

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Keine Zuschläge ohne Anspruchsgrundlage
4. Ein und dieselbe Arbeitszeit, mehrere Zuschläge?
5. Mitbestimmung
6. Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Hinweise
7. Rechtsprechungs-ABC
 - 7.1 AGG-widrige Vergütung
 - 7.2 Angemessener Ausgleich
 - 7.3 Arbeitszeitkonto
 - 7.4 Behinderte Mitarbeiter
 - 7.5 Diskriminierung - 1
 - 7.6 Diskriminierung - 2
 - 7.7 Entgeltfortzahlung
 - 7.8 Erhöhter Zuschlag
 - 7.9 Fehlende Ersetzungsbefugnis
 - 7.10 Feiertagszuschläge
 - 7.11 Freigestellte Betriebsratsmitglieder
 - 7.12 Freizeitausgleich
 - 7.13 Günstigkeitsvergleich
 - 7.14 Kündigung einer Pauschalierungsabrede
 - 7.15 Mindestlohn
 - 7.16 Mindestlohnwirksame Zuschläge
 - 7.17 Mindestlohnwirksamkeit
 - 7.18 Nachtarbeitszuschläge
 - 7.19 Pauschalen für Betriebsräte
 - 7.20 Rufbereitschaft
 - 7.21 Schätzung
 - 7.22 Sonderschicht
 - 7.23 Tatsächliche Arbeitsleistung - 1
 - 7.24 Tatsächliche Arbeitsleistung - 2
 - 7.25 Teilunwirksame Ausschlussklausel
 - 7.26 Teilzeitmitarbeiter
 - 7.27 Überschreiten der Regelarbeitszeit
 - 7.28 Ungeplante Überstunden - TVöD-K - 1
 - 7.29 Ungeplante Überstunden - TVöD-K - 2
 - 7.30 Ungeplante Überstunden - TVöD-K - 3
 - 7.31 Ungeplante Überstunden - TVöFD-K - 4
 - 7.32 Ungeplante Überstunden - TVöD-K - 5
 - 7.33 Urlaubsvergütung
 - 7.34 Urlaubszeiten
 - 7.35 Vermeidung besonderer Arbeitsbelastung
 - 7.36 Vertragliche vs. tarifliche Arbeitszeit

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss Überstunden zwar grundsätzlich vergüten, er muss aber ebenso grundsätzlich keine Zuschläge dafür bezahlen. Die prozentualen Extras kommen nur dann zur sogenannten Grundvergütung hinzu, wenn es dafür eine besondere Anspruchsgrundlage gibt. Das kann eine individual- oder eine kollektivvertragliche Regelung sein. Nur dann, wenn es so eine Anspruchsgrundlage gibt, haben Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch darauf, ihre Überstunden mit 25, 40 oder 50 % Zuschlag vergütet zu bekommen - oder welchen Prozentsatz auch immer.

Praxistipp:

Ohne individual- oder tarifvertragliche Regelung ist kein Arbeitgeber verpflichtet, Zuschläge für Überstunden zu zahlen. In Betrieben, in denen die Zuschläge bislang nicht geregelt sind, muss sich der Arbeitgeber die Frage stellen, ob so eine Regelung a) gewollt und b) überhaupt erforderlich ist. Je weniger Überstunden anfallen, desto geringer ist das Regelungsbedürfnis. Je mehr Überstunden anfallen, desto eher sollte ein Arbeitgeber darüber nachdenken, ob er den Mehreinsatz seiner Mitarbeiter nicht durch Zuschläge belohnt. Das steigert die Motivation und die Arbeitszufriedenheit.

Arbeitgeber sind - je nach Anspruchsgrundlage - oft verpflichtet, **unterschiedliche Zuschläge** zu zahlen. Neben Zuschlägen für Überstunden (und Mehrarbeit) stehen auch Zuschläge für **Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit** an. Ob sie **alternativ oder kumulativ** gezahlt werden müssen, ist ebenfalls eine Frage, die die jeweilige Anspruchsgrundlage beantworten muss. In der Regel besteht nur ein Anspruch auf den jeweils höheren Zuschlag - selbst dann, wenn ein und dieselbe Arbeitsstunde beispielsweise die Voraussetzungen für Überstunden- und Sonntagszuschläge erfüllt. **Kollektivrechtlich** muss der Arbeitgeber bei der Zuschlagsfrage das **Mitbestimmungsrecht** des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG beachten.

2. Grundsatz

Der **Arbeitsvertrag** verpflichtet

- den Arbeitnehmer, Arbeit zu leisten, und
- den Arbeitgeber, Arbeitsentgelt zu zahlen.

So spricht § 611 BGB die vertragstypischen **Pflichten** des Arbeitsvertrags an.

Auch wenn es keine besondere Vergütungsvereinbarung gibt: "Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist", § 612 Abs. 1 BGB - was bei der Leistung von Arbeit in einem Arbeitsverhältnis regelmäßig der Fall ist.

Ohne besondere Vergütungsvereinbarung gilt § 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 als vereinbart anzusehen."

Übliche Vergütung ist in der Regel das Entgelt, das branchenüblich ist oder sich aus einem Tarifvertrag ergibt. Die §§ 611 , 612 BGB gelten nicht nur für die sogenannte **Grundvergütung**, sondern auch für etwaige Zuschläge, die zusätzlich zur Grundvergütung gezahlt werden.

Soweit es um **Zuschläge bei Teilzeitkräften** geht, wird auf das Stichwort Überstunden - Teilzeitkräfte verwiesen.

Wichtig: Arbeitnehmer müssen Überstunden nicht kostenlos leisten. Sie haben einen Anspruch darauf, die zusätzlich geleistete Arbeit auch zusätzlich vergütet zu bekommen. Ob die zusätzliche Vergütung für Überstunden auch mit Zuschlägen zu vergüten ist, die über die reine Grundvergütung für diese Überstunden hinausgehen, ist eine Frage, die im individuellen Einzelfall beantwortet werden muss. Insoweit gilt die Aussage in der Überschrift des nächsten Gliederungspunkts:

3. Keine Zuschläge ohne Anspruchsgrundlage

Mit der Zahlung von Zuschlägen soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Arbeitnehmer bei Überstunden

- außerhalb ihres regelmäßigen Arbeitsrhythmus' arbeiten und
- dadurch einer zusätzlichen Belastung ausgesetzt sind.

Eine gesetzliche Anspruchsgrundlage für Überstundenzuschläge ist § 90 SeemG . Ansonsten gibt es keine gesetzliche Anspruchsgrundlage für Überstundenzuschläge - auch im ArbZG nicht. Das heißt: Ohne Anspruchsgrundlage gibt es keinen Anspruch auf Überstundenzuschläge.

Als Anspruchsgrundlagen kommen in Betracht:

- individualvertragliche Abmachungen (= Arbeitsvertrag, besondere Zusage im Einzelfall, betriebliche Übung)
- kollektivvertragliche Abmachungen (= Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung).

Beispiel:

1. Im Betrieb von Arbeitgeber A1 gibt es weder eine individualvertragliche noch eine kollektivvertragliche Abmachung. Mitarbeiter Gerd G. Laber arbeitet in der 27. KW statt der vertraglich vereinbarten 38,5 Stunden 42 Stunden. Er verlangt von A Bezahlung seiner Überstunden mit einem Zuschlag von 25 Prozent - zu Unrecht. Gerd bekommt zwar seine 3,5 Überstunden vergütet - er hat aber mangels Anspruchsgrundlage keinen Anspruch auf einen Zuschlag.
2. Arbeitgeber A2 ist tarifgebunden. Der Tarifvertrag sieht vor, dass Überstunden, die über die tarifliche Regelarbeitszeit von 37,5 Wochenstunden hinaus geleistet werden, mit einem Zuschlag von 25 % und ab der 5. Überstunde mit einem Zuschlag von 50 % zu vergüten sind. Mitarbeiterin Karin K. Liber arbeitet in der 27. KW 42 Stunden. Sie verlangt von Arbeitgeber A2 Bezahlung der 4,5 Überstunden mit Zuschlägen - zu Recht. A2 muss die ersten vier Überstunden mit einem Zuschlag von 25 % vergüten, die 0,5 bis zur 42. Wochenstunde mit 50 %.
3. Arbeitgeber A3 ist nicht tarifgebunden. Er hat seinen Mitarbeitern Anfang der 1990er Jahre einmal gesagt, dass er anfallende Überstunden mit einem 40-prozentigen Zuschlag vergütet. Das wird seitdem auch durchweg so gehandhabt. Mitarbeiter Erhard G. Wonnen fängt am 01.04. des laufenden Jahres bei A3 an. In der 36. KW leistet Erhard 5 Überstunden und verlangt diese fünf Überstunden von A3 mit 40 % Zuschlag vergütet - zu Recht. In A3's Betrieb ist eine betriebliche Übung entstanden, die Arbeitnehmern für Überstunden einen 40-prozentigen Zuschlag sichert. Obwohl Erhard erst später eingestiegen ist, kommt die betriebliche Übung auch ihm zugute.

Wichtig: Es gibt individual- und/oder kollektivvertraglich legale Möglichkeiten, zusätzlich zum Arbeitsentgelt zu zahlende Zuschläge für Überstunden zu vermeiden. Das kann beispielsweise mit einem Arbeitszeitkonto geschehen oder mit der Abmachung, dass in einer Woche anfallende "Überstunden" in einem klar abgegrenzten Folgezeitraum durch bezahlte Freistellung wieder neutralisiert werden können. Mit einer cleveren Regelung fällt am Ende des Freistellungszeitraums nicht einmal mehr ein zusätzliches Arbeitsentgelt an.

4. Ein und dieselbe Arbeitszeit, mehrere Zuschläge?

In der Regel ist alles sauber getrennt: Besondere Zuschläge werden für

- Feiertagsarbeit,
- Mehrarbeit,
- Nachtarbeit,
- Sonntagsarbeit,
- Überstunden
- oder andere - außergewöhnliche - Zeiten

gezahlt. **Ob und welche** Zuschläge zu zahlen sind, ist eine **Frage der Anspruchsgrundlage**. Sie entscheidet auch darüber, ob ein und dieselbe Arbeitszeit gleich mehrere Zuschläge auslöst.

Beispiel:

Monique Metrow arbeitet in der Düsseldorfer Filiale einer großen Kaufhaus AG. Auf ihr Arbeitsverhältnis findet der nordrhein-westfälische Manteltarifvertrag für den Einzelhandel (MTV Einzelhandel NW) Anwendung. Moniques regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit sind 37,5 Stunden. Ende November ist in Düsseldorf ein verkaufsoffener Sonntag. Monique steht in der Zeit von 13:00 Uhr bis 18:00 Uhr im Verkauf - und arbeitet mit Vor- und Nachbereitung insgesamt 5,5 Stunden mehr. Eine Freistellung klappt in der Vorweihnachtszeit nicht und so stellt sich die Frage, wie Moniques Arbeitgeber die 5,5 Überstunden vergüten muss.

Der MTV Einzelhandel NW sieht für bestimmte Arbeitszeiten **unterschiedliche Zuschläge** vor:

- Überstunden bis einschließlich der 40. Arbeitsstunde in der Woche: zuschlagfreie Mehrarbeit
- Überstunden bis zur Stunde 41,5: Zuschlag 25 %
- Überstunden ab der Stunde 41,5: Zuschlag 40 %
- Sonntagsarbeit: Zuschlag 120 %

Weiterführung des Beispiels:

Monique Metrow arbeitet am verkaufsoffenen Sonntag 5,5 Überstunden. Davon wären unter Berücksichtigung ihrer 37,5-stündigen Wochenarbeitszeit 2,5 Stunden bis zur 40. Arbeitsstunde ohne Zuschlag, 1,5 Stunden mit einem Zuschlag von 25 % (41. Stunde plus die erste halbe Stunde der 42.), 1,5 Stunden mit einem Zuschlag von 40 % (die letzte Hälfte der 42. Stunde und die 43. Stunde) zu vergüten. Und dann gibt es ja noch die Regelung, dass Sonntagsarbeit mit einem 120-prozentigen Zuschlag zu vergüten ist. Heißt das nun für Monique 1,5 Stunden mit 145 % und 1,5 Stunden mit 160 %?

Der MTV Einzelhandel NW gibt die Antwort auf diese Frage in § 7 Abs. 4 selbst:

"Treffen mehrere Zuschläge zusammen, ist jeweils nur der höchste Zuschlag zu zahlen."

Weiterführung des Beispiels:

Das heißt für Frau Metrow: Sie bekommt jede Stunde Sonntagsarbeit - also insgesamt 5,5 Stunden - mit einem 120-prozentigen Zuschlag bezahlt. Die niedrigeren Überstundenzuschläge werden vom höheren Sonntagszuschlag verdrängt. Sie kommen nicht zur Anwendung.

Der MTV Einzelhandel NW wurde hier nur beispielhaft vorgestellt. **Andere Tarifverträge** und Anspruchsgrundlagen enthalten **andere Regelungen**.

5. Mitbestimmung

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen bei

"Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von

Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung".

Die Mitbestimmung des Betriebsrats ist nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG daran festgemacht, dass keine

- gesetzliche oder
- tarifliche Regelung

besteht. In vielen Fällen sind **Überstundenzuschläge** - gleichgültig ob in Geld oder Freizeit - tariflich geregelt. Außerdem ist die Frage, ob und welcher Höhe Zuschläge für Überstunden anfallen, keine Frage zwingender Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Ohne tarifliche Vorgaben sind Überstundenzuschläge eine **freiwillige Leistung des Arbeitgebers**. Der Betriebsrat kann für Überstunden keine Zuschläge erzwingen.

Beispiel:

Arbeitgeber A ist nicht tarifgebunden. Er möchte in seinem Werk in den vier Wochen vor dem Sommerurlaub Überstunden fahren, um damit einen Auftragsüberhang abzarbeiten und einige Produkte für die Zeit des Sommerurlaubs auf Vorrat zu fertigen. A nimmt mit Betriebsrat B Gespräche auf, um zu einer Überstundenregelung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu kommen. B sagt, er stimme einer vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit nur zu, wenn A für jede Überstunden einen 50-prozentigen Zuschlag zahle - zu Unrecht. Zwar kann A ohne Einigung mit seinem Betriebsrat keine Überstunden anordnen. Ob er aber dafür Zuschläge zahlt, das ist seine - freiwillige - Sache.

Aber auch **der freiwilligen Mitbestimmung** sind nach § 77 Abs. 3 BetrVG Grenzen gesetzt:

"Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt."

§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist bei **Einführung einer bestimmten Lohnart** anzuwenden oder in Fällen, in denen der Arbeitgeber zwischen verschiedenen Lohnarten wechselt (LAG Hamm, 17.06.2009 - 19 Sa 392/09). Das heißt für Zuschläge: Der Betriebsrat muss mitbestimmen, wenn der Arbeitgeber von der **Vergütung** der Zuschläge auf eine Abgeltung in **Form bezahlter Freizeit** wechseln will.

6. Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Hinweise

Zuschläge sind dem sozialversicherungspflichtigen Arbeitsentgelt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 SvEV nur dann nicht zuzurechnen, wenn sie steuerfrei sind. Steuerfrei bleiben nach § 3b EStG nur Zuschläge für tatsächlich geleistete

- Feiertags-,
- Sonntags- oder
- Nachtarbeit.

Das heißt: **Zuschläge für Überstunden** sind

- sowohl steuer-
- als auch beitragspflichtig.

Insoweit gibt es keine Besonderheiten gegenüber dem "normalen" Arbeitsentgelt.

Die **Steuerfreiheit** greift hier erst, wenn Überstunden vorliegen, die an einem Sonn- oder Feiertag oder nachts geleistet werden - und dann auch nur für die Zuschläge, die wegen der Feier- und Sonntags- und der Nachtarbeit anfallen.

7. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten Entscheidungen zum Thema Überstunden und Zuschläge in alphabetischer Reihenfolge nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

7.1 AGG-widrige Vergütung

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmerin N bekam ein Arbeitsentgelt, das sich nach den anzuwendenden tariflichen Bestimmungen aus mehreren Bestandteilen - u.a. Grundvergütung und Zuschläge für Sonn- wie Feiertagsarbeit - zusammensetzte. Die Tarifbestimmungen sahen zudem vor, dass sich die Grundvergütung jeweils nach dem Lebensalter richtete und sich mit fortlaufendem Lebensalter nach Erreichen vorgegebener Altersstufen erhöhte. N hielt diese Regelung für AGG-widrig und klagte Differenzlohnansprüche ein: Grundvergütung, Sonntags- und Feiertagszuschläge, Vergütungszulage, Weihnachtsgeld und Mehrarbeit - insgesamt 1.478,22 EUR brutto plus Zinsen.

Dazu das BAG: "Der Klägerin stehen nach §§ 1 , 3 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 und Abs. 2 AGG für den Streitzeitraum Grundvergütung, Sonntags- und Feiertagszuschläge, Vergütungszulage und Weihnachtsgeld sowie Vergütung für Mehrarbeit berechnet nach Vergütungsgruppe Vb Stufe 10 abzüglich der von der Beklagten unter Zugrundelegung der Vergütungsgruppe Vb Stufe 8 und seit März 2012 Stufe 9 geleisteten Zahlungen zu. Die Beibehaltung der in § 6 RTV i.V.m. Anlage 1 VTV 2001 geregelten Altersstufen als Basis für die Berechnung der Grundvergütung, der Sonntags- und Feiertagszuschläge, der Vergütungszulage und des Weihnachtsgelds sowie der Vergütung für geleistete Mehrarbeit verstößt gegen das Verbot der Altersdiskriminierung (§ 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG). Die aufgrund betrieblicher Übung Vertragsinhalt gewordene Vergütungsregelung ist nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam, soweit sie jüngere Arbeitnehmer diskriminiert ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 10.11.2011 - 6 AZR 148/09] . Die Ungleichbehandlung kann nur durch eine Anpassung der Vergütung nach oben beseitigt werden" (BAG, 25.03.2015 - 5 AZR 458/13 - mit dem Ergebnis, dass der Arbeitnehmerin der eingeklagte Betrag zugesprochen wurde).

7.2 Angemessener Ausgleich

Die hier vorgestellte Entscheidung betrifft zwar die Nachtarbeit , lässt aber durchaus Schlüsse für die Zahlung von Zuschlägen für geleistete Überstunden zu (Anm. d. Verf.): Als Alternative zum finanziellen Ausgleich geleisteter Nachtarbeit bietet § 6 Abs. 5 ArbZG die Möglichkeit, dem Nachtarbeiter "eine angemessene Zahl bezahlte freier Tage " zu gewähren. Dadurch tritt jedenfalls in den Fällen eine gesundheitsschützende Wirkung der gesetzlich vorgegebenen Kompensierung ein, "in denen sich die Dauer der zu erbringenden Arbeitszeit für den Arbeitnehmer durch den bezahlten **Freizeitausgleich** insgesamt verringert und er zeitnah gewährt wird." Diese gesundheitsschützende Wirkung hat ein angemessener **Zuschlag** auf das Bruttoarbeitsentgelt natürlich nicht. Er kommerzialisiert die individuellen gesundheitlichen Beeinträchtigungen, macht das "Nachtarbeiten" für den Arbeitgeber teuer und dämmt Nachtarbeit dadurch ein – auf der einen Seite. Auf der anderen Seite entschädigt der Zuschlag den Nachtarbeiter "in einem gewissen Umfang für die **erschwerete Teilhabe am sozialen Leben**" (BAG, 15.07.2020 – 10 AZR 123/19 – mit der weiteren Feststellung, dass es zwischen den beiden Alternativen des § 6 Abs. 5 ArbZG keine Rangverhältnis gibt).

7.3 Arbeitszeitkonto

Sollen etwaige Überstunden auf einem Arbeitszeitkonto erfasst, vorrangig in Freizeit abgegolten und nur **auf Wunsch des Arbeitnehmers bezahlt** werden, entsteht ein Anspruch auf Bezahlung - einschließlich eventueller Zuschläge - erst dann, wenn der Arbeitnehmer die Bezahlung wünscht. Stehen zum Monatsende Überstunden im Arbeitszeitkonto, folgt daraus allein kein Anspruch auf Bezahlung. Der Arbeitnehmer muss sein **Wahlrecht ausüben** und erklären, ob er die Überstunden ohne Zuschlag abfeiern oder mit Zuschlag bezahlt haben will. Bei dem vereinbarten Wahlrecht handelt es sich um ein **Gestaltungsrecht**, das den Inhalt der Leistung - Bezahlung mit Zuschlägen an Stelle von bezahlter Freizeit - ändert (LAG Rheinland-Pfalz, 21.07.2005 - 1 Sa 36/05).

7.4 Behinderte Mitarbeiter

"Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ... zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass" a) "die Praxis eines Arbeitgebers,

die darin besteht, einen Zuschlag zum Arbeitsentgelt an behinderte Arbeitnehmer zu zahlen, die ihre Bescheinigung über die Anerkennung einer Behinderung nach einem von diesem Arbeitgeber gewählten **Datum eingereicht** haben, nicht aber an behinderte Arbeitnehmer, die eine solche Bescheinigung vor diesem Datum eingereicht haben, eine **unmittelbare Diskriminierung** darstellen kann, wenn sich erweist, dass diese Praxis auf ein untrennbar mit einer Behinderung verbundenes Kriterium gestützt wird, da sie einer klar zu identifizierenden Gruppe von Arbeitnehmern, die sich aus allen behinderten Arbeitnehmern zusammensetzt, deren Zustand einer Behinderung dem Arbeitgeber bei der Einführung dieser Praxis notwendigerweise bekannt war, die Erfüllung dieser zeitlichen Bedingung endgültig unmöglich macht;" b) "diese Praxis, auch wenn sie dem Anschein nach neutral ist, eine **mittelbare Diskriminierung** wegen einer Behinderung darstellen kann, wenn sich erweist, dass sie behinderte Arbeitnehmer in Abhängigkeit von der Art von deren Behinderung, unter anderem der Auffälligkeit dieser Behinderung oder des Umstands, dass die Behinderung angemessene Vorkehrungen bei den Arbeitsbedingungen erfordert, besonders benachteiligt, und diese Praxis weder durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist, noch die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind" (EuGH, 26.01.2021 – C-16/19 – Leitsatz - Polen).

7.5 Diskriminierung - 1

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz sieht in § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG vor, dass **teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter** wegen ihrer Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden dürfen als vergleichbare Vollzeitkräfte. Die meisten Tarifverträge geben ihnen erst dann einen Anspruch auf Zuschläge für Überstunden, wenn die für Vollzeitmitarbeiter **maßgebliche Wochenarbeitszeit** überschritten ist. Und das könnte ein Problem sein: "Tarifvertragliche Bestimmungen, die eine zusätzliche Vergütung davon abhängig machen, dass **dieselbe Zahl von Arbeitsstunden** überschritten wird, ohne zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten zu unterscheiden, werfen Fragen nach der Auslegung von Unionsrecht auf. Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts ersucht den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV um Vorabentscheidung über zwei Fragen. Sie betreffen das Verständnis der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG" (BAG, 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) – Leitsatz).

7.6 Diskriminierung - 2

Die Fragen, die das BAG dem EuGH mit der im vorausgehenden Gliederungspunkt angesprochenen Entscheidung gestellt hat: „1. Behandelt eine nationale gesetzliche Vorschrift Teilzeitbeschäftigte schlechter gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten iSv. § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG , wenn sie es zulässt, eine zusätzliche Vergütung für Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte einheitlich daran zu binden, dass dieselbe Zahl von Arbeitsstunden überschritten wird, und es damit erlaubt, auf die **Gesamtvergütung**, nicht auf den **Entgeltbestandteil der zusätzlichen Vergütung** abzustellen? 2. Sofern die Frage zu 1. bejaht wird: Ist eine nationale gesetzliche Vorschrift, die es erlaubt, einen Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung davon abhängig zu machen, dass für Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte einheitlich dieselbe Zahl von Arbeitsstunden überschritten wird, mit § 4 Nr. 1 und dem **Pro-rata-temporis-Grundsatz** in § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG vereinbar, wenn mit der zusätzlichen Vergütung der Zweck verfolgt wird, eine besondere Arbeitsbelastung auszugleichen?" (BAG, 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) – Tenor).

7.7 Entgeltfortzahlung

Zum Entgelt, das nach § 4 Abs. 1 EFZG fortzuzahlen ist, gehört nach § 4 Abs. 1a EFZG "nicht das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt". Insoweit sind - ohne anderweitige Regelung der Tarifpartner - auch tariflich geregelte Zuschläge für Über- und Mehrarbeit nicht von der Entgeltfortzahlung erfasst. Das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt sind aber nicht allein die Überstundenzuschläge: Auch die Grundvergütung, die zusätzlich zum normalen Arbeitsentgelt gezahlt wird, gehört dazu. Das Gesetz klammert sowohl die Grundvergütung als auch die Zuschläge von der Entgeltfortzahlung aus (BAG, 21.11.2001 - 5 AZR 296/00).

7.8 Erhöhter Zuschlag

Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 lit. d) TVöD erhält auch der nach § 49 Abs. 2 Satz 1 TVöD-BT-K "im Schichtdienst eingesetzte Arbeitnehmer Feiertagszuschläge nur bei Feiertagsarbeit, nicht bei dienstplanmäßiger Freizeit.

Die Höhe des Zuschlags richtet sich auch hier danach, ob ein Freizeitausgleich erfolgt. Der erhöhte Zuschlag fällt an, wenn der Arbeitgeber die Wochenarbeitszeit entgegen der Regelung des § 49 Abs. 2

Satz 1 TVöD-BT-K nicht vermindert, sondern der Arbeitnehmer voll arbeiten muss. Im tariflichen 'Normalfall' ergibt sich jedoch automatisch der Freizeitausgleich" (BAG, 09.07.2008 - 5 AZR 902/07).

7.9 Fehlende Ersetzungsbefugnis

Steht im Arbeitsvertrag der Passus "*Außerdem werden alle Überstunden vergütet*" und zahlt der Arbeitgeber dann während der Laufzeit des Vertrags für jede Überstunde einen **25-prozentigen Zuschlag**, kann er einen bereits entstandenen Anspruch auf Überstundenvergütung nicht durch eine **einseitige Freistellung** von der Arbeit erfüllen. Es sei denn, es wurde zwischen den Vertragspartnern eine **Ersetzungsbefugnis** vereinbart. Ohne Ersetzungsbefugnis ist eine Erfüllung des Vergütungsanspruchs - Zahlung von Geld - nicht möglich - mit dem Erfolg, dass selbst eine tatsächlich erfolgte Freistellung den Vergütungsanspruch nicht zum Erlöschen bringt, weil nicht die geschuldete Leistung - § 362 Abs. 1 BGB - bewirkt wurde (BAG, 18.09.2001 - 9 AZR 307/00).

7.10 Feiertagszuschläge

Sieht ein Tarifvertrag vor, dass der Arbeitgeber für Arbeit an Feiertagen Zuschläge zahlen muss, dann sind mit Feiertagen ohne besondere Erläuterung **nur gesetzliche Feiertage** gemeint. Obwohl **Oster- und Pfingstsonntag** hohe kirchliche Festtage sind, sind sie keine staatlichen Feiertage (Ausnahme: § 2 Abs. 1 Nr. 3 u. Nr. 7 FTG Brandenburg). Das wiederum führt zu dem Ergebnis, dass an diesen Tage nicht der höhere Feiertagszuschlag , sondern der niedrigere Sonntagszuschlag zu zahlen ist (BAG, 17.08.2011 - 10 AZR 347/10). Praxisbezug: Auch wenn das Urteil nur die Feiertagszuschläge betrifft, zeigt es doch eine allgemeine Linie auf: Müssen Arbeitnehmer an Oster- und Pfingstsonntag Überstunden machen, müssen Arbeitgeber ohne besondere Regelung für diese Stunden allenfalls Überstunden- und/oder Sonntagszuschläge, aber keine Feiertagszuschläge zahlen).

7.11 Freigestellte Betriebsratsmitglieder

Das Gesetz schafft mit § 37 Abs. 2 BetrVG keinen eigenständigen Vergütungsanspruch. Es sichert Betriebsratsmitgliedern allerdings ihren "normalen" Vergütungsanspruch. Damit nimmt das Gesetz Arbeitgebern den **Einwand des nicht erfüllten Vertrags** (s. dazu BAG, 29.04.2015 - 7 AZR 123/13 u. BAG, 08.09.2010 - 7 AZR 513/09). § 37 Abs. 2 BetrVG gilt - unabhängig von einer etwaigen Freistellung nach § 38 BetrVG - für alle Betriebsratsmitglieder. Der Arbeitgeber muss ihnen das Arbeitsentgelt weiterzahlen, das sie verdient hätten, wenn sie gearbeitet und keine Betriebsratsstätigkeit ausgeübt hätten (s. dazu BAG, 18.05.2016 - 7 AZR 401/14 ; BAG, 29.04.2015 - 7 AZR 123/13 u. BAG, 28.06.1995 - 7 AZR 1001/94). Es gilt das **Lohnausfallprinzip** (s. dazu BAG, 23.06.2004 - 7 AZR 514/03 u. BAG, 16.08.1995 - 7 AZR 103/95). "Zu dem Arbeitsentgelt zählen **neben der Grundvergütung** insbesondere Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit (BAG, 29.08.2018 - 7 AZR 206/17 - mit Hinweis auf BAG, 18.05.2016 - 7 AZR 401/14 ; BAG, 23.06.2004 - 7 AZR 514/03 ; BAG, 05.04.2000 - 7 AZR 213/99 u. BAG, 16.08.1995 - 7 AZR 103/95).

7.12 Freizeitausgleich

§ 90 SeemG sieht für Überstunden gesetzliche Zuschläge vor. § 140 SeemG erlaubt von den Bestimmungen des § 90 SeemG abweichende Vorschriften in Tarifverträgen. So ist es durchaus zulässig, dass Tarifpartner vereinbaren, dass Überstunden entgegen § 90 SeemG nur dann mit Zuschlägen zu vergüten sind, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist durch entsprechende Freizeit ausgeglichen werden. Diese Lösung wird von der Tarifautonomie gedeckt. "Es ist ... nicht Aufgabe der Gerichte zu prüfen, ob die Tarifvertragsparteien die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung für das Regelungsproblem gefunden haben" (LAG Niedersachsen, 30.06.2009 - 3 Sa 1658/08).

7.13 Günstigkeitsvergleich

Es gibt Fälle, in denen die arbeitsvertraglichen Abmachungen von den einschlägigen tariflichen Bestimmungen abweichen. Das können sie sowohl zugunsten als auch zuungunsten von Mitarbeitern tun. Soweit es das TVG -Günstigkeitsprinzip betrifft, gilt: "Sind für die Erbringung der Arbeitsleistung zu bestimmten

Zeiten sowohl nach den arbeitsvertraglichen als auch nach tarifvertraglichen Bestimmungen Zuschläge in einem bestimmten vH-Satz des jeweiligen Stundenlohns zu zahlen, kann ein sog. Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG nicht lediglich zwischen den unterschiedlichen Zuschlagssätzen erfolgen. In den Vergleich einzubeziehen sind auch die den jeweiligen Zuschlagssätzen nach dem Arbeitsvertrag und dem Tarifvertrag zugeordneten Stundensätze" (BAG, 17.04.2013 - 4 AZR 592/11).

7.14 Kündigung einer Pauschalierungsabrede

Auch wenn die hier vorgestellte Entscheidung zu einer Pauschalierungsabrede für Erschwerniszuschläge erging, haben ihre Grundgedanken doch auch bei der Pauschalierung von Überstundenzuschlägen Bedeutung (Anm. d. Verf.). Die "**Nebenabrede zum Arbeitsvertrag**" von Arbeitnehmer A enthielt zusätzlich zur Pauschalierungsvereinbarung die Klausel: "Diese Nebenabrede kann mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsschluss gekündigt werden." Zulässig? Das BAG meint: "Eine **Vereinbarung über die Kündbarkeit** einer Pauschalierungsabrede kann einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB i.V.m. § 307 Abs. 1 BGB selbst dann standhalten, wenn das Recht zur Kündigung nicht an einen in der Klausel selbst angegebenen **Grund geknüpft** ist" (BAG, 18.05.2017 - 2 AZR 721/16 - Leitsatz).

7.15 Mindestlohn

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A zahlte seinen Mitarbeitern einen Stundenlohn, der unter dem gesetzlichen Mindestlohn lag (das waren bis zum 31.12.2016 8,50 EUR/h brutto und sind aktuell ab dem 01.01.2021 9,50 EUR/h brutto, ab 01.07.2021: 9,60 EUR/h brutto, ab 01.01.2022: 9,82 EUR/h brutto, ab 01.07.2022: 10,45 EUR/h brutto, Hinw. d. Verf.). Wenn die Mitarbeiter Überstunden machten, bekamen sie dafür zwar **Zuschläge**. Diese Zuschläge wurden dann aber **auf der Basis des gezahlten Stundenlohns** berechnet, nicht auf der Basis des gesetzlichen Mindestlohns. Und das, meint das LAG Berlin-Brandenburg, sei nicht zu beanstanden. Diese Zuschläge - anders die Zuschläge für Nachtarbeit - bräuchten **nicht auf Mindestlohnbasis** errechnet zu werden (LAG Berlin-Brandenburg, 12.01.2016 - 19 Sa 1851/15) .

7.16 Mindestlohnwirksame Zuschläge

Die Grundsätze dieser Entscheidung müssten - Anm. d. Verf. - auch für Überstundenzuschläge gelten: § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG setzt den **Mindestlohn "je Zeitstunde"** fest. Das MiLoG verbindet den Anspruch auf Mindestlohn **nicht mit einer bestimmten zeitlichen Lage** der Arbeit oder den Umständen und Erfolgen, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Insoweit sind alle im arbeitsvertraglichen **Austauschverhältnis** erbrachten Entgeltzahlungen mindestlohnwirksam, es sei denn, es handelt sich um "Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen" (s. dazu BAG, 25.05.2016 - 5 AZR 135/16 ; BAG, 21.12.2016 - 5 AZR 374/16 u. BAG, 18.11.2015 - 5 AZR 761/13). Das wiederum führt zu dem Ergebnis, dass "Zuschläge für Arbeit an Sonn- und Feiertagen mindestlohnwirksam" sind (BAG, 24.05.2017 - 5 AZR 431/16) .

7.17 Mindestlohnwirksamkeit

Der Mindestlohn ist nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG "je Zeitstunde" festgesetzt. Das MiLoG macht den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn allerdings nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen abhängig. Das lässt es zu, **alle Entgeltbestandteile** als mindestlohnwirksam anzusehen, die **im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis** als Entgeltzahlung erbracht werden. Ausgenommen sind Zahlungen, "die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen" (BAG, 11.10.2017 - 5 AZR 621/16 - mit Hinweis auf BAG, 25.05.2016 - 5 AZR 135/16 u. BAG, 21.12.2016 - 5 AZR 374/16 und den in der Literatur beschriebenen Streitstand).

7.18 Nachtarbeitszuschläge

§ 6 Abs. 5 ArbZG sagt: "Soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren." Angemessen ist in der Regel ein Zuschlag von **25 Prozent** - es sei denn, es handelt sich um

Dauernachtarbeit. **Bei Dauernachtarbeit ist ein 30-prozentiger Zuschlag** angemessen. Alternativ kann der Arbeitgeber Nachtarbeit leistende Mitarbeiter entsprechend der geleisteten Nachtarbeit und der angefallenen Zuschläge bezahlt von der Arbeit freistellen (BAG, 09.12.2015 - 10 AZR 423/14) .

7.19 Pauschalen für Betriebsräte

Leistet ein Betriebsrat *"Betriebsratsstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts"*, sagt § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG . Soweit es die finanzielle Abgeltung betrifft: "5. Eine Generalpauschale für alle Betriebsratsmitglieder in gleicher Höhe ist in aller Regel unzulässig. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Vergütung für Mehrarbeit als auch hinsichtlich der Gewährung von Aufwendersersatz. Denn die Annahme, jedes Betriebsratsmitglied habe die gleichen Aufwendungen oder leiste unabhängig von Funktion und Stellung innerhalb des Gremiums in gleichem Umfang Mehrarbeit, widerspricht der Lebenserfahrung. 6. Wegen des Vorrangs des Freizeitausgleichs gegenüber der Vergütung für Mehrarbeit gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG ist eine Mehrarbeitspauschale, die gänzlich unabhängig von der betrieblichen Notwendigkeit der Erbringung von Betriebsratsarbeit außerhalb der Arbeitszeit und zudem unabhängig von betriebsbedingten bzw. betriebsratsbedingten Gründen Vergütungs- statt Freizeitausgleichsansprüche festlegt, unzulässig" (ArbG Stuttgart, 13.12.2012 - 24 Ca 5430/12 - Leitsätze 5. und 6.).

7.20 Rufbereitschaft

Sieht eine **tarifliche Regelung** - hier: § 8 Abs. 3 Satz 4 TVöD - vor, dass Arbeitsleistung innerhalb einer Rufbereitschaft außerhalb des Aufenthaltsortes *"mit dem Entgelt für Überstunden sowie etwaigen Zeitzuschläge"* zu bezahlen sind, heißt das: Der Arbeitnehmer muss tatsächlich während der Rufbereitschaft gearbeitet haben und kann auch nur für die tatsächlich geleistete Arbeit Zuschläge bekommen. Bei der tariflichen Regelung - Rechtsgrundverweisung - kommt es allerdings nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer *"Überstunden"* geleistet hat - die Arbeit während der Rufbereitschaft ist mit ⁽¹⁾ zu vergüten. Die Arbeit während der Rufbereitschaft wird vom Tarif "als Überstunde bewertet" (LAG Schleswig-Holstein, 04.08.2010 - 6 Sa 150/10).

7.21 Schätzung

Steht im **Überstundenprozess** fest, dass der Arbeitnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers Überstunden geleistet hat, kann er nur seiner Darlegungs- und Beweislast für einzelne Überstunden nicht in jeder Hinsicht nachkommen, darf das Gericht den Umfang geleisteter Überstunden nach § 287 Abs. 2 ZPO i. V. mit § 287 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO schätzen. Weiter vorausgesetzt: Die Schätzung wäre in diesem Fall nicht mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte unzulässig (s. dazu BAG, 13.12.2016 – 9 AZR 574/15 – und BAG, 25.03.2015 – 5 AZR 602/13). **Voraussetzung** einer Schätzung ist also lediglich, dass die klagende Partei dem Gericht für dessen Schätzung eine **verlässliche Tatsachengrundlage** liefert und sich "in einem den Umständen nach zumutbaren Maß um eine Substantiierung bemüht hat" (BAG, 17.08.2021 – 1 AZR 175/20 – mit Hinweis auf BAG, 13.12.2016 – 9 AZR 574/15).

7.22 Sonderschicht

Sieht ein Tarifvertrag vor, "Für eine betrieblich angeordnete Sonderschicht an einem dem Arbeitnehmer zustehenden freien Tag wird ein Mehrarbeitszuschlag von 50 % gezahlt", kommt es nicht darauf an, ob die während der Sonderschicht geleisteten Stunden tatsächlich Mehrarbeit oder Überstunden sind. Hier ging es den Tarifpartnern nicht darum, im Abrechnungszeitraum eine erhöhte Arbeitsbelastung auszugleichen. *"Vielmehr wird der Anspruch auf das zusätzliche Entgelt begründet, weil der Arbeitgeber in den Freizeit- und Erholungsbereich eingegriffen hat, der dem Arbeitnehmer nach den Festlegungen im Schichtplan zur freien Verfügung stehen soll"* (BAG, 18.02.1997 - 3 AZR 806/95).

7.23 Tatsächliche Arbeitsleistung - 1

In der Regel ist es so, dass auch Zuschläge nur dann anfallen, wenn tatsächlich Überstunden gearbeitet werden. Es geht aber auch anders - vor allem, wenn die **Tarifvertragsparteien** in ihrer Regelung nicht deutlich bestimmen und unterscheiden. Legen sie Jahresarbeitszeit, Abrechnungszeitraum und deren

Berechnung nicht eindeutig fest und sagen sie auch nicht, wie sich ein etwaiger **Freizeitausgleich** auf die zu leistende **Jahresarbeitszeit** auswirken soll, führt das zu dem Ergebnis: Ein Anspruch auf einen Zuschlag für Überstunden kann auch durch Anrechnung von Freizeitausgleich erworben werden. *"Ergibt sich aus dem Arbeitszeitkonto, dass die Jahresarbeitszeit - hier: 2002 Stunden - durch ein ausgewiesenes Zeitguthaben überschritten ist, ist ein Ausgleich mit Zuschlag zu gewähren"* (LAG München, 24.05.2006 - 10 Sa 1233/05).

7.24 Tatsächliche Arbeitsleistung - 2

"Arbeit leisten" bedeutet ebenso wie *"arbeiten"* aktives Tun. So ein aktives Tun liegt nicht vor, wenn ein Arbeitnehmer beispielsweise durch **Gewährung bezahlter Freizeit** während seines Urlaubs gerade von der Verpflichtung, Arbeit zu leisten, befreit ist. Das Gleiche gilt für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Zeiten von Sonderurlaub. Zuschläge für Überstunden sollen vom Sinn und Zweck her **besondere Belastungen** eines Arbeitnehmers kompensieren - und diese besonderen Belastungen können nur bei tatsächlichem Arbeiten, aber nicht während des Urlaubs oder krankheitsbedingter Ausfallzeiten auftreten (BAG, 27.08.2008 - 5 AZR 647/07 - mit dem Hinweis, dass eine Tarifbestimmung, die Zuschläge vom Überschreiten eines bestimmten Monatssolls abhängig macht, damit ja gerade bezweckt, eine grundsätzlich zu vermeidende besondere Arbeitsbelastung durch ein zusätzliches Entgelt auszugleichen).

7.25 Teilunwirksame Ausschlussklausel

Der vereinfachte Fall: Die **arbeitsvertragliche Verfallklausel** sah folgende Regelungen vor: "§ 11 Ausschlussfrist (1) Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis müssen wie folgt geltend gemacht werden: Ansprüche auf **Zuschläge** aller Art sofort, spätestens **innerhalb von 4 Wochen** nach Abrechnung des Zeitraums, bei dem sie hätten abgerechnet werden müssen; alle übrigen beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit. (2) Eine Geltendmachung nach Ablauf der unter Ziffer 1 festgesetzten Frist ist ausgeschlossen. (3) ..." Arbeitgeber und Arbeitnehmer stritten um die Differenzvergütung nach dem Equal-Pay-Prinzip, u.a. um Lohn und Lohnzuschläge.

Der beklagte Arbeitgeber hielt Teile der Forderung für verfallen - und bekam vom BAG Recht. Während die Frist für die **Geltendmachung von Lohnzuschlägen** zu kurz und damit unwirksam war, ließ das BAG die Frist zur **Geltendmachung aller übrigen Ansprüche** unbeanstandet. Die vom Arbeitgeber verwendete Verfallklausel ist teilbar. Auch wenn im AGB-Recht des BGB das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gilt, kann "bei einer teilbaren Klausel die Inhaltskontrolle jeweils für die verschiedenen, nur formal in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung verbundenen Bestimmung" vorgenommen werden: "Enthält eine Verfallklausel - sprachlich verschränkt - **inhaltlich trennbare Ausschlussfristenregelungen** für verschiedene Arten von Ansprüchen, kann der Vertragstext des unwirksamen Teils der Klausel zur Auslegung der verbleibenden Regelung herangezogen werden" (BAG, 27.01.2016 - 5 AZR 277/14) .

7.26 Teilzeitmitarbeiter

Zahlt der Arbeitgeber auch den Vollzeitkräften nur dann Zuschläge für geleistete Überstunden, wenn die regelmäßige **Arbeitszeit Vollzeitbeschäftigter überschritten** wird, steht das nicht in Widerspruch zum **Benachteiligungsverbot** des § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG . Auch andere Diskriminierungsverbote sind nicht betroffen. Teilzeitmitarbeiter werden hier genauso behandelt wie Vollzeitmitarbeiter - die auch erst nach Überschreiten der tariflichen Regelarbeitszeit Anspruch auf Zuschläge für Überstunden haben. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass die Tarifpartner erst die über die üblichen 38,5 Stunden hinausgehenden Arbeitsstunden als besonders belastend angesehen und erst die Zeit danach **mit Zuschlägen verteuert** haben (BAG, 16.06.2004 - 5 AZR 448/03).

7.27 Überschreiten der Regelarbeitszeit

Sieht ein **Tarifvertrag** - hier: Geld- und Werttransport - im Monat eine Regelarbeitszeit von 173 Stunden vor, ist Arbeit, die über diese 173 Stunden hinaus geleistet wird, *"Mehrarbeit"* im Sinn der tarifvertraglichen Regelung. Sieht der Tarifvertrag weiter vor, *"Der Mehrarbeitszuschlag beträgt 25 %"*, dann entsteht ein Anspruch auf diese 25 Prozent **mit Beginn der 174 tatsächlich geleisteten Arbeitsstunde** - weiter vorausgesetzt, es kommt nicht zu einer tarifvertraglich zulässigen abweichenden Einteilung der Arbeitszeit, mit der das Entstehen von Mehrarbeit vermieden werden kann. *"Mehrarbeitszuschläge sollen in der Regel besondere Belastungen ausgleichen. Eine tarifvertragliche Bestimmung, die den Anspruch auf*

Mehrarbeitszuschlag allein davon abhängig macht, dass über ein bestimmtes Monatssoll hinaus gearbeitet wird, bezweckt regelmäßig, eine grundsätzlich zu vermeidende besondere Arbeitsbelastung durch ein zusätzliches Entgelt auszugleichen" (BAG, 14.09.2011 - 10 AZR 358/10).

7.28 Ungeplante Überstunden - TVöD-K - 1

§ 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 - **Hinweis:** Die hier vorgestellte Entscheidung ist mit BAG, 15.10.2021 – 6 AZR 253/19 – neutralisiert, s. dazu den nachfolgenden Gliederungspunkt).

7.29 Ungeplante Überstunden - TVöD-K - 2

§ 7 TVöD-K (Krankenhäuser) enthält eine besondere Regelung für die Mehrarbeit und die Überstunden von Teilzeitbeschäftigten. Der TVöD-K sieht für den **Freizeitausgleich** und die **Vergütung** von Stunden, die Teilzeitbeschäftigte ungeplant über ihre vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus erbringen, **eigenständige Regelungen** vor. Diese eigenständigen Regelungen unterscheiden sich so sehr von den Regelungen zum Entstehen, dem Ausgleich und der Vergütung von Überstunden bei Vollbeschäftigten, dass sie eine Vergleichbarkeit ausschließen. Damit haben die Tarifpartner den ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Gestaltungsspielraum eingehalten. Mit der weiteren Folge, dass die für Teilzeitmitarbeiter geltenden TVöD-K-Regelungen **keine Diskriminierung** dieser Beschäftigten gegenüber Vollzeitmitarbeitern darstellen und deshalb wirksam sind (BAG, 15.10.2021 – 6 AZR 253/19).

7.30 Ungeplante Überstunden - TVöD-K - 3

Der TVöD-K gibt in § 7 Abs. 8 lit. c) eine bislang **umstrittene Definition** von "Überstunden" vor: "Abweichend von Absatz 7 sind nur die Arbeitsstunden Überstunden, die ... c) 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." Dazu meint das BAG: Diese Sonderregelung für das Entstehen von Überstunden bei Mitarbeitern, die Wechselschicht- oder Schichtarbeiten leisten, soll nach dem Tarifvertrag sowohl auf Voll- als auch auf Teilzeitmitarbeiter anzuwenden sein. Damit verstößt sie gegen das **Gebot der Normenklarheit** und ist wegen dieses Verstoßes unwirksam (BAG, 15.10.2021 – 6 AZR 253/19).

7.31 Ungeplante Überstunden - TVöFD-K - 4

Zum "Ausgleich für Sonderformen der Arbeit" sieht § 8 TVöD-K bestimmte Zuschläge vor. Da gibt es beispielsweise **Zuschläge für Überstunden** (§ 8 Abs. 1 Satz 2 lit. a) TVöD-K), **aber nicht für Mehrarbeit**, die "je Stunde" nur mit "100 v. H. des auf eine Stunde entfallenden Anteils des Tabellenentgelts der jeweiligen Entgeltgruppe und Stufe" zu vergüten ist. Der TVöD-K definiert in § 7 Abs. 6, was er unter "Mehrarbeit" bei Teilzeitkräften versteht, legt sich dann in § 7 Abs. 8 TVöD-K auf die Definition von "Überstunden" bei Schichtarbeit fest. Diese Bestimmung verstößt jedoch (s. dazu den vorausgehenden Gliederungspunkt) gegen das Gebot der Normenklarheit und ist daher unwirksam. Mit dem Ergebnis, dass in dem hier entschiedenen Fall wegen der Unwirksamkeit des § 7 Abs. 8 lit. c) TVöD-K keine zuschlagpflichtigen Überstunden angefallen sind, sondern lediglich **zuschlagfreie Mehrarbeit**, weil die regelmäßige Arbeitszeit Vollzeitbeschäftigter nicht überschritten wurde (BAG, 15.10.2021 – 6 AZR 253/19).

7.32 Ungeplante Überstunden - TVöD-K - 5

"Der Senat hält an seiner bisherigen, ausschließlich auf den nicht gezahlten Überstundenzuschlag gerichteten Rechtsprechung (BAG 23. März 2017 – 6 AZR 161/16 -) ebenso wenig fest wie an dem in dieser Entscheidung sowie in der Entscheidung vom 25. April 2013 (- 6 AZR 800/11 -)

gefundenen **Auslegungsergebnis des Überstundenbegriffs** des § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD-K im Falle von Wechselschicht- oder Schichtarbeit. Die danach erforderliche **Differenzierung** zwischen geplanten und ungeplanten Überstunden weicht von der nach § 7 Abs. 7 TVöD-K geltenden Grundregel, nach der nur ungeplante zusätzliche Stunden Überstunden werden können, ab, ohne dass ein solcher **Regelungswille der Tarifvertragsparteien** im Normtext ausreichend Niederschlag gefunden hat. § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD-K kann auch kein anderer objektiver Normbefehl entnommen werden" (BAG, 15.10.2021 – 6 AZR 253/19 – Pressemitteilung 34/21 vom 15.10.2021).

7.33 Urlaubsvergütung

"Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte **Aspekte der Arbeitszeitgestaltung** ist im Licht von Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass er einer **Regelung in einem Tarifvertrag** entgegensteht, nach der für die Berechnung, ob die Schwelle der zu einem Mehrarbeitszuschlag berechtigenden Arbeitszeit erreicht ist, die Stunden, die dem vom Arbeitnehmer in Anspruch genommenen bezahlten Jahresurlaub entsprechen, nicht **als geleistete Arbeitsstunden** berücksichtigt werden" (EuGH, 13.01.2022 - C-514/20 - Leitsatz - Deutschland).

7.34 Urlaubszeiten

Der in diesem Fall maßgebliche Tarifvertrag sah vor, dass bei der **Berechnung** von Mehrarbeits-/Überstundenzuschlägen nur **tatsächlich gearbeitete Stunden** berücksichtigt werden sollten – nicht die Stunden aus der Zeit, in der der Arbeitnehmer seinen Mindestjahresurlaub nahm. Zuschläge gab es nach der tariflichen Regelung erst dann, wenn der Arbeitnehmer **mehr als 184 Stunden im Monat** gearbeitet hat. Hier war es jedoch so, dass der klagende Mitarbeiter 121,75 echte Arbeitsstunden hatte und seine weiteren 84,7 Stunden Urlaub zu einer rechnerischen Monatsarbeitszeit von 206,45 Stunden führten. Da die Auslegung der eindeutigen Tarifregelung keine für den Mitarbeiter günstigere Berechnung der Zuschläge zulässt, hat das BAG ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet. Der muss nun mit Blick auf Art. 31 Abs. 2 GRCh und Art. 7 RiLi 2003/88/EG die Frage klären, "ob der Tarifvertrag ... einen unionsrechtlich unzulässigen Anreiz begründet, auf Urlaub zu verzichten" (BAG, 17.06.2020 – 10 AZR 210/19 (A) – Pressemitteilung Nr. 16 vom 17.06.2020).

7.35 Vermeidung besonderer Arbeitsbelastung

Macht eine tarifliche Bestimmung den **Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge** allein davon abhängig, "dass über ein bestimmtes Tages- oder Wochenarbeitsvolumen oder das Monatssoll hinaus gearbeitet wurde", bezweckt das regelmäßig den **Ausgleich** einer grundsätzlich zu vermeidenden besonderen Arbeitsbelastung durch ein zusätzliches Entgelt (s. dazu BAG, 14.09.2011 - 10 AZR 358/10 u. BAG, 27.08.2008 - 5 AZR 647/07). Das ist anders zu sehen, wenn der Tarifvertrag Anhaltspunkte für **andere Regelungszwecke** enthält. Fehlen diese Anhaltspunkte, kann den Tarifvertragsparteien nicht unterstellt werden, "durch Verteuerung der über die individuell geschuldete Arbeitsleistung hinausgehenden Arbeitszeiten den individuellen Freizeitbereich zu schützen" (s. dazu BAG, 05.11.2003 - 5 AZR 8/03 u. BAG, 20.06.1995 - 3 AZR 684/93). Kann bei mehreren denkbaren Zwecken der von den Tarifpartnern gewollte durch Auslegung des Tarifvertrag ermittelt werden, kommt es auf die Frage, welcher Zweck typischerweise mit einer Tarifregelung verfolgt wird, nicht mehr an. "Dann ist allein dieser Zweck maßgebend, weil er Inhalt der durch die Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) geschützten kollektiven Regelung geworden ist" (BAG, 26.04.2017 - 10 AZR 589/15 - mit Hinweis auf BAG, 25.07.1996 - 6 AZR 138/94).

7.36 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 Teilzeitmitarbeiter **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).

Anmerkung 1:

"dem Entgelt für Überstunden sowie etwaigen Zuschlägen"