung** entgegenstehen (s. dazu BAG, 17.03.2016 - 8 AZR 677/14 ;

BAG, 21.10.2014 - 3 AZR 866/12 ; BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06 ; BGH, 06.02.2002 - X ZR 215/00 - und BGH, 06.10.1971 - VIII ZR 165/69). "Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen, die den - rechtshindernden - Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen, trägt **nach den allgemeinen Regeln** der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast derjenige, der diesen Einwand geltend macht" (BAG, 25.10.2018 - 8 AZR 562/16 - mit Hinweis auf BAG, 18.06.2015 - 8 AZR 848/13 (A) ; BAG, 23.08.2012 - 8 AZR 285/11 - und BAG, 13.10.2011 - 8 AZR 608/10).

4.8 Überstundenanordnung als Vertragsänderung?

Die Anordnung von Überstunden ist eine von Anfang an **einseitige Maßnahme** des Arbeitgebers. Sie ist nicht von einem **Vertragsbindungswillen** begleitet. Ohne ausdrückliche tarifliche oder gesetzliche Regelung kann aus der Anordnung von Überstunden nicht die unbefristete Vereinbarung bestimmter Arbeitsbedingungen gefolgert werden. Wäre es anders, würde damit eine **Vertragserklärung** des Arbeitgebers fingiert, die tatsächlich überhaupt nicht vorliegt (LAG Rheinland-Pfalz, 14.11.2007 - 7 Sa 523/07).

4.9 Unterlassungsanspruch

Der Unterlassungsantrag des Betriebsrats nach § 23 Abs. 3 BetrVG ist nur zulässig, wenn er einen "konkreten betrieblichen Sachverhalt" betrifft. Der Verstoß, der ein Ordnungsgeld nach sich ziehen soll, muss aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit "*hinreichend deutlich*" gemacht werden. "*Das Charakteristische der zu unterlassenden Handlung muss so eindeutig beschrieben werden, dass keine Unklarheit besteht, welche Fälle betroffen sind*". "Wie bei der individualrechtlichen Abmahnung muss die **Maßnahme** derart konkret umschrieben sein, dass der stattgebenden Entscheidung zu entnehmen ist, wann im jeweiligen Einzelfall die Rechte des Betriebsrats gegeben sind" (LAG Schleswig-Holstein, 22.11.2001 - 4 TaBV 39/00).

4.10 Vergütungserwartung - 1

Enthält der Arbeitsvertrag **keine ausdrückliche Vereinbarung** zur Frage, ob und wie Überstunden zu bezahlen sind, kann die Anspruchsgrundlage für eine Überstundenvergütung nur § 612 Abs. 1 BGB sein: "Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist". Dabei gibt es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, "dass jede Mehrarbeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist". Die Vergütungserwartung muss nach Kriterien bestimmt werden: Verkehrssitte, Art, Dauer und Umfang der Tätigkeit sowie Stellung der Beteiligten zueinander (BAG, 21.09.2011 - 5 AZR 629/10).

4.11 Vergütungserwartung - 2

Ein Arbeitgeber muss Überstunden ohne konkrete vertragliche Abmachung nur vergüten, wenn die Vergütung dieser Überstunden "den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist" (Bestätigung von BAG, 21.09.2011 - 5 AZR 629/10). Bezieht der Arbeitnehmer kein "herausgehobenes Entgelt", kann man in der Regel davon ausgehen, dass eine objektive Vergütungserwartung vorliegt. Bei einem Brutto-Monatsgehalt von 1.800 Euro und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden liegt kein herausgehobenes Entgelt vor, das eine Vergütungsvereinbarung entfallen lässt. Ein Vertragsklausel, nach der "*bei betrieblichem Erfordernis*" ohne besondere Vergütung Mehrarbeit geleistet werden soll, ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 BGB unwirksam (BAG, 22.02.2012 - 5 AZR 765/10).