

begründet im Jahre 1948 von *Hans Carl Nipperdey*

herausgegeben von

Dr. *Martina Ahrendt*, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt, Honorarprofessorin an der Universität Halle-Wittenberg,

Klaus Beppler, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a. D., Erfurt, Honorarprofessor an der Universität Halle-Wittenberg,

Dr. *Martin Eifert*, LL.M., Richter des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe, o. Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Inken Gallner, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, Erfurt,

Dr. *Martin Henssler*, em. o. Professor an der Universität zu Köln, geschäftsführender Direktor des Instituts für Anwaltsrecht der Universität zu Köln,

Dr. *Clemens Höpfner*, o. Professor an der Universität zu Köln, geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln,

Dr. *Sudabeh Kamanabrou*, o. Professorin an der Universität Bielefeld,

Dr. *Heinrich Kiel*, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover,

Dr. *Wilhelm Moll*, LL.M., Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Universität zu Köln,

Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts a. D., Erfurt,

Dr. *Rolf Wank*, em. o. Professor an der Universität Bochum,

in Gemeinschaft mit Prof. Dr. *Volker Bauthien*; Prof. Dr. *Herbert Buchner*; Prof. Dr. *Wilhelm Dütz*; MinDirigent a. D. Dr. *Gerd Engels*; Prof. Dr. *Martin Franzen*; Prof. Dr. *Antoine Jacobs*; Prof. Dr. *Matthias Jacobs*; Prof. Dr. *Dres. h. c. Morst Konzen*; Prof. Dr. *Rüdiger Krüuse*; Prof. Dr. *Dr. h. c. Manfred Lütwich*; Prof. Dr. *Klaus-Peter Martens*; Dr. *Rudi Müller-Glöge*, Vors. Richter am BAG a. D.; Prof. Dr. *Hartmut Oetker*; Prof. Dr. *Ulrich Preis*; Prof. Dr. *Rainhard Richardt*; Prof. Dr. *Volker Rieble*; Prof. Dr. *Franz-Jürgen Sicker*; Prof. Dr. *Gregor Thüsing*, LL.M.; Prof. Dr. *Raimund Waltermann*; Prof. Dr. *Günther Wiss*; Prof. Dr. *Heinz Josef Willemsen*, Rechtsanwalt; Prof. Dr. *Dr. h. c. Wolfgang Zöllner*, dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V., der Deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit und dem Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

Anschrift der Schriftleitung: Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln.

Abhandlungen

Dr. *Hinrich Vogelsang* und *Hans-Hubert Wensing*, Wunstorf/Münster*

Überstunden

Mehr Arbeit – mehr Geld

I. Einleitung

Jedes Jahr fallen in Deutschland zahlreiche Überstunden an. Laut Statistischem Bundesamt war der Umfang der Überstunden für die meisten Beschäftigten dabei auf wenige Stunden pro Woche begrenzt. Rund 1/3 der befragten Beschäftigten gab an, weniger als 5 Überstunden geleistet zu haben, bei 59 % waren es weniger als 10 Stunden. Allerdings leisteten mehr als 1/4 (29 %) der Beschäftigten mindestens 15 Stunden in der Woche mehr als die vereinbarte Normalarbeitszeit.¹ Nach den Daten des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) der Bundesagentur für Arbeit (BA) vom Februar 2024 kamen in Deutschland im Jahr 2023 insgesamt mehr als 1,3 Milliarden Überstunden zusammen. Davon wurden ca. 554 Millionen Überstunden bezahlt und ca. 775 Millionen Überstunden nicht bezahlt.² Auch wenn nach den Auswertungen der letzten Jahre die Zahl der Überstunden deutlich zurückgegangen ist, könnte sich dieser Trend zukünftig wieder umkehren.

Die Effekte von Kurzarbeit und Betriebsschließung während der Pandemie und der Energie- und Wirtschaftskrise infolge des Ukrainekriegs sind nämlich endlich. In der Politik werden teilweise offen mehr Überstunden gefordert, um die Krise zu bewältigen.³ Sowohl die Union in Person von Generalsekretär Carsten Linnemann als auch die FDP in Person des FDP-Vorsitzenden Christian Lindner fordern, Überstunden geringer oder gar nicht mehr zu besteuern.⁴ Aus der

Arbeitnehmerperspektive könnte die Bereitschaft, Überstunden zu leisten, zukünftig nicht nur zur Förderung der eigenen Karriere, sondern vermehrt auch zur Sicherung des eigenen Arbeitsplatzes zunehmen. Arbeitgeber werden zukünftig trotz der bestehenden Verpflichtung, Überstunden ihrer Mitarbeiter zu dokumentieren, nicht zuletzt wegen des zunehmenden Fachkräftemangels gezwungen sein, auf Überstunden zu setzen, um kurz- und mittelfristig auftretende Schwankungen in der Produktion und/oder der Nachfrage in den Griff zu bekommen und durch bestehende Rekrutierungsprobleme auftretende personelle Engpässe besser ausgleichen zu können.⁵

* Dr. *Hinrich Vogelsang* ist Richter am BAG a. D. *Hans-Hubert Wensing* ist Rechtsanwalt für Arbeitsrecht und Partner in der Kanzlei Harnischmacher Lör Wensing in Münster.

1 Haufe, Mehr als ein Fünftel der Arbeitnehmenden leistet unbezahlte Überstunden – https://www.haufe.de/personal/hr-management/arbeitszeit-ueberstunden-in-deutschland_80_412324.html (zul. abgerufen am 28.11.2024).

2 René Bocksch, Zahl der Überstunden sinkt, über 50 % bleiben unbezahlt – <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/76945/umfrage/ueberstunden-der-arbeitnehmer-in-deutschland-zeit-2000/> (zul. abgerufen am 28.11.2024).

3 So die Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Linken-Abgeordneten Ferschl, genaue Zahlen abrufbar unter https://doku.iab.de/arbeitsmarktdaten/tab_az2023.xlsx (zul. abgerufen am 28.11.2024).

4 Bild-Zeitung vom 26.6.2023, ARD-Talksendung Caren Miosga vom 6.4.2024.

5 Vgl. IAB-Forschungsbericht 3/2012, S. 10 ff.

II. Überstundenbegriff

1. Traditioneller Begriff

Als Überstunden (oder Überarbeit)⁶ bezeichnet man im Sprachgebrauch und auch in der arbeitsrechtlichen Literatur ganz allgemein eine über die normale Arbeitszeit hinausgehend geleistete Arbeit. Unter Mehrarbeit versteht man demgegenüber traditionell die Überschreitung der gesetzlichen Obergrenzen der Arbeitszeit, wie sie zB im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) enthalten sind.⁷ Einheitlich ist die Verwendung der Begriffe in der Praxis allerdings nicht.⁸ In älteren Entscheidungen verwendet das BAG die Begriffe Mehrarbeit und Überstunden sogar offenbar als Synonym.⁹

Zudem zeigt der Blick auf die Bestimmungen der §§ 207 SGB IX sowie § 4 MuSchG und § 37 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BetrVG, dass die hergebrachte Unterscheidung auch vom Gesetzgeber nicht durchgehend umgesetzt wird. Während § 207 SGB IX und § 4 MuSchG unter der Überschrift Mehrarbeit Sachverhalte regeln, die nach der herkömmlichen Unterscheidung tatsächlich Mehrarbeit darstellen, nämlich eine Überschreitung einer gesetzlichen (regelmäßigen) Arbeitszeit, betrifft § 37 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BetrVG trotz der Verwendung des Begriffs Mehrarbeit Fälle, in denen nach der traditionellen Differenzierung von Überstunden gesprochen werden müsste.

Mit der Formulierung „Überstunden“ verbindet sich sprachlich durch den Wortteil „Über“ eine Arbeitsleistung, die über das übliche oder das eigentlich vorgesehene Maß hinausgeht, und zwar nicht im qualitativen Sinn, sondern in zeitlicher Hinsicht, wie der zweite Wortteil „Stunde“ anzeigt. Arbeitsrechtliche Relevanz kommt dem Begriff vornehmlich unter zwei Gesichtspunkten zu: Zum einen geht es um die Frage, ob der Arbeitnehmer verpflichtet ist, eine zusätzliche, überobligatorische Arbeitsleistung zu erbringen, und zum anderen darum, welche Gegenleistung der Arbeitgeber hierfür zu erbringen hat. Genau dies ist traditionell Gegenstand zahlreicher tarifvertraglicher Regelungen, während der Gesetzgeber das Thema Arbeitszeit und damit die Thematik etwaiger Über- bzw. Mehrarbeit zunächst nur im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen regelte. Sowohl in dem im Jahr 1994 in Kraft getretenen ArbZG als auch in der Vorgängerregelung, der AZO, findet sich der Begriff „Überstunde“ nicht. Auch in der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (2003/88/EG) vom 4. November 2003 ist er ebenso wenig erwähnt wie in der Vorgängerregelung, der Richtlinie des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (93/104/EG) vom 23. November 1993.

2. Überstundenbegriff in Gesetzen

Erst seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts wird der Überstundenbegriff in verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen verwendet: § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG in der seit dem 1.10.1996 geltenden Fassung und § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG in der seit dem 1.1.1999 geltenden Fassung nehmen Überstundenentgelte bei der Berechnung von Entgeltzuschüssen aus. Ebenfalls mit Wirkung vom 1.1.1999 sah § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AEntG (jetzt §§ 3, 5 Nr. 1 AEntG) eine Erweiterung des Anwendungsbereichs allgemeiner verbindlicher Tarifverträge vor, die u. a. Mindestentgeltsätze einschließlich der „Überstundensätze“ (s. auch § 2a S. 2 AEntG) zum Gegenstand haben. Eine entsprechende Formulierung findet sich in § 2 I Nr. 1 AEntG wegen der anwendbaren Rechts- oder Verwaltungsvorschriften. Eine Definition, was unter dem Begriff „Überstunde“ zu verstehen ist, enthalten die genannten Gesetze jedoch durchweg nicht. Im BetrVG findet sich

der Begriff Überstunde oder Überarbeit an keiner Stelle, insbesondere auch nicht im Zusammenhang mit der Regelung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG spricht vielmehr von einer „vorübergehenden ... Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit“.

3. Überstundenbegriff in Tarifverträgen

Uneinheitlich ist die Verwendung der Begriffe Mehrarbeit und Überstunden auch in Tarifverträgen. Tarifverträge beschreiben im Allgemeinen, bezogen auf den jeweiligen Geltungsbereich der Tarifnorm, welche Arbeitszeit als überobligatorisch anzusehen ist. Dabei wird allerdings durchaus nicht immer der Begriff der Überstunde verwendet, wie schon anhand einiger weniger Beispiele deutlich wird:

Nach § 7 (7) TVöD/TVL sind Überstunden „die auf Anordnung des Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten (§ 6 Abs. 1 S. 1) für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen und nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden.“

Demgegenüber definiert § 7a Nr. 1 des Manteltarifvertrages für den Niedersächsischen Einzelhandel die über die tariflich festgelegte regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeitszeit als „Mehrarbeit“.

In § 3 Nr. 5.11 Bundesrahmentarifvertrag Bau werden die über die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit hinaus geleisteten Arbeitsstunden als „Überstunden (Mehrarbeit)“ bezeichnet.

Diese Liste mit eigenständigen Definitionen der über die normale Arbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeiten ließe sich endlos fortsetzen.¹⁰

4. Normalarbeitszeit als Anknüpfungspunkt

Da es einen allgemein gültigen Überstundenbegriff nicht gibt, kann Anknüpfungspunkt für die Ermittlung der geschuldeten Arbeitszeit und damit gleichzeitig auch für die Festlegung, wo die zusätzliche Arbeitszeit beginnt, nur dasjenige sein, was in der Sphäre von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gilt.

a) Betriebliche oder individuelle Arbeitszeit

Denkbar ist es, dabei auf diejenige Arbeitszeit abzustellen, die in dem jeweiligen Beschäftigungsbetrieb regelmäßig gearbeitet wird. Diese Arbeitszeit kann auf einem Tarifvertrag oder auch auf arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen beruhen. Überstunden würden dann geleistet, wenn diese betriebliche Arbeitszeit überschritten wird, unabhängig davon, welche Arbeitszeitvereinbarung der einzelne Arbeitsvertrag enthält oder welche Arbeitszeit der Arbeitnehmer tatsächlich regelmäßig erbringt. Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit die betriebsübliche (zB tarifliche) Arbeitszeit überschreitet, leisten dann regelmäßig Überstunden. Teilzeitbeschäftigte da-

6 Hueck/Nipperdey ArbR I, § 33 VI. 6. (S. 210); Nikisch § 29 V. 1. (S. 342) u. 8. (S. 349); Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 45 Rn. 43 ff.; ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, BGB § 611a Rn. 755.

7 BAG 3.12.2002 – 9 AZR 462/01, AP SGB IX § 124 Nr. 1 Rn. 29.

8 Hierzu BAG 26.4.2017 – 10 AZR 589/15, AP TzBfG § 4 Nr. 26 Rn. 17 ff.

9 Vgl. BAG 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP ArbGG § 81 Nr. 8; das Gleiche gilt übrigens auch schon für die Rechtsprechung des RAG, das zB formuliert: „wenn der Gefolgsmann ... regelmäßig Mehrarbeit durch Überstunden geleistet hat“, RAG 17.7.1942 – RAG 41/42, ARS 45, 109 (111).

10 Vgl. hierzu BAG 26.4.2017 – 10 AZR 589/15, AP TzBfG § 4 Nr. 26 Rn. 19 ff.

gegen, die eine über ihre vereinbarte Arbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung erbringen, würden dann kaum jemals Überstunden ableiten. Eine solche Anknüpfung an eine betriebsübliche Arbeitszeit findet sich ausdrücklich im Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei vorübergehenden Arbeitszeitänderungen (zur tatsächlichen Anwendung s. aber V.).

Stellt man hingegen auf die individuelle Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers ab, die durch Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag geregelt sein kann, spielen die betrieblichen Umstände für die Festlegung eines Überstundenbegriffs keine ausschlaggebende Rolle. Bei einer Teilzeitvereinbarung wäre dann etwa jede über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeitsstunde Überarbeit bzw. Überstunde. Umgekehrt würde ein Arbeitnehmer, dessen arbeitsvertraglich vereinbarte oder tatsächlich regelmäßig praktizierte Arbeitszeit über der betriebsüblichen liegt, begrifflich nicht schon dann Überstunden leisten, wenn er die von seinen Kollegen/innen geleistete betriebsübliche Arbeitszeit überschreitet, sondern erst dann, wenn er mehr Arbeitsstunden erbringt als für ihn arbeitsvertraglich vereinbart sind oder als es der regelmäßigen Praxis in seinem Fall entspricht.¹¹

Keine der aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen, die den Begriff der Überstunde verwendet, stellt ausdrücklich klar, was Anknüpfungspunkt für die Feststellung sein soll, ab wann eine zusätzliche Leistung des Arbeitnehmers vorliegt.¹² Geregelt wird der Anknüpfungspunkt zumeist in Tarifverträgen, die die Arbeitszeit und Überstundenentgelte bzw. Mehrarbeitsentgelte regeln. Aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs der Tarifnormen sowie der Uneinheitlichkeit dieser Regelungen lässt sich hieraus aber kein allgemeingültiger maßgeblicher Anknüpfungspunkt ermitteln.

b) Gesetzlicher Überstundenbegriff

Daher muss, sofern einzelne Gesetze den Begriff der Überstunde verwenden, für jede dieser Normen gesondert untersucht werden, welche zusätzliche Arbeitsleistung als Überstunde zu qualifizieren ist. Dasselbe gilt für entsprechende tarifliche oder auch arbeitsvertragliche Regelungen.

aa) Für den Überstundenbegriff in § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG ist nach der Rechtsprechung des BAG¹³ und der allgemeinen Ansicht in der Literatur¹⁴ auf die individuelle Arbeitszeit des arbeitsunfähigen Arbeitnehmers abzustellen.

bb) Komplexer ist die Lage im Bereich des Urlaubsrechts. Die Rechtsprechung des zuständigen Neunten Senats des BAG nimmt an, dass der Begriff der Überstunde im BUrlG in seiner „allgemein üblichen Bedeutung“¹⁵ verwendet werde. Der Neunte Senat des BAG greift damit offenbar auf den traditionellen Überstundenbegriff zurück. Überstunden leistet ein Arbeitnehmer danach dann, wenn er über die für sein Beschäftigungsverhältnis geltende regelmäßige Arbeitszeit hinaus arbeitet. Kennzeichnend sei, dass der Arbeitnehmer „länger als üblich“ und insoweit „außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit“ arbeite.¹⁶ In der Literatur zum Urlaubsrecht findet sich durchweg keine allgemeine Begriffsdefinition.¹⁷ Teilweise wird der Begriff Überstunde als Oberbegriff für die Überarbeit (Arbeit über die betriebliche Arbeitszeit hinaus) und die Mehrarbeit (Arbeit über die gesetzliche Arbeitszeit hinaus) aufgefasst, ohne dies allerdings näher zu erläutern.¹⁸ Teilweise werden die Begriffe Mehrarbeit und Überstunden auch als Synonym verwendet.¹⁹

cc) Der Begriff der „Überstundensätze“ in § 5 Nr. 1 AEntG wird in der Literatur²⁰ nicht erläutert, auch Entscheidungen des BAG finden sich hierzu nicht. Das BAG hat lediglich fest-

gestellt, dass § 1 I 1 Nr. 1 AEntG aF nicht verlangt, dass die Überstundensätze und der Mindestlohn in demselben für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgelegt sind.²¹

c) Hier zugrunde gelegter Anknüpfungspunkt

In diesem Beitrag orientieren wir uns bei der Bestimmung des Anknüpfungspunktes für das Vorliegen von Überstunden an der zutreffenden Rechtsprechung des Fünften Senats des BAG (zum Entgeltfortzahlungsrecht). Anknüpfungspunkt für das Vorliegen einer Überstunde ist danach die in § 611a Abs. 2 BGB festgelegte Wertung des Gesetzgebers, die den Arbeitgeber (nur) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung für die vereinbarte Arbeitsleistung (Normalarbeitszeit) verpflichtet. Ist im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ein bestimmter zeitlicher Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung festgelegt, betrifft die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers zunächst (nur) die Vergütung dieser festgelegten Normalarbeitszeit. Erbringt der Arbeitnehmer Arbeit in einem diese Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang, ist der Arbeitgeber zu deren Vergütung (nur) nach Maßgabe der nachstehenden Ausführungen verpflichtet. Dieser die Normalarbeitszeit übersteigende zeitliche Umfang der Arbeitsleistung ist „Überstunde“. Es bedarf jedoch im Einzelfall der genaueren Prüfung, ob nicht abweichende Regelungen im individuellen Arbeitsverhältnis zu einem anderen Verständnis von „Überstunde“ zwingen, weil die Arbeitsvertragsparteien wie auch die Tarifvertragsparteien wie zB in §§ 7 Abs. 7, 8 TVöD/TVL grundsätzlich frei darin sind, einen zusätzlichen bzw. auch abweichenden Überstundenbegriff festzulegen.²²

5. Vorliegen von Überstunden

Ob im Einzelfall nach diesen Grundsätzen Überstunden angefallen sind, ist zunächst einmal durch einen Vergleich der vom Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ge-

- 11 So zB BAG 11.11.1997 – 9 AZR 566/96, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung.
- 12 Eine solche Klarstellung findet sich demgegenüber in der Regelung des § 29 Abs. 2 S. 1 des Diskussionsentwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG von Preis/Hensler, 2. Fassung, Stand November 2007, die auf die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit abstellt und gleichzeitig in § 29 Abs. 1 S. 2 regelt, dass die Dauer der Arbeitszeit im Zweifel dem im Betrieb oder in der Betriebsabteilung Üblichen entspricht.
- 13 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 56; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 592/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 61; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 153/01, AP EntgeltFG § 4 Nr. 62; BAG 8.11.2017 – 5 AZR 11/17, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 168 Rn. 45 f.
- 14 Schmitt, EFZG/Küfner-Schmitt, 9. Aufl. 2023, § 4 Rn. 131; Schmitt FS 50 Jahre BAG, 2004, 197 (205 f.); MHdb ArbR/Greiner, 5. Aufl. 2021, § 81 Rn. 18; MüKoBGB/Müller-Glöge, 9. Aufl. 2021, EFZG § 4 Rn. 5; Erk/Reinhard, 24. Aufl. 2024, EFZG § 4 Rn. 7; Hensler/Willemsen/Kalb, ArbR/Vogelsang, 11. Aufl. 2024, EFZG § 4 Rn. 11; Treber, EFZG, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 24; abw.: KassHdB ArbR/Vossen, 2. Aufl. 2000, 2.2 Rn. 347, wo auf die betriebliche Arbeitszeit abgestellt wird.
- 15 BAG 24.10.2000 – 9 AZR 634/99, AP BUrlG § 11 Nr. 50.
- 16 BAG 24.10.2000 – 9 AZR 634/99, AP AP BUrlG § 11 Nr. 50.
- 17 Vgl. Leinemann/Linck, BUrlG, 2. Aufl. 2001, § 11 Rn. 42 ff.; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG/Kühn, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 13 ff.; Erk/Gallner, 24. Aufl. 2024, BUrlG § 11 Rn. 7; MHdb ArbR/Klose, 5. Aufl. 2021, § 87 Rn. 23, 33; Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 104 Rn. 97 ff.; BeckOK ArbR/Lampe, 73. Ed. 1.9.2024, BUrlG § 11 Rn. 4; KassHdB ArbR/Schütz, 2. Aufl. 2000, 2.4 Rn. 467 f.
- 18 Friese, Urlaubsrecht, 2003, Rn. 339.
- 19 Vgl. Hensler/Willemsen/Kalb, ArbR/Schinz, 11. Aufl. 2024, BUrlG § 11 Rn. 27.
- 20 Vgl. Erk/Franzen, 24. Aufl. 2024, AEntG § 5 Rn. 2 f. sowie § 2 Rn. 2 und § 2a Rn. 3; Hensler/Willemsen/Kalb, ArbR/Tilmanns, 11. Aufl. 2024, AEntG § 5 Rn. 2 sowie § 2 Rn. 5 und § 2a Rn. 2; MHdb ArbR/Klump, 5. Aufl. 2021, § 249 Rn. 8; BeckOK ArbR/Gussen AEntG § 2 Rn. 5 sowie § 2a Rn. 2 und § 5 Rn. 4; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang, 20. Aufl. 2023, § 162 Rn. 31 sowie Rn. 14.
- 21 BAG 19.5.2005 – 5 AZR 449/03, AP AEntG § 1 Nr. 16.
- 22 BAG 6.8.1998 – 6 AZR 177/97, AP BMT-G II § 22 Nr. 1.

schuldeten Normalarbeitszeit mit der von ihm tatsächlich geleisteten Arbeitszeit zu ermitteln, wenn im individuellen Arbeitsverhältnis keine abweichende Regelung gilt.²³

a) Arbeitsvertrag

Fehlt es an einer (eindeutigen) Festlegung des zugesagten zeitlichen Umfangs und/oder der Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit, sind diese zunächst durch Auslegung der im Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommenden Regelungen zu ermitteln.²⁴ Dabei gelten nach der Rechtsprechung des BAG folgende Grundsätze:

Die Regelungen des ArbZG können ohne besondere Anhaltspunkte aus dem Arbeitsvertrag nicht herangezogen werden.²⁵ Ist jedoch arbeitsvertraglich festgelegt, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung schuldet, die arbeitszeitrechtlich erlaubt ist, sind davon aber nicht nur die tägliche oder wöchentliche Höchstarbeitszeit, sondern auch die gesetzlich vorgegebenen Ausgleichszeiträume erfasst.²⁶

Bei der Auslegung können aber auch auf das Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommende Regeln über ein Arbeitszeitkonto eine wichtige Rolle spielen,²⁷ weil in einem solchen Arbeitszeitkonto u. a. festgehalten wird, in welchem Umfang der Arbeitnehmer die iSv § 611a Abs. 2 BGB geschuldete Normalarbeitszeit erbracht hat oder aufgrund eines Entgelt-schutztatbestandes nicht erbringen musste.²⁸

Eine wichtige Stütze bei der Vertragsauslegung ist regelmäßig die praktische Handhabung der Parteien. Sie lässt Schlüsse darauf zu, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben.²⁹ Wird im Arbeitsvertrag keine ausdrückliche Vereinbarung über die Dauer der Normalarbeitszeit getroffen, so ist anzunehmen, dass die Parteien die betriebsübliche Arbeitszeit als Normalarbeitszeit vereinbaren wollten.³⁰

Fehlt es an einer ausdrücklichen arbeitsvertraglichen Bestimmung des Umfangs der Arbeitszeit, darf der durchschnittliche Arbeitnehmer die Klausel, er werde „in Vollzeit“ beschäftigt, so verstehen, dass die regelmäßige Dauer der Arbeitszeit – unter Zugrundelegung einer Fünf-Tage-Woche und der in § 3 S. 1 ArbZG vorgesehenen 8 Stunden arbeits-täglich – 40 Wochenstunden nicht übersteigt. Soll hingegen mit der Formulierung „in Vollzeit“ die nach geltendem Recht zulässige Höchstgrenze der Arbeitszeit ganz oder teilweise ausgeschöpft werden, müsste dies durch eine konkrete Stundenangabe oder zumindest eine hinreichend bestimmte Bezugnahme auf den arbeitsschutzrechtlich eröffneten Arbeitszeitrahmen klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werden.³¹ Soweit keine Teilzeitvereinbarung vorliegt, wird im Zweifel ein Vollarbeitszeitverhältnis begründet. Der vom Arbeitnehmer geschuldete Beschäftigungsumfang ist in einem solchen Fall unter Rückgriff auf Tarifrecht zu bestimmen.³²

Ist im Arbeitsvertrag zB eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden mit der Verpflichtung vereinbart, dass der Arbeitnehmer im gesetzlichen Rahmen Mehrarbeit zu leisten hat, ist bei der Ermittlung der Anzahl von Überstunden keine monatliche Betrachtungsweise zugrunde zu legen. Zwar knüpfen die Parteien mit den verwendeten Termini „regelmäßige Arbeitszeit“ und „Mehrarbeit“ an die im ArbZG nicht mehr enthaltene Begrifflichkeit der Arbeitszeitordnung (AZO) an, die in bestimmten Fällen in § 3 eine regelmäßige Arbeitszeit von 8 Stunden werktäglich und in den §§ 6 ff. darüber hinausgehende Mehrarbeit vorsah. Jedoch verdeutlichen die Parteien mit einer solchen Regelung, dass die vergütungsrelevante Arbeitszeit nicht starr 48 Wo-

chenstunden betragen, sondern in dem arbeitszeitrechtlich erlaubten Umfang durchschnittlich geschuldet sein soll.³³

Wird im Arbeitsvertrag keine ausdrückliche Vereinbarung über die Normalarbeitszeit getroffen, so ist anzunehmen, dass die Parteien diejenigen Normalarbeitszeiten vereinbaren wollten, die zur Zeit des Abschlusses des Arbeitsvertrages im Betrieb gelten. Inhalt einer solchen Vereinbarung ist, dass die vereinbarte Arbeitsleistung zu den jeweiligen wirksam bestimmten betrieblichen Normalarbeitszeiten zu erbringen ist.³⁴ Fehlen in einem Arbeitsvertrag mit einem leitenden Angestellten iSv § 5 Abs. 3 BetrVG Hinweise auf eine vertraglich geschuldete „normale Arbeitszeit“, ist keine Auslegung dahin möglich, welche Normalarbeitszeit geschuldet ist. Der leitende Mitarbeiter unterliegt nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG nicht den Schutzvorschriften des ArbZG, so dass auch keine regelmäßige Arbeitszeit in Form einer Höchstarbeitszeit feststellbar ist.³⁵ Ist bei einem Arbeitnehmer, der kein leitender Angestellter iSv § 5 Abs. 3 BetrVG ist, durch Auslegung keine kalendertägliche bzw. keine wöchentliche oder keine in anderen Zeitabschnitten geschuldete Normalarbeitszeit ermittelbar, kann der Arbeitgeber die Lage kraft seines Weisungsrechts nach billigem Ermessen innerhalb des im Betrieb üblichen Zeitrahmens gemäß § 106 S. 1 GewO bestimmen. Überstunden werden erst dann geleistet, wenn der Rahmen überschritten ist.³⁶

Ist Vertrauensarbeitszeit vereinbart, schließt allein dieser Umstand weder die Abgeltung eines aus Mehrarbeit des Arbeitnehmers resultierenden Zeitguthabens aus, noch bedeutet sie, dass ein Anspruch auf Vergütung von Überstunden generell nicht bestünde.³⁷

b) Bezugsrahmen

Bei der Prüfung, welche Normalarbeitszeit im Rahmen des individuellen Arbeitsverhältnisses geschuldet ist, ist grundsätzlich immer auch die Frage in den Blick zu nehmen, welcher Ausgleichszeitraum (Bezugsrahmen)³⁸ gilt, weil die Frage, ob Überstunden angefallen sind, in diesen Fällen regelmäßig erst am Ende des Ausgleichszeitraums abschließend beantwortet werden kann, falls im Rahmen des Arbeitsverhältnisses keine anderslautenden Regelungen existieren. Ist vereinbart, dass eine bestimmte Anzahl von Arbeitsstunden durchschnittlich pro Tag, Woche oder bezogen auf einen festgelegten anderen Ausgleichszeitraum erbracht werden muss, fallen Überstunden deshalb erst dann und in dem

23 BAG 6.8.1998 – 6 AZR 177/97, AP BMT-G II § 22 Nr. 1.

24 BAG 23.5.2015 – 5 AZR 602/13, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 55 Rn. 14.

25 BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 54 Rn. 24.

26 BAG 18.4.2012 – 5 AZR 195/11, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 52 Rn. 19.

27 BAG 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 47 Rn. 20.

28 BAG 21.3.2012 – 5 AZR 676/11, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 38 Rn. 20.

29 BAG 24.8.2016 – 7 AZR 625/15, AP TzBfG § 14 Nr. 145 Rn. 16.

30 BAG 9.12.1987 – 4 AZR 584/87, AP TVG § 1 Tarifverträge Nr. 1.

31 BAG 25.3.2015 – 5 AZR 602/13, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 55 Rn. 14.

32 BAG 21.9.2011 – 9 AZR 236/10, AP TzBfG § 9 Nr. 7 Rn. 52.

33 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 56 zu Rn. 34.

34 BAG 23.6.1992 – 1 AZR 57/92, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 1.

35 LAG Nürnberg 24.8.2016 – 2 Sa 201/16, BeckRS 2016, 116545 Rn. 74.

36 BAG 18.4.2012 – 5 AZR 195/11, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 52 Rn. 20.

37 BAG 26.6.2016 – 5 AZR 452/18, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 59 Rn. 31.

38 Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 69, Rn. 7; Reinfelder AuR 2018, 335 (338).

Umfang an, in dem die in diesen Bezugsrahmen durchschnittlich geschuldete Arbeitszeit bezogen auf den Ausgleichszeitraum überschritten worden ist. Es sind daher zB in den Fällen, in denen eine Flexibilisierungsmöglichkeit nach § 21a Abs. 4 ArbZG vereinbart ist, als Überstunden nur die Arbeitszeiten zu berücksichtigen, die innerhalb von 4 Kalendermonaten oder 16 Wochen im Durchschnitt 48 Stunden wöchentlich überschreiten.³⁹

Hat der Arbeitnehmer also in einem festgelegten Bezugsrahmen über die vereinbarte durchschnittliche tägliche, wöchentliche oder monatliche bzw. jährliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet, können Überstunden erst anfallen, wenn die auf den Bezugsrahmen bezogene durchschnittliche Arbeitszeit überschritten wird. Eine andere Betrachtungsweise ließe den Grund für die Vereinbarung des Bezugsrahmens unbeachtet. Jede Überschreitung der Wochenarbeitszeit allein reicht für sich gesehen für das Vorliegen einer Überstunde nicht aus.⁴⁰

Ist ein solcher Bezugsrahmen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nicht von vornherein festgelegt, bestimmt im Überstundenprozess der Arbeitnehmer mit dem Streitzeitraum den Beginn der einschlägigen Ausgleichszeiträume, wobei der Arbeitgeber einwenden kann, mit einem anderen Beginn würden sich rechnerisch keine oder weniger Überstunden ergeben.⁴¹

Gilt aber zB im Rahmen des Arbeitsverhältnisses eine Jahresarbeitszeit als vereinbart, betrifft die vereinbarte Entgeltzahlungspflicht zunächst ebenfalls (nur) die Vergütung der vereinbarten Jahresarbeitszeit. Als Überstunden sind dann nur die Arbeitszeiten zu berücksichtigen, die eine in diesem Zusammenhang etwa festgelegte durchschnittliche wöchentliche oder monatliche oder in einem anderen festgelegten Zeitraum durchschnittlich festgelegte Arbeitszeit überschreiten.⁴² Arbeitnehmer, die in einem über einen längeren Zeitraum festgelegten Arbeitszeitmodell Mehrarbeit leisten, gewähren dem Arbeitgeber wirtschaftlich betrachtet ein Darlehen.⁴³ Die Besonderheit solcher Monats-, Quartals- bzw. Jahresarbeitszeitmodelle liegt in einer erweiterten Ausgleichsmöglichkeit geleisteter Arbeitszeit, die über die durchschnittlichen täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Durchschnittswerte hinausgehen. Dies trägt dazu bei, dass die über die im Monats-, Quartals- bzw. Jahresarbeitszeitmodell geleistete durchschnittliche Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit im geringeren Umfang anfällt als bei kürzeren Arbeitszeitmodellen.

III. Verpflichtung zum Ableisten von Überstunden

1. Weisungsrecht

Grundsätzlich muss der Arbeitnehmer nur diejenige Normalarbeitszeit leisten, die vertraglich geschuldet ist. Der Arbeitgeber kann ihn nicht einseitig verpflichten, eine über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung zu erbringen. Das Weisungsrecht nach § 106 S. 1, 2 GewO, das Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung sowie die Ordnung und Verhalten im Betrieb betrifft, erfasst nämlich nicht die Dauer der Arbeitsleistung.⁴⁴ Denn insoweit handelt es sich um die Vergütung der vereinbarten Normalarbeitszeit. Das Weisungsrecht erstreckt sich nicht auf die Bestandteile des Austauschverhältnisses, also die Höhe des Entgelts und den Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung.⁴⁵ Es beschränkt sich vielmehr wegen der Arbeitszeit darauf, diese näher auszugestalten, also die im Arbeitsverhältnis nur dem Rahmen nach umschriebenen Pflichten des Arbeitnehmers zu konkretisieren.

2. Vertragliche Verpflichtung

a) Abrede über Anordnungsbefugnis

Soll der Umfang der vom Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis geschuldeten Arbeitszeit jedoch aufgrund einseitiger Anordnung des Arbeitgebers im Rahmen des Direktionsrechts verpflichtend überschritten werden können, bedarf es einer entsprechenden vertraglichen Abrede. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis ohne Verpflichtung zur Leistung von Überstunden fortlaufend der Anordnung des Arbeitgebers zur Leistung von Überstunden in der Vergangenheit entsprochen hat, weil die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber – auch längere Zeit – über die vertraglich vorgesehene Normalarbeitszeit eingesetzt wird, für sich genommen noch keine einvernehmliche Vertragsänderung beinhaltet.⁴⁶

aa) Prinzipiell bestehen sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum keine rechtlichen Bedenken gegen eine Regelung, die eine rechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Arbeit über die geschuldete Normalarbeitszeit hinaus vorsieht, die der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts anweist.⁴⁷ Als Individualabrede ist eine solche Abrede an § 138 BGB, besonders unter dem Gesichtspunkt des in § 138 Abs. 2 BGB angesprochenen Lohnwuchers zu messen. Hier sind Fallkonstellationen angesprochen, bei denen sich die Sittenwidrigkeit aus anderen als in §§ 307 ff. BGB genannten Gründen ergibt,⁴⁸ etwa wenn sie auf eine sittenwidrige Benachteiligung Dritter abzielt oder wenn die Hauptabreden zu kontrollieren sind, die einer AGB-Kontrolle nicht zugänglich sind. Unter AGB-Gesichtspunkten sind solche Vereinbarungen in der Regel nicht überraschend⁴⁹ und unterfallen als Hauptleistungsabrede regelmäßig nach § 307 Abs. 3 BGB nicht der Inhalts-, sondern (nur) der Transparenzkontrolle.

Grundsätzlich muss in diesem Zusammenhang eine Verpflichtung zur Ableistung von Überstunden eine hinreichende Quantifizierung enthalten, die dem Arbeitnehmer deutlich macht, „was auf ihn zukommt“. Dabei ist es unter Transparenz-Gesichtspunkten nicht erforderlich, auch die Voraussetzungen im Einzelnen zu regeln, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen eine solche arbeitgeberseitige Weisung zur Leistung von Überstunden erfolgen darf und wie die zusätzlich geschuldete Leistung zu vergüten ist.⁵⁰ Werden solche Regelungen aufgenommen, die dem Arbeitgeber nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen das Recht einräumen, die Leistung von Überstunden anweisen zu dürfen, können sie

39 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 56 Rn. 34 f.

40 BAG 11.11.1997 – 9 AZR 566/96, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 25.

41 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 56 Rn. 35.

42 Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 69, Rn. 7; BAG 11.11.1997 – 9 AZR 566/96, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 25.

43 BAG 19.12.2018 – 10 AZR 231/18, AP TzBfG § 4 Nr. 27 Rn. 30; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang, 20. Aufl. 2023, § 160 Rn. 53.

44 Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Lembke, 11. Aufl. 2024, GewO § 106 Rn. 34 f.; MHdB ArbR/Reichold, 5. Aufl. 2021, § 40 Rn. 70.

45 BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, AP GewO § 106 Nr. 3 Rn. 17.

46 BAG 22.4.2009 – 5 AZR 133/08, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Rn. 13.

47 Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Lembke, 11. Aufl. 2024, GewO § 106 Rn. 78; Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 45 Rn. 43; vgl. BAG 12.3.1992 – 6 AZR 311/90, AP BeschFG 1985 § 4 Nr. 1; BAG 14.8.2007 – 9 AZR 18/07, AP ATG § 6 Nr. 2; LAG Hamm 1.10.2014 – 3 Sa 706/14 Rn. 104.

48 LAG München 26.10.2010 – 6 Sa 595/10, BeckRS 2012, 71108 Rn. 63.

49 BAG 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, AP BGB § 307 Nr. 62 Rn. 17 ff.

50 BAG 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, AP BGB § 307 Nr. 62 Rn. 23.

bei der Ausübung des Direktionsrechts die Grenzen des generell einzuhaltenden billigen Ermessens (erheblich) einschränken.⁵¹

Oft finden sich solche Regelungen, die eine rechtliche Verpflichtung zur Leistung von über die Normalarbeitszeit gelegenen Arbeitszeiten vorsehen, auch in Kollektivvereinbarungen. So sieht zB § 6 Abs. 5 TVöD/TVL eine nach Vollzeitbeschäftigten und Teilzeitbeschäftigten differenzierende Verpflichtung zur Leistung von Überstunden vor. Ähnliche Regelungen finden sich zB in § 31 Abs. 4 Manteltarifvertrag für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalen vom 8.4.2018 idF vom 4.11.2022.

Grenzen für die Ausübung des Weisungsrechts finden sich in § 4 MuSchG, dessen Beschäftigungsverbote zwingend sind und auch durch ein Einverständnis des Arbeitnehmers nicht beseitigt werden.⁵² Darüber hinaus gibt § 207 SGB IX dem schwerbehinderten Arbeitnehmer einen Anspruch auf Befreiung von Mehrarbeit. Mehrarbeit iSd Vorschrift ist die über die normale gesetzliche Arbeitszeit von 8 Stunden täglich (§ 3 S. 1 ArbZG) einschließlich etwaiger Beschäftigungsdienste hinaus geleistete Arbeit, nicht aber die über die regelmäßige tarifliche Arbeitszeit oder die individuelle (Teilzeit-)Arbeitszeit des Schwerbehinderten hinausgehende tägliche Arbeitszeit.⁵³

bb) Häufig sind in diesem Zusammenhang in der Praxis auch Regelungen anzutreffen, die einerseits die Befugnis zur Anordnung von Überstunden vorsehen, diese aber mit Bestimmungen kombinieren, die eine Pauschalvergütung für die in diesem Zusammenhang geleisteten Überstunden vorsehen.⁵⁴ Solche Abgeltungsklauseln wollen die Leistung von Überstunden durch eine Pauschale abgelden und sind – wenn sie den gesetzlichen Mindestlohn ausnehmen – nur wirksam, wenn der Arbeitnehmer aus dem Regelungszusammenhang erkennen kann, was ggf. auf ihn zukommt und welche Leistung er in zeitlicher Hinsicht maximal für die vereinbarte Vergütung erbringen muss.⁵⁵

cc) Im Zusammenhang mit der Durchführung von Überstunden sind nur wenige Fallgestaltungen denkbar, bei denen die Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht gegeben ist (näher hierzu V.). Da fast alle Fälle der Verständigung zwischen den Betriebspartnern bedürfen, bietet es sich in den Fällen, in denen die Tarifsperrung des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht entgegensteht, zweckmäßigerweise an, das Thema Anordnung und Durchführung von Überstunden in einer Betriebsvereinbarung zu regeln. Eine sich aus einer Betriebsvereinbarung ergebende Berechtigung des Arbeitgebers, einseitig die Pflicht zur Leistung von Überstunden anzuordnen, verstößt nicht gegen § 77 Abs. 3 BetrVG, soweit sie der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt. Voraussetzung ist insoweit allerdings, dass keine zwingende tarifliche Regelung besteht, an die der Arbeitgeber gebunden ist. Jede tarifliche Regelung, an die der Arbeitgeber gebunden ist, verdrängt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats insgesamt auch hinsichtlich anderweitig oder nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern und nicht nur für solche, die an den die Sperrwirkung auslösenden Tarifvertrag gebunden sind.⁵⁶ Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Regeln zur Durchführung von Überstunden können die Betriebspartner für jede in Betracht kommende Überstundenkonstellation die mitbestimmungspflichtigen Voraussetzungen bzgl. der Pflicht zur Leistung von Überstunden im Einzelnen regeln oder sich mit der Regelung von Kriterien und Grundsätzen darüber begnügen, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die Anordnung von Überstunden soll anordnen dürfen. So sind flexible und gleich-

zeitig arbeitnehmergerechte Gestaltungsmöglichkeiten denkbar.⁵⁷

dd) Die Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung von Überstunden kann auch die Durchführung von Reisezeiten oder das Anlegen von Arbeitskleidung betreffen. Das setzt allerdings voraus, dass Reise- bzw. Ankleidezeiten in dem Arbeitsverhältnis als Arbeitszeit zu bewerten sind. Das lässt sich nicht generell beurteilen, sondern hängt nach der Rechtsprechung vom Bestehen einer berechtigten Vergütungserwartung ab.⁵⁸

ee) Überhaupt ist bei der Prüfung der Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung von Überstunden auch immer besonderes Augenmerk auf die Frage zu legen, wann konkret „Arbeitszeit“ vorliegt.⁵⁹ Nach einer Entscheidung des EuGH ist zB die einschlägige europarechtliche Regelung zum Begriff der „Arbeitszeit“ in Art. 2 der (Arbeitszeit-)Richtlinie 2003/88/EG – und damit letztlich auch die nationalrechtliche Bestimmung zur Arbeitszeit in § 3 ArbZG – dahin auszulegen, dass eine „Bereitschaftszeit“, die ein Arbeitnehmer zu Hause verbringt und während deren er der Verpflichtung unterliegt, einem Ruf des Arbeitgebers zum Einsatz innerhalb von 8 Minuten Folge leisten zu sollen, wodurch die Möglichkeit, anderen Tätigkeiten während der Bereitschaftszeiten nachzugehen, erheblich eingeschränkt ist, vollständig als „Arbeitszeit“ anzusehen ist.⁶⁰ Deshalb dürfte davon auszugehen sein, dass dort, wo zB eine Rufbereitschaft mit der Anordnung verbunden ist, innerhalb enger Zeitvorgaben am Arbeitsplatz erscheinen zu müssen, auch die inaktiven Zeiten – wie beim Bereitschaftsdienst – als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes anzusehen sind.

ff) Erlaubt ein Tarifvertrag dem Arbeitgeber die einseitige Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit, erbringt der Arbeitnehmer bis zu dem vom Arbeitgeber zulässigerweise festgesetzten Ausmaß keine Überstunden,⁶¹ soweit dabei die geschuldete regelmäßige Arbeitszeit nicht überschritten wird. Vereinbaren die Parteien beispielsweise ein Monatsentgelt, muss der Arbeitnehmer dafür grundsätzlich gemäß § 611a Abs. 1 BGB die für einen Monat zugesagte Arbeitsleistung zu den vereinbarten (betrieblichen) normalen Arbeitszeiten erbringen. Eine über diesen Umfang hinausgehende Arbeitsleistung ist Überstunde, wenn die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.

gg) Ist Arbeit auf Abruf vereinbart, die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit aber nicht festgelegt, gilt grundsätzlich nach § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG eine Arbeitszeit von 20 Stunden wöchentlich als vereinbart. Eine Abweichung davon kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nur dann angenommen werden, wenn die gesetzliche Regelung nicht sachgerecht ist und objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen,

51 Wensing/Boensch BB 2014, 2358.

52 Vgl. BAG 24.6.1960 – 1 AZR 96/58, BAGE 9, 300.

53 Vgl. BAG 27.7.2021 – 9 AZR 448/20, AP SGB IX 2018 § 164 Nr. 5 Rn. 25.

54 Vgl. BAG 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 62.

55 BAG 18.11.2015 – 5 AZR 751/13, AP BGB § 138 Nr. 72 Rn. 23.

56 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125 Rn. 43 u. 65.

57 Vgl. BAG 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 111; BAG 9.7.2013 – 1 ABR 19/12, AP BetrVG § 87 Arbeitszeit Nr. 130.

58 BAG 3.9.1997 – 5 AZR 428/96, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise.

59 Schiefer DB 2022, 2730.

60 EuGH 21.2.2018 – C-518/15, AP Nr. 22 zu Richtlinie 2003/88/EG – Matzak.

61 BAG 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, AP TVG § 4 Arbeitszeit Nr. 2.

die Parteien hätten bei Vertragsschluss übereinstimmend eine andere Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit gewollt.⁶²

b) Rücksichtnahmepflicht

Eine Pflicht zur Ableistung von Überstunden kommt ohne Bestehen einer entsprechenden einzel- oder kollektivvertraglichen Verpflichtung dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB (früher als Treuepflicht bezeichnet) zur Ableistung von Überstunden verpflichtet ist, weil der Arbeitgeber sich in einer Notlage befindet, die anders nicht beseitigt werden kann.⁶³ Das folgt allerdings nicht aus einer analogen Anwendung von § 14 ArbZG. Eine Analogie ist nämlich nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält, dh es muss ein unbeabsichtigtes Abweichen des Gesetzgebers von seinem dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zugrunde liegenden Regelungsplan vorliegen. Darüber hinaus muss der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen, wie beim Erlass der herangezogenen Norm, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen.⁶⁴ Danach scheidet eine Analogie schon wegen des unterschiedlichen Regelungsziels von § 14 ArbZG und § 315 BGB aus. Während § 14 ArbZG eine Regelung des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer darstellt (vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG), geht es bei § 315 BGB um die Frage, inwieweit der Arbeitgeber einseitig Vorgaben zu Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung sowie zu Ordnung und Verhalten im Betrieb machen kann. Das ändert aber nichts daran, dass sich die in § 14 ArbZG enthaltene Wertung bei der Frage, wann der Arbeitgeber ausnahmsweise auch ohne eine entsprechende einzel- oder kollektivvertragliche Regelung einseitig Überstunden anordnen kann, übertragen lässt. Wenn es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes sogar gerechtfertigt ist, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Anordnung von Überstunden in Extremfällen zu verneinen bzw. einzuschränken (s. hierzu unter V.),⁶⁵ ist im Hinblick auf die vom Gesetzgeber getroffene Wertung in § 14 ArbZG in solchen Fällen auch eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden anzunehmen, selbst wenn im Rahmen des Arbeitsverhältnisses eine Befugnis des Arbeitgebers zur Anweisung von Überstunden nicht vereinbart ist. Das dürfte auch bei einem vom Arbeitgeber nicht vorhersehbaren hohen Krankenstand in Betracht kommen.

c) Ankündigungsfrist

Eine gesetzliche Ankündigungsfrist für Überstunden gibt es nicht. Insbesondere ist die Regelung in § 12 Abs. 3 S. 2 TzBfG nicht anwendbar.⁶⁶ Denn bei der Anordnung von Überstunden handelt es sich nicht um eine von § 12 TzBfG geregelte Abrufarbeit, sondern um eine Abweichung von der regelmäßigen Arbeitszeit. Wegen des Fehlens einer Regelungslücke kommt auch eine analoge Anwendung von § 12 TzBfG insoweit nicht in Betracht (vgl. zur Analogie auch die Ausf. unter III. 2.b). Der Arbeitgeber muss allerdings bei der Ausübung des (vereinbarten) Bestimmungsrechts die Grundsätze billigen Ermessens wahren, was ihn verpflichtet, eine angemessene Ankündigungsfrist einzuhalten, sofern dies möglich ist. Eine solche Obliegenheit folgt zudem aus der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB. Hieraus lässt sich zwar möglicherweise kein einklagbares Recht des Arbeitnehmers ableiten, es berechtigt ihn aber, bei einer zu kurzfristig erfolgten Anordnung die Leistung von Überstunden zu verweigern.⁶⁷

IV. Anspruch des Arbeitnehmers auf Ableisten von Überstunden

Auf der anderen Seite besteht nur ausnahmsweise eine Pflicht des Arbeitgebers, Überstunden anzuordnen. Ohne Bestehen einer einzel- oder kollektivvertraglichen Verpflichtung zur Leistung von Überstunden kann eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung von Überstunden in Betracht kommen, wenn der Arbeitgeber zB nach § 612a BGB dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber verpflichtet ist, ihm über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit zuzuweisen.⁶⁸ Außerdem kann der Arbeitgeber im Einzelfall nach den Grundsätzen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Zuweisung von über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit verpflichtet sein.⁶⁹

Ansonsten besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf die Anordnung, Billigung oder Duldung von Überstunden grundsätzlich nicht. Insbesondere folgt aus einem regelmäßigen Ableisten von Überstunden kein Anspruch des Arbeitnehmers auf die Anordnung einer weiterhin erhöhten Arbeitszeit. Allein der Umstand, dass ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber – auch längere Zeit – unter Überschreitung der vertraglich vorgesehenen Normalarbeitszeit eingesetzt wird, beinhaltet für sich genommen noch keine einvernehmliche Vertragsänderung, die eine Verpflichtung zur Leistung von Überstunden für den Arbeitnehmer bzw. eine Verpflichtung zur Zuweisung von Überstunden für den Arbeitgeber begründet.⁷⁰ Denn das regelmäßige Abrufen einer über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeit kann – vom Empfängerhorizont des Arbeitnehmers aus gesehen – nur dann als Angebot auf Änderung des Arbeitsvertrages ausgelegt werden, wenn der Arbeitgeber eine entsprechende Verpflichtung eingehen will, was im Zweifel aber nicht anzunehmen ist. Aus denselben Gründen entsteht durch eine solche Praxis auch keine entsprechende betriebliche Übung.⁷¹

V. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

Grundsätzlich können Tarifvertragsparteien vorgeben, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Arbeitgeber überhaupt Überstunden einführen darf, sodass insoweit für eine Mitbestimmung des Betriebsrats kein Raum mehr bliebe.⁷²

Die Anordnung von Überstunden unterliegt aber ansonsten grundsätzlich dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Hierbei handelt es sich um

62 BAG 18.10.2023 – 5 AZR 22/23, AP TzBfG § 12 Nr. 6 Rn. 24.

63 LAG-Mecklenburg-Vorpommern, 18.12.2014 – 5 TaBv 7/14, BeckRS 2015, 67336 Rn. 48; ArbG Leipzig 4.2.2003 – 7 Ca 6866/02, NZA-RR 2003, 365.

64 Vgl. etwa BAG 14.10.2021 – 8 AZR 96/20, AP BetrAVG § 1a Nr. 5 Rn. 36.

65 BAG 20.3.2018 – 1 ABR 70/16, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 185 Rn. 29; BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79.

66 So die hM Erk/Preis, 24. Aufl. 2024, TzBfG § 12 Rn. 11 mwN; MüKoBGB/Müller-Glöge, 9. Aufl. 2021, TzBfG § 12 Rn. 10.; aA Kitten/Zwanziger/Deinert/Henschmid ArbR-HdB/Zwanziger, 10. Aufl. 2019, TzBfG § 12 Rn. 5; ArbG Frankfurt 26.11.1998 – 2 Ca 4267/98, NZA-RR 1999, 357.

67 Oftengelassen von LAG Hamm 19.6.2013 – 10 Sa 1776/12, BeckRS 2013, 70616.

68 BAG 7.11.2002 – 2 AZR 742/00, AP BGB § 615 Nr. 100 Rn. 30.

69 BAG 7.11.2002 – 2 AZR 742/00, AP BGB § 615 Nr. 100 Rn. 34 ff.

70 BAG 22.4.2009 – 5 AZR 133/08, AP BGB § 611 Mehrarbeitsverpflichtung Nr. 51 Rn. 13; BAG 25.4.2007 – 5 AZR 504/06, AP BGB § 615 Nr. 121 Rn. 12.

71 Vgl. BAG 21.6.2011 – 9 AZR 236/10, AP TzBfG § 9 Nr. 7 Rn. 57.

72 BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79.

eine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Betriebsübliche Arbeitszeit iSv § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist die im Betrieb regelmäßig geleistete Arbeitszeit. Maßgeblich ist dabei aber nach der Rechtsprechung des BAG – anders als der Wortlaut der Norm nahelegt – der vertraglich geschuldete regelmäßige zeitliche Umfang der Arbeitsleistung. Daher ist die betriebsübliche Arbeitszeit iSv § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in einem Betrieb nicht notwendig einheitlich, sondern kann je nach Vereinbarung für verschiedene Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen unterschiedlich sein.⁷³ Bei Teilzeitbeschäftigten ist betriebsübliche Arbeitszeit deren regelmäßig verkürzte Arbeitszeit.⁷⁴

Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf alle im Zusammenhang mit Überstunden anfallenden Fragen, dh ob, in welchem Umfang und wann von welchem Arbeitnehmer länger gearbeitet werden soll. Ohne Beteiligung des Betriebsrats darf der Arbeitgeber auch keine freiwillig geleisteten Überstunden entgegennehmen.⁷⁵

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats setzt allerdings einen kollektiven Tatbestand voraus.⁷⁶ Bei individuellen Regelungen ohne kollektiven Bezug greift es nicht ein. Dabei liegt ein kollektiver Tatbestand immer dann vor, wenn sich eine Regelungsfrage stellt, die kollektive Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berührt. So ist bei einem zusätzlichen Arbeitsbedarf immer die Frage zu regeln, ob und in welchem Umfang zur Abdeckung dieses Arbeitsbedarfes Überstunden geleistet werden sollen oder ob die Neueinstellung eines Arbeitnehmers zweckmäßiger wäre. Weiter ist zu entscheiden, wann und von wem die Überstunden geleistet werden sollen. Diese Regelungsprobleme bestehen unabhängig von der Person und den individuellen Wünschen eines einzelnen Arbeitnehmers. Auf die Zahl der Arbeitnehmer, für die Mehrarbeit oder Überstunden angeordnet werden, kommt es deshalb nicht an. Die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer ist allenfalls ein Indiz dafür, dass ein kollektiver Tatbestand vorliegt. Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht dagegen dort, wo es um die Gestaltung konkreter Arbeitsverhältnisse geht und wo besondere, nur den einzelnen Arbeitnehmer betreffende Umstände die Maßnahme veranlassen oder inhaltlich bestimmen.⁷⁷

Bei Vorliegen eines kollektiven Tatbestandes ist auch die Duldung von Arbeitnehmern geleisteter Überstunden mitbestimmungspflichtig. Von einer Duldung ist regelmäßig auszugehen, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis der Überstundenleistungen durch Arbeitnehmer untätig bleibt und diese über einen längeren Zeitraum hinnimmt, zB wenn Monat für Monat eine Vielzahl von Arbeitnehmern immer wieder in erheblichem Maße Überarbeit leistet und der Arbeitgeber diese Stunden „entgegennimmt und bezahlt“ oder es die betrieblich-organisatorischen Gründe bedingen, dass Arbeitnehmer häufig über das mitbestimmt festgelegte Schichtende hinaus arbeiten und diese Mehrarbeit „angenommen und vergütet“ wird.⁷⁸

Problematisch ist, ob auch das bloße Reisen bei einer Dienstreise außerhalb der normalen Arbeitszeit des Arbeitnehmers mitbestimmungspflichtig ist. Das Bundesarbeitsgericht hat dies verneint.⁷⁹ Richtigerweise wird man demgegenüber mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zu Bereitschaftszeiten annehmen müssen, dass auch die auf Anweisung des Arbeitgebers in einem öffentlichen Verkehrsmittel verbrachte Reisezeit generell als Arbeitszeit zu werten ist, weil sie fremdnützig ist und der Arbeitnehmer sich auf einer vom Arbeitgeber angeordneten Dienstreise nicht beliebig weit in seine individuelle Sozialsphäre zurückziehen kann.⁸⁰

Nicht mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist die Abgeltung von Überstunden⁸¹ oder der Wegfall von bisher regelmäßig geleisteten Überstunden.⁸²

Ferner greift das Mitbestimmungsrecht nicht ein bei Notfällen. Ein solcher Notfall kann etwa in einer unvorhersehbaren Situation gegeben sein, in der ein Betriebsrat entweder nicht erreichbar oder nicht zur rechtzeitigen Beschlussfassung in der Lage ist, der Arbeitgeber aber sofort handeln muss, um vom Betrieb oder den Arbeitnehmern nicht wiedergutzumachende Schäden abzuwenden.⁸³ Dagegen besteht das Mitbestimmungsrecht auch in Eilfällen. Es entfällt also nicht allein deshalb, weil die vom Arbeitgeber beabsichtigte Maßnahme eilbedürftig und eine rechtzeitige Zustimmung des Betriebsrats aus Zeitgründen kaum zu erlangen ist.⁸⁴ In diesem Zusammenhang ist es aber zulässig, wenn eine Betriebsvereinbarung für bestimmte Fälle ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers vorsieht, sofern dadurch das Mitbestimmungsrecht nicht in seiner Substanz beeinträchtigt wird. Wirksam ist eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung, wonach der Betriebsrat seine Zustimmung zur Anordnung von Mehrarbeit für bestimmte, eng umgrenzte Fallkategorien, etwa für nicht vorhersehbare und planbare Verkaufsvorbereitungs- und Abschlussarbeiten vor oder nach Ladenschluss, im Voraus erteilt.⁸⁵

Nach ganz herrschender Auffassung ist die Wahrung des Mitbestimmungsrechts in sozialen Angelegenheiten Wirksamkeitsvoraussetzung für die betreffende Maßnahme. Die Anordnung von Überstunden ist also unwirksam, wenn der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht beachtet hat. Der Arbeitnehmer muss die angeordneten Überstunden nicht ableisten.⁸⁶ Zum Vergütungsanspruch, falls der Arbeitnehmer dies gleichwohl tut, s. die Ausführungen unter VI.1.a).

VI. Vergütungspflicht

Bei der Vergütungspflicht ist zu unterscheiden zwischen der Grundvergütung und einem eventuellen Überstundenzuschlag. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die

73 BAG 24.4.2007 – 1 ABR 47/06, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 124 BetrVG Rn. 16.

74 BAG 24.4.2007 – 1 ABR 47/06, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 124 BetrVG Rn. 16.

75 BAG 27.11.1990 – 1 ABR 77/89, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 41.

76 BAG 28.7.2020 – 1 ABR 18/19, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 148 Rn. 16; BAG 27.11.1990 – 1 ABR 77/89, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 41.

77 BAG 10.6.1986 – 1 ABR 61/84, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 18.

78 BAG 28.7.2020 – 1 ABR 18/19, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 148 Rn. 16.

79 BAG 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 121 Rn. 26.

80 Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, 20. Aufl. 2023, § 235 Rn. 51; ErfK/Preis, 24. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 561; Lunk NZA 2022, 881.

81 BAG 22.8.2017 – 1 ABR 24/16, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 141 Rn. 25.

82 BAG 25.10.1977 – 1 AZR 452/74, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 1.

83 BAG 20.3.2018 – 1 ABR 70/16, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 185 Rn. 39; BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79.

84 BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79.

85 BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79; BAG 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP ArbGG 1979 § 81 Nr. 8; vgl. zu § 87 I Nr. 2 BetrVG; BAG 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 145 Rn. 33.

86 Fitting, BetrVG, 31. Aufl. 2022, § 87 Rn. 605; Richardi, BetrVG/Maschmann, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 87 Rn. 416; ErfK/Kania, 24. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rn. 139; BAG 13.7.1977 – 1 AZR 336/75, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 2.

Vergütung von Überstunden gibt es nicht, erst recht keine Regelung, die einen bestimmten Überstundenzuschlag vorsieht.

1. Vergütungspflicht für zusätzliche Arbeitszeiten

a) Vergütungserwartung

Die Vergütungspflicht für Überstunden folgt nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur aus § 612 Abs. 1 BGB.⁸⁷ 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.⁸⁸ Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche objektive Vergütungserwartung besteht regelmäßig insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer keine Dienste höherer Art schuldet und keine deutlich herausgehobene, über der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung liegende Vergütung erhält.⁸⁹ Weitere Voraussetzung eines Anspruchs auf Vergütung von Überstunden ist, dass der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden veranlasst hat oder sie ihm zumindest zuzurechnen ist. Letzteres erfordert, dass die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sind.⁹⁰

Die Vergütungspflicht besteht auch dann, wenn der Arbeitnehmer mit der Ableistung der Überstunden die normale gesetzliche Arbeitszeit überschreitet, also im Sinne der klassischen Definition Mehrarbeit leistet und auch dann, wenn eine unzulässige Überschreitung der zulässigen Höchst-arbeitszeit nach dem ArbZG vorliegt.⁹¹ In diesem Fall ist eine entsprechende Arbeitszeitvereinbarung allerdings gemäß § 134 BGB unwirksam. Der Schutzzweck des ArbZG verlangt aber nicht, dem Arbeitnehmer keine Vergütung für Arbeitsleistungen zu gewähren, die der Arbeitgeber über die gesetzlich zulässigen Höchstgrenzen hinaus in Anspruch genommen hat.

Ferner steht es dem Vergütungsanspruch nicht entgegen, wenn der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Nr. 3 BetrVG bei der Anordnung von Überstunden verletzt hat. Zwar ist die Wahrung des Mitbestimmungsrechts in sozialen Angelegenheiten nach ganz herrschender Auffassung Wirksamkeitsvoraussetzung für die betreffende Maßnahme (s. V.). Daraus folgt aber noch nicht, dass der Entgeltanspruch entfällt, wenn der Arbeitnehmer die unter Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats angeordneten Überstunden gleichwohl tatsächlich arbeitet. Der Entgeltanspruch entsteht vielmehr aufgrund der erbrachten – zusätzlichen – Arbeitsleistung und ist damit unabhängig von der Beachtung der kollektivrechtlichen Norm des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.⁹² Im Übrigen wäre es dem Arbeitgeber auch gem. § 242 BGB verwehrt, sich zur Abwehr eines Entgeltanspruchs gegenüber dem Arbeitnehmer auf sein eigenes rechtswidriges Verhalten zu berufen.

Die Vergütungspflicht für Überstunden gilt auch bei einer Vertrauensarbeitszeit. Durch die Vertrauensarbeitszeit entfällt nicht die Pflicht des Arbeitnehmers, eine bestimmte Arbeitszeit abzuleisten. Die Einhaltung dieser Verpflichtung wird lediglich nicht kontrolliert.⁹³ Wenn es der Arbeitnehmer durch den Umfang der vom Arbeitgeber zugewiesenen Arbeit allerdings nicht mehr in der Hand hat, „Überstunden“ durch die Selbstbestimmung von Beginn und Ende der

täglichen Arbeitszeit „auszugleichen“, sind diese – soweit sie nicht auf einem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben werden (nach § 611 Abs. 1, § 611a Abs. 2 BGB bzw. bei einer fehlenden ausdrücklichen Vergütungsvereinbarung nach § 612 Abs. 1 BGB) zu vergüten.⁹⁴

Grundsätzlich vergütungspflichtig – bei einer entsprechenden Vergütungserwartung – sind Überstunden auch bei außertariflichen Angestellten, also Arbeitnehmern, die aufgrund ihrer Tätigkeitsmerkmale oder aufgrund ihrer Vergütungshöhe von dem persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages nicht erfasst werden.⁹⁵

Bei leitenden Angestellten wird im Allgemeinen ein erhöhtes Maß an Arbeitsleistung erwartet. Sie können nur dann die Vergütung von Überstunden verlangen, wenn ihre Bezüge lediglich auf eine bestimmte Arbeitszeit zugeschnitten oder wenn ihnen nicht nur vorübergehend zusätzliche Aufgaben außerhalb ihres eigenen Aufgabenbereiches übertragen oder wenn ihnen diese besonders zugesagt wird.⁹⁶ Eine Vergütungserwartung gem. § 612 Abs. 1 BGB, dass Überstunden gesondert zu bezahlen sind, besteht für sie – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – regelmäßig nicht.

Die Arbeitsvertragsparteien können – ebenso wie dies in Tarifverträgen möglich ist – einen Freizeitausgleich anstelle einer Überstundenvergütung vereinbaren.⁹⁷ Das BAG hat ausdrücklich entschieden, dass es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz gibt, wonach Mehrarbeit nicht durch bezahlte Freizeit ausgeglichen werden dürfe und stets in der Abrechnungsperiode, in der sie geleistet wurde, zu vergüten sei.⁹⁸ Die Möglichkeit eines Ausgleichs geleisteter Überstunden durch Freizeit kommt aber nur bei Bestehen einer entsprechenden (tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen) Vereinbarung in Betracht; fehlt es hieran, kann der Arbeitgeber einen bereits entstandenen Anspruch auf Vergütung für geleistete Überstunden nicht einseitig durch Anordnung des Arbeitgebers durch Freistellung von der Arbeit erfüllen.⁹⁹ Der Freizeitausgleich kann zum einen in der Weise erfolgen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Ausgleich geleisteter Überstunden von der Arbeit freistellt. Zum anderen kann er in der Weise erfolgen, dass der Arbeitnehmer durch

- 87 BAG 24.8.2016 – 5 AZR 129/16, AP ArbZG § 3 Nr. 10 Rn. 43; BAG 25.3.2015 – 5 AZR 602/13, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 55 Rn. 17; BAG 18.5.2011 – 5 AZR 181/10, AP ZPO § 253 Nr. 57 Rn. 17; Schaub ArbR-HdB/Link, 20. Aufl. 2023, § 69 Rn. 8; ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, BGB § 611a Rn. 458; Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Thüsing, 11. Aufl. 2024, BGB § 612 Rn. 23.
- 88 BAG 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, APBGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 62 Rn. 20; BAG 25.3.2015 – 5 AZR 602/13, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 55 Rn. 17; BAG 18.5.2011 – 5 AZR 181/10, AP ZPO § 253 ZPO Rn. 17.
- 89 BAG 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 62 Rn. 20.
- 90 BAG 17.8.2021 – 1 AZR 175/20, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 58 Rn. 16; kritisch zu diesem Erfordernis Heuschmid NJW 2019, 1853; Temming NZA 2021, 1433.
- 91 BAG 24.8.2016 – 5 AZR 129/16, AP ArbZG § 3 Nr. 10 Rn. 48; ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, BGB § 611a Rn. 458.
- 92 Richardi, BetrVG/Maschmann, 17. Aufl. 2022, § 87 Rn. 417.
- 93 BAG 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 42 Rn. 26.
- 94 BAG 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 59 Rn. 31.
- 95 BAG 18.11.2020 – 5 AZR 21/20, AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. Rn. 22.
- 96 So schon BAG 17.11.1966 – 5 AZR 225/66, AP BGB § 611 Leitende Angestellte Nr. 1 zu § 611; vgl. auch LAG Nürnberg 24.8.2016 – 2 Sa 201/16, BeckRS 2016, 116545 Rn. 87.
- 97 BAG 18.9.2001 – 9 AZR 307/00, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 37 Rn. 15.
- 98 BAG 17.12.2014 – 5 AZR 663/13, AP BGB § 138 Nr. 70 Rn. 20.
- 99 BAG 18.9.2001 – 9 AZR 307/00, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 37.

Gestaltung der Arbeitszeit selbst für einen Ausgleich sorgt. Eine solche Vereinbarung ist allerdings dann unwirksam, wenn der Freizeitausgleich aus in der Sphäre des Arbeitgebers liegenden Gründen nicht möglich ist oder das zugewiesene Arbeitspensum einen Ausgleich nicht zulässt.¹⁰⁰ Ein Anspruch auf Überstundenvergütung besteht ferner immer dann, wenn ein Freizeitausgleich aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist.¹⁰¹

Grundsätzlich zulässig sind Vertragsklauseln, die eine pauschale Vergütung von Überstunden vorsehen. Sind diese Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, was in der Praxis der Regelfall ist, müssen sie (als „Preisnebenabrede“) klar und verständlich sein (§ 307 Abs. 3 S. 2 iVm Abs. 1 S. 2 BGB). Das setzt voraus, dass sich aus dem Vertrag ergibt, welche zusätzlichen Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang erfasst sind; der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsabschluss erkennen können, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.¹⁰²

b) Darlegungs- und Beweislast

aa) Erbringt ein Arbeitnehmer Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang, ist der Arbeitgeber nach § 612 Abs. 1 BGB zu deren Vergütung (nur) verpflichtet, wenn er die Leistung von Überstunden veranlasst hat oder sie ihm zumindest zuzurechnen ist. Das ist nach der zutreffenden ständigen Rechtsprechung des BAG dann der Fall, wenn der Arbeitgeber die geleisteten Überstunden angeordnet, gebilligt oder geduldet hat oder die Überstunden jedenfalls notwendig waren, um die geschuldete Arbeit zu erledigen.¹⁰³

Daraus ergibt sich eine zweistufige Ausgestaltung der beim Arbeitnehmer im Überstundenprozess liegenden Darlegungs- und Beweislast. In einer ersten Stufe muss der Arbeitnehmer darlegen und im Falle substantiierten Bestreitens durch den Arbeitgeber beweisen, dass und in welchem Umfang er Überstunden geleistet hat. Das ist in der Praxis bereits häufig keine leichte Aufgabe. Überstundenprozesse finden nämlich während eines laufenden Arbeitsverhältnisses eher selten statt. Kaum ein Arbeitnehmer zieht mit seinem Arbeitgeber vor das Gericht, um von diesem die Vergütung von Überstunden zu verlangen.¹⁰⁴ Diese Scheu wird auf Arbeitnehmerseite meist erst in einem gekündigten oder sonst im Streit stehenden Arbeitsverhältnis und damit oft erst geraume Zeit nach der Ableistung von Überstunden abgelegt, auch wenn eine erfolgreiche Geltendmachung oftmals mit nicht unerheblichen rechtlichen Hindernissen verbunden ist, die sich zB auch aus der Anwendbarkeit von Ausschlussfristen und nicht zuletzt wegen der rechtlichen Anforderungen ergeben, die die Rechtsprechung an die beim Arbeitnehmer liegende Substantiierungslast stellt.¹⁰⁵

Hinzu kommt die bei Prozessbevollmächtigten auf Arbeitnehmerseite nicht immer beliebte, oft mühsame Kleinarbeit bei der Ermittlung der über die Normalarbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeiten, denn im Überstundenprozess muss der Arbeitgeber die oft genug auch länger zurückliegende Leistung von Überstunden entsprechend § 130 Nr. 3 ZPO schriftsätzlich vortragen. Das erfordert grundsätzlich eine ins Einzelne gehende Darlegung, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten der Arbeitnehmer über seine vertraglich geschuldete Normalarbeitszeit hinaus gearbeitet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeitsleistung bereitgehalten hat.¹⁰⁶ Da der Arbeitnehmer seiner in diesem Zusammenhang bestehenden Darlegungslast nicht durch bloße Bezugnahme auf ein dem Schriftsatz beigefügtes und nicht

näher erläutertes Anlagenkonvolut oder Aufzeichnungen wie etwa Überstundenaufstellungen genügen kann, ist hier oftmals mühsame Kleinarbeit erforderlich, um der Substantiierungslast zu genügen.

Wenn damit dem Schriftsatz beigefügte Anlagen den erforderlichen schriftsätzlichen Vortrag nicht ersetzen können, können sie ihn allerdings dennoch erläutern oder sogar belegen. Eine lediglich schriftsätzliche Bezugnahme auf Anlagen verpflichtet das Gericht nicht, sich die unstreitigen oder streitigen über die normale Arbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeiten zusammenzusuchen.¹⁰⁷ Der Arbeitnehmer ist allerdings nicht gehindert, seinen schriftsätzlichen Sachvortrag durch Bezugnahme auf beigefügte – gegebenenfalls auch umfangreiche – Anlagen zu straffen.¹⁰⁸ Mit der Forderung eines den Formalien des § 130 Nr. 3 und Nr. 4 ZPO genügenden schriftsätzlichen Vortrages bzgl. der Existenz von Überstunden wendet sich die Rechtsprechung lediglich dagegen, dass die Parteien ungeordnete Anlagenkonvolute vorlegen, um sich damit selbst der Mühe einer ersten Ordnung des Prozessstoffes zu entledigen und damit das Gericht veranlassen, die unkommentierten Anlagen zu interpretieren oder sich den mutmaßlichen Sachvortrag in einseitiger Unterstützung der darlegungspflichtigen Partei und damit unter Verletzung ihrer Neutralitätspflicht und des Beibringungsgrundsatzes zusammenzusuchen. Eine Bezugnahme auf Anlagen begegnet allerdings keinen Bedenken, soweit die dortige Darstellung aus sich heraus verständlich ist.

bb) Kann der Arbeitnehmer nach alledem auf der ersten Stufe erfolgreich darlegen und ggf. beweisen, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigendem zeitlichem Umfang gearbeitet und gegebenenfalls Bezugszeiträume ausgeschöpft hat, ist der Arbeitgeber nach § 612 Abs. 1 BGB zu deren Vergütung (nur) verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer auf der zweiten Stufe darlegen und im Falle substantiierten Bestreitens durch den Arbeitgeber beweisen kann, dass der Arbeitgeber die Überstunden veranlasst hat. Auch dieser Darlegungs- und Beweislast zu genügen, ist für den Arbeitnehmer in der Praxis häufig keine leichte Aufgabe. Das BAG rechtfertigt die Existenz dieser zweiten Darlegungs- und Beweislaststufe für den Arbeitnehmer zutreffend mit der Überlegung, dass der Arbeitgeber sich die Leistung und Vergütung von Überstunden nicht aufdrängen lassen müsse, der Arbeitnehmer könne durch die Erbringung von über die Normalarbeitszeit hinausgehender Arbeitsleistung die Höhe seines Vergütungsanspruches nicht selbst bestimmen.¹⁰⁹ Für die Frage, ob die geleisteten Überstunden im vorgenannten Sinne dem Arbeitgeber zuzurechnen, also von diesem veranlasst sind, hat die Rechtsprechung auf der zweiten Darlegungsstufe vier Fallgruppen gebildet. Eine Zurechnung von Überstunden an den Arbeitgeber findet nach diesen Fallgruppen entweder bei der ausdrücklichen Anordnung, bei der

100 BAG 4.5.1994 – 4 AZR 445/93, AP TVG § 1 Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt Nr. 1.

101 Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 69 Rn. 9.

102 BAG 18.11.2015 – 5 AZR 751/13, AP BGB § 138 Nr. 72 Rn. 23.

103 BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 61 Rn. 18; BAG 25.3.2015 – 5 AZR 602/13, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 55 Rn. 18.

104 Reinfelder AuR 2018, 335.

105 Reinfelder AuR 2018, 335.

106 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 56 Rn. 23.

107 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 56 Rn. 10.

108 LAG RHPf 19.2.2021 – 8 Sa 169/20, BeckRS 2021, 11684 Rn. 88.

109 BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 54 Rn. 13.

konkludenten Anordnung, bei der Billigung und/oder bei der Duldung von Überstunden durch den Arbeitgeber statt.¹¹⁰

(1) Für eine ausdrückliche Anordnung von Überstunden muss der Arbeitnehmer in der zweiten Darlegungsstufe vortragen, wer wann auf welche Weise wie viele Überstunden angeordnet hat. Pauschale und stereotyp wiederholte Behauptungen, die Arbeitgeberin habe die Überstunden angeordnet, reichen nicht.

(2) Konkludent ordnet der Arbeitgeber Überstunden an, wenn er dem Arbeitnehmer Arbeit in einem Umfang zuweist, der unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nur durch die Leistung von Überstunden zu bewältigen ist. Für den zeitlichen Umfang von Umkleide- und innerbetrieblichen Wegzeiten gilt ein modifizierter subjektiver Maßstab. Nur die Zeitspanne, die dazu für den einzelnen Arbeitnehmer unter Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit erforderlich ist, zählt zur Arbeitszeit.¹¹¹ Für eine konkludente Anordnung von Überstunden muss der Arbeitnehmer in der zweiten Darlegungsstufe vortragen, dass eine bestimmte angewiesene Arbeit innerhalb der Normalarbeitszeit nicht zu leisten oder ihm zur Erledigung der aufgetragenen Arbeiten ein bestimmter Zeitrahmen vorgegeben war, der nur durch die Leistung von Überstunden eingehalten werden konnte.¹¹² Dabei begründet allein die Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb oder an einem Arbeitsort außerhalb des Betriebs keine Vermutung dafür, Überstunden seien zur Erbringung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen.¹¹³

(3) Die Darlegung einer Billigung von Überstunden durch den Arbeitgeber setzt voraus, dass der Arbeitnehmer darlegt, wer wann auf welche Weise zu erkennen gegeben habe, mit der Leistung welcher Überstunden einverstanden gewesen zu sein.¹¹⁴ Eine solche Billigung durch den Arbeitgeber muss nicht ausdrücklich erfolgt sein. Sie kann nach der Rechtsprechung zu dieser Fallgruppe zB anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber oder ein für ihn handelnder Vorgesetzter des Arbeitnehmers eine bestimmte Anzahl von Stunden abzeichnet und damit sein Einverständnis mit einer Überstundenleistung ausdrückt.¹¹⁵

(4) Eine Duldung von Überstunden nimmt das BAG an, wenn, der Arbeitgeber in Kenntnis einer Überstundenleistung diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, die Leistung von Überstunden künftig zu unterbinden, er also nicht gegen die Leistung von Überstunden einschreitet, sie vielmehr weiterhin entgegennimmt. Hier 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.¹¹⁶

cc) Für den Anspruch auf Überstundenvergütung gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. In allen Darlegungsstufen muss der Arbeitnehmer in der für die Zurechnung an den Arbeitgeber einschlägigen Fallgruppe seiner vorstehend dargestellten Substantiierungslast genügen. Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen einer gestuften Darlegungslast substantiiert erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen – nicht – nachgekommen ist. Lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der Sachvortrag des Arbeitnehmers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Diese Grundsätze

dürfen allerdings nicht schematisch angewandt werden, sondern bedürfen stets der Berücksichtigung der im jeweiligen Streitfall zu verrichtenden Tätigkeit und der konkreten betrieblichen Abläufe.¹¹⁷

So kann zB ein Kraftfahrer, dem vom Arbeitgeber bestimmte Touren zugewiesen werden, unabhängig davon, ob die zugewiesenen Fahrten jeden Tag im Betrieb des Arbeitgebers beginnen und enden, seiner Darlegungslast bereits dadurch genügen, dass er vorträgt, an welchen Tagen er welche Tour wann begonnen und wann beendet hat. Im Rahmen der abgestuften Darlegungslast ist es dann Sache des Arbeitgebers, unter Auswertung der Aufzeichnungen nach § 21a Abs. 7 S. 1 ArbZG substantiiert darzulegen, an welchen Tagen der Arbeitnehmer aus welchen Gründen im geringeren zeitlichen Umfang als von ihm behauptet gearbeitet haben muss.¹¹⁸ Wenn ein Arbeitnehmer dabei zB behauptet, keinerlei Pausen gemacht zu haben, mag das zwar möglicherweise „lebensfern“ oder fernliegend erscheinen, gleichwohl hat der Arbeitnehmer damit zunächst in ausreichender Weise behauptet, dass sämtliche von ihm angegebenen Zeiten Arbeitszeiten im vergütungsrechtlichen Sinne seien. Von der Substantiierung des Tatsachenvortrags zu trennen ist dessen Glaubhaftigkeit und die Glaubwürdigkeit des klagenden Arbeitnehmers. Erforderlich ist aber, dass der Arbeitnehmer darlegt, aus welchen konkreten in den Arbeitsabläufen liegenden Gründen er keine Pausen machen konnte.¹¹⁹

dd) 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 iVm Abs. 1 S. 1 und S. 2 ZPO zu schätzen, sofern die Schätzung nicht mangels jeglicher Anhaltspunkte willkürlich wäre. Voraussetzung für eine Schätzung ist demnach lediglich, dass die klagende Partei dem Gericht eine tatsächliche Grundlage für die Schätzung geliefert und sich in einem den Umständen nach zumutbaren Maß um eine Substantiierung bemüht hat.¹²⁰

ee) Der vereinzelt von Arbeitsgerichten und von einigen Stimmen im Schrifttum in jüngster Vergangenheit vertretenen Auffassung, keine der von der Rechtsprechung des BAG gebildeten vier Fallgruppen auf der zweiten Darlegungsstufe besitze angesichts der unionsrechtlich bestehenden Arbeitgeberpflicht zur Erfassung der Arbeitszeit eine Existenz-

110 BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 54 Rn. 14 ff.

111 BAG 19.9.2012 – 5 AZR 678/11 Rn. 24; AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 39 Rn. 24.

112 BAG 28.11.1973 – 4 AZR 62/73, AP BAT § 17 Nr. 2; BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, Rn. 17, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 54 Rn. 17.

113 BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 54 Rn. 17.

114 BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 54 Rn. 19.

115 BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Rn. 34.

116 BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 54 Rn. 21; BAG 28.7.2020 – 1 ABR 18/19, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 148 Rn. 19; BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 61 Rn. 36.

117 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 56 Rn. 23.

118 BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 53 Rn. 28.

119 BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 61 Rn. 16.

120 BAG 13.12.2016 – 9 AZR 574/15, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 50 Rn. 53; BAG 17.8.2021 – 1 AZR 175/20, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 58 Rn. 50.

berechtigung mehr,¹²¹ ist der Fünfte Senat des BAG nicht gefolgt: Auch eine für den Arbeitgeber bestehende gesetzliche Pflicht, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen, ändere grundsätzlich nichts daran, dass von einer arbeitgeberseitigen Veranlassung und Zurechnung als – neben der Überstundenleistung – weitere Voraussetzung für das Bestehen eines Überstundenvergütungsanspruches auch zukünftig immer nur dann auszugehen sei, wenn es sich dabei um vom Arbeitgeber angeordnete, gebilligte, geduldete oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendige Überstunden handele.¹²²

Nach dieser begrüßenswerten Klarstellung hat auch die vom Ersten Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 13.9.2022¹²³ aus § 3 Abs. 2 ArbSchG in unionsrechtskonformer Auslegung abgeleitete Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit keine Auswirkung auf die weiterhin in der zweiten Darlegungsstufe beim Arbeitnehmer liegende Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess. Dies folgt trotz des Bestehens einer von der Rechtsprechung des BAG aus § 3 Abs. 2 ArbSchG abgeleiteten Erfassungspflicht aller geleisteten Arbeitszeiten für den Arbeitgeber auch hier daraus, dass es an einem eindeutigen Hinweis darauf fehlt, dass die dem Gesundheitsschutz dienenden Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes für die Beurteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess von Belang seien.¹²⁴ Es ist aus den Gesetzesmaterialien nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber der Regelung in § 3 Abs. 2 ArbSchG eine solche weitergehende prozessuale Reichweite beimessen wollte. Allein das Bestehen von – auch auf den Arbeitnehmer delegierbaren¹²⁵ – Aufzeichnungspflichten für Arbeitszeiten rechtfertigt es ohne das Vorliegen besonderer Anhaltspunkte nicht, aus dem Bestehen einer Aufzeichnungspflicht für Arbeitszeiten schlicht herzuleiten, jeder Sachvortrag des Arbeitnehmers, eine bestimmte Anzahl von Überstunden auf Veranlassung des Arbeitgebers geleistet zu haben, sei richtig.¹²⁶ Die Einführung einer Zeiterfassungspflicht sagt nichts darüber aus, ob es sich bei den so erfassten Arbeitszeiten um dem Arbeitgeber zurechenbare Arbeitsleistungen handelt. Hierzu hat das BAG bereits früh darauf hingewiesen, dass die widerspruchslose Entgegennahme von vom Arbeitnehmer gefertigten Arbeitszeitaufzeichnungen keine Billigung iSd vierten Fallgruppe darstellt. Vielmehr müsse der Arbeitnehmer in einer solcher Konstellation trotz der Arbeitsaufzeichnungen darlegen, wer, wann und auf welche Weise zu erkennen gegeben habe, mit der Leistung von Überstunden einverstanden zu sein.¹²⁷ Im Einzelfall wird das Bestehen einer Aufzeichnungspflicht allerdings durchaus Einfluss auf die Frage haben, ob der Arbeitgeber seiner Substantiierungslast im Rahmen seines Bestreitens hinreichend nachgekommen ist. Am Bestehen der den Arbeitnehmer im Überstundenprozess treffenden Darlegungslast vermag das Bestehen einer Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit für den Arbeitgeber aber nichts zu ändern.

2. Überstundenzuschlag

An sich besteht zwar – auch bei angeordneter, gebilligter, geduldeter oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesener überobligatorischer Arbeitsleistung – kein Anspruch auf Zahlung eines Überstundenzuschlags, es sei denn, ein solcher ist in einem Tarifvertrag oder im Arbeitsvertrag geregelt; ein Anspruch kann sich aber auch insoweit aus § 612 Abs. 1 BGB ergeben, wenn eine entsprechende Vergütungserwartung besteht, dass in dem betreffenden Wirtschaftszweig die Vergütung von Überstunden mit einem Zuschlag erfolgt.¹²⁸

Üblich iSd § 612 Abs. 2 BGB ist diejenige in den jeweiligen Wirtschaftskreis, also in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen am gleichen Ort für vergleichbare Tätigkeiten gezahlte Vergütung.¹²⁹ Nach der Rechtsprechung des BAG ist die tarifliche Vergütung für Arbeitnehmer im Regelfall die Übliche. Dies ist sowohl für den öffentlichen Dienst¹³⁰ als auch außerhalb des öffentlichen Dienstes vom BAG ausdrücklich so entschieden worden.¹³¹

Besonders problematisch ist die Frage, ob die Zahlung von Überstundenzuschlägen nur bei Überschreiten der regelmäßigen Arbeitszeit eines in Vollzeit beschäftigten Arbeitnehmers vorgesehen werden kann, mit der Folge, dass Teilzeitbeschäftigte bei Überschreiten ihrer regelmäßigen (reduzierten) Arbeitszeit kaum jemals in den Genuss solcher Zuschläge kommen können.¹³² Der Generalanwalt beim EuGH hat in seinem Schlussantrag vom 1.12.2022 in Sachen C-660/20 die Ansicht vertreten, dass hierin keine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten liege, weil eine gleiche Anzahl von Arbeitsstunden auch in gleicher Weise vergütet werde. Dem ist der EuGH in seiner Entscheidung vom 19.10.2023 nicht gefolgt. Er sieht vielmehr in einer Regelung, wonach die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für Teilzeitbeschäftigte und vergleichbare Vollzeitbeschäftigte daran knüpft, dass dieselbe Zahl von Arbeitsstunden überschritten wird, eine schlechtere Behandlung von Teilzeitbeschäftigten iSv § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeit im Anhang der RL 97/81/EG. Denn eine solche Regelung führe dazu, dass Teilzeitbeschäftigte gegenüber Vollzeitbeschäftigten die Voraussetzungen für eine Mehrvergütung (Überstundenzuschlag) weitaus seltener erfüllen. Eine solche Differenzierung sei daher nur dann zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund iSv § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeit im Anhang der RL 97/81/EG gerechtfertigt sei. Dieser Begriff verlange, dass die festgestellte unterschiedliche Behandlung durch das Vorhandensein genau bezeichneter, konkreter Umstände gerechtfertigt sei, die die betreffende Beschäftigungsbedingung in ihrem speziellen Zusammenhang und auf der Grundlage objektiver und transparenter Kriterien kennzeichnen, um sichergehen zu können, dass die unterschiedliche Behandlung einem echten Bedarf entspricht und zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist. Solche Umstände könnten sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung Teilzeitverträge geschlossen wurden, und ihren Wesensmerkmalen oder gegebenenfalls aus

121 ArbG Emden 20.2.2020 – 2 Ca 94/19; ArbG Emden 24.9.2020 – 2 Ca 144/20, NZA-RR 2021, 13 (LS); Heuschmid NJW 2019, 1853; Temming NZA 2021, 1433 (1438 f.).

122 BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21 AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 61 Rn. 22 ff.

123 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 30.

124 BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 61 Rn. 26.

125 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 30 Rn. 65.

126 Bayreuther NZA 2023, 193 (196).

127 BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 54 Rn. 19.

128 Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 69 Rn. 8 unter Hinweis auf BAG 25.3.2015 – 5 AZR 602/13, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 55.

129 BAG 26.4.2006 – 5 AZR 549/05, AP BGB § 138 Nr. 63 Rn. 26; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang, 20. Aufl. 2023, § 67 Rn. 61.

130 BAG 21.1.1998 – 5 AZR 50/97, AP BGB § 612 Nr. 55.

131 BAG 18.11.2015 – 5 AZR 814/14, AP BGB § 138 Nr. 73 Rn. 37.

132 S. die Vorlagebeschlüsse des Zehnten Senats vom 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A), AP TzBfG § 4 Nr. 30 sowie des Achten Senats vom 28.10.2021 – 8 AZR 370/20 (A), AP TzBfG § 4 Nr. 31; hierzu Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 43 Rn. 34; ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, TzBfG § 4 Nr. 31 ff.

der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedstaat ergeben. Wirtschaftliche Erwägungen seien insoweit nicht ausreichend. Soweit eine solche Regelung dazu dienen sollte, eine besondere Arbeitsbelastung mit Auswirkungen auf die Gesundheit der Arbeitnehmer auszugleichen, stellt der EuGH damit erkennbar hohe Anforderungen an eine Rechtfertigung. Bezogen auf die in seiner Entscheidung betroffenen Flugzeugführer führt der EuGH aus, es bestünde Zweifel daran, ob die Festlegung einheitlicher Auslösegrenzen für Flugzeugführer, um in den Genuss der Mehrvergütung zu kommen, im Hinblick auf das Ziel, die Gesundheit der Flugzeugführer vor übermäßiger Arbeitsbelastung zu schützen, angemessen und kohärent sei. Die Festlegung einheitlicher Auslösegrenzen laufe nämlich darauf hinaus, dass die individuellen Auswirkungen, die sich aus der Arbeitsbelastung und den flugspezifischen Zwängen ergeben könnten, grundsätzlich außer Betracht blieben. Sie laufe auch darauf hinaus, dass die eigentlichen Gründe für das Institut der Teilzeitarbeit keine Berücksichtigung fänden, wie zB etwaige außerberufliche Belastungen des betreffenden Flugzeugführers.¹³³ Diese Ausführungen zur Frage des sachlichen Grundes haben zwar keine bindende Wirkung, erst recht nicht über das Ausgangsverfahren hinaus, aus Art. 267 Abs. 3 AEUV folgt aber, dass jedes vorlagepflichtige Gericht – also auch das BAG – ein Vorabentscheidungsersuchen stellen muss, wenn es hiervon abweichen will.

3. Entgeltsschutznormen

a) § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG

Für Überstunden enthält § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG in der seit dem Inkrafttreten des sog. „Korrekturgesetzes“ am 1.1.1999 geltenden Fassung eine ausdrückliche Regelung, wonach diese nicht (mehr) zum Arbeitsentgelt nach § 4 Abs. 1 EFZG gehören. Überstunden sind weder bei der Bestimmung des Zeitfaktors noch bei der Ermittlung des Entgeltfaktors zu berücksichtigen; sowohl die Grundvergütung als auch etwaige Zuschläge für Überstunden bleiben bei der Entgeltfortzahlung außer Betracht. Der Begriff der Überstunde ist aus dem Regelungszusammenhang von § 4 Abs. 1 und Abs. 1a S. 1 EFZG abzuleiten. Anknüpfungspunkt ist nach der Rechtsprechung des BAG¹³⁴ und der allgemeinen Ansicht in der Literatur¹³⁵ die individuelle Arbeitszeit des jeweiligen Arbeitnehmers und nicht die im Betrieb übliche Arbeitszeit.

Überstunden sind (auch) bei der Ermittlung des Zeitfaktors aus dem bei Arbeitsunfähigkeit fort zu zahlenden Entgelt ausgenommen. Regelmäßig über die individuelle, arbeitsvertraglich geregelte Arbeitszeit hinausgehend geleistete zusätzliche Arbeitsstunden sind aber nach der Rechtsprechung des BAG keine Überstunden im entgeltfortzahlungsrechtlichen Sinn, sondern Teil der für den Arbeitnehmer maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit gem. § 4 Abs. 1 EFZG.¹³⁶ Wenn der Arbeitnehmer ständig eine bestimmte Arbeitszeit leistet, die mit der betriebsüblichen oder tariflichen Arbeitszeit nicht übereinstimmt, kann danach von Überstunden nicht gesprochen werden. Arbeitet der Arbeitnehmer mit einer gewissen Stetigkeit über die tarifliche oder betriebsübliche Arbeitszeit hinaus, ohne dass jedoch eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung einer bestimmten ständigen Arbeitszeit in diesem Umfang festgestellt werden kann, liegen keine – bei der Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigenden Überstunden – vor.

Für den Begriff der Regelmäßigkeit ist nach der Rechtsprechung des BAG auf einen Referenzzeitraum von 12 Monaten abzustellen.¹³⁷ Dem ist zuzustimmen. Ein 12-Monats-Zeitraum erscheint repräsentativ, weil er geeignet ist, jahreszeit-

typische Abweichungen von der Durchschnittsarbeitszeit (zB Nachfragespitzen in der Vorweihnachtszeit, witterungsbedingte Einschränkungen der betrieblichen Aktivitäten) hinreichend zu berücksichtigen.¹³⁸ Hat das Arbeitsverhältnis weniger als ein Jahr bestanden, ist der gesamte Zeitraum des Bestehens zugrunde zu legen.¹³⁹

Nicht nur die Überstunden an sich sind aus der Entgeltfortzahlung ausgenommen, außerdem fallen auch etwaige hierfür zu zahlende Entgeltzuschläge bei der Ermittlung des Entgeltfaktors weg. Die Herausnahme von Überstundenzuschlägen aus der Entgeltfortzahlung gilt nach Ansicht des BAG auch dann, wenn es sich um tariflich zuschlagspflichtige Arbeitszeit handelt, die nicht Überarbeit iSd EFZG ist,¹⁴⁰ zB wenn die tarifliche Regelarbeitszeit 38 Stunden pro Woche, die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit dagegen 45 Stunden beträgt. Überstunden iSv § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG leistet der Arbeitnehmer in diesem Fall nicht. Die tatsächlich geleistete Arbeitszeit entspricht der arbeitsvertraglich festgelegten und damit für den Arbeitnehmer maßgeblichen individuellen regelmäßigen Arbeitszeit. Gleichwohl erhält der Arbeitnehmer aber tarifvertragliche Überstundenzuschläge (die teilweise in Tarifverträgen auch als Mehrarbeitszuschläge bezeichnet werden). Das BAG nimmt auch in diesem Fall an, dass die Zuschläge aus der Entgeltfortzahlung ausgenommen sind. Nach Ansicht des BAG genügt es, dass ein Tarifvertrag Zuschläge für bestimmte Über- oder Mehrarbeit regelt. Ob es sich tatsächlich um über die individuelle regelmäßige Arbeitszeit hinausgehende Überstunden handele, sei in diesem Zusammenhang unerheblich. Insoweit stelle das Gesetz mit den Worten „das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt“ allein auf den tatsächlichen Befund ab und nehme „Überstundenzuschläge“, die als solche gezahlt würden, aus dem für die Entgeltfortzahlung berücksichtigungsfähigen Lohn aus.¹⁴¹

In der Literatur ist diese Rechtsprechung teilweise auf Ablehnung gestoßen.¹⁴² Schmitt spricht insoweit von einer „gewissen Inkonsequenz.“¹⁴³ Und tatsächlich wäre es konsequenter, Zuschläge, die für Arbeitszeiten gezahlt werden, die entgeltfortzahlungsrechtlich keine Überstunden sind, entgeltfortzahlungsrechtlich – nämlich bei Anwendung des § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG – dann auch nicht als Überstundenzuschläge anzusehen. Hierfür spricht außerdem der Gesetzeswortlaut: Ausgenommen aus der Entgeltfortzahlung sind nicht „Überstundenzuschläge“, sondern „das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt.“ Tarifvertragliche Zu-

133 EuGH 19.10.2023 – C-660/20, AP Richtlinie 97/81/EG Nr. 5 – Luft-hansa CityLine; ablehnend Thüsing/Mantsch BB 2023, 2676; Jungbauer NZA 2024, 304; anders Stach NZA 2023, 1383.

134 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 56; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 592/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 61; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 153/01, AP EntgeltFG § 4 Nr. 62.

135 S. etwa Schmitt, EFZG/Küfner-Schmitt 9. Aufl. 2023, § 4 Rn. 132; Schmitt FS 50 Jahre BAG, 2004, 197 (205 f.); MüHdB ArbR/Greiner, 5. Aufl. 2021, § 81 Rn. 20; MüKoBGB/Müller-Glöge, 9. Aufl. 2021, EFZG § 4 Rn. 4; ErfK/Reinhard, 24. Aufl. 2024, EFZG § 4 Rn. 7; Treber, EFZG, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 24.

136 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 56; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 592/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 61 Rn. 19; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 153/01, AP EntgeltFG § 4 Nr. 62 Rn. 15.

137 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 56; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 592/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 61 Rn. 30.

138 Vogelsang, Vergütungsschutz bei flexibler variabler Arbeitszeit, 2014, S. 64.

139 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 56.

140 S. BAG 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 56; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 592/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 61 Rn. 18.

141 S. BAG 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 56; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 592/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 61 Rn. 18.

142 Schmitt SAE 2003, 110 (112); Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Vogelsang, 11. Aufl. 2024, EFZG § 4 Rn. 12.

143 Schmitt SAE 2003, 110 (112).

schläge für Arbeitszeiten, die Teil der regelmäßigen Arbeitszeit iSv § 4 Abs. 1 EFZG sind, werden nicht für Überstunden iSv § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG gezahlt. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber im Regelungsbereich des EFZG zwischen zwei verschiedenen Überstundenbegriffen differenzieren wollte, nämlich einem entgeltfortzahlungsrechtlichen und einem tarifvertraglichen, sind nicht erkennbar. Dem Gesetzgeber muss außerdem klar gewesen sein, dass sich die unterschiedlichen Tarifverträge in diesem Punkt auch völlig uneinheitlich der Begriffe Überarbeit und Mehrarbeit bedienen. Die Rechtsprechung des BAG wirft auch weitere Fragen auf: Sollen auch tariflich als „Mehrarbeitszuschläge“ bezeichnete Zahlungen unter § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG fallen oder etwa nur solche Zuschläge, die im Tarifvertrag auch tatsächlich als „Überstundenzuschläge“ bezeichnet sind, in der Sache aber einen vergleichbaren Sachverhalt erfassen, nämlich das Überschreiten der tariflichen Regelarbeitszeit? Was gilt bei Tarifverträgen, die zwischen Mehrarbeitsstunden und Überstunden differenzieren? Von einem Abstellen auf einen klaren „tatsächlichen Befund“¹⁴⁴ lässt sich daher im Fall tarifvertraglicher Zuschläge kaum sprechen. Um hier eine Klarstellung im Sinne der Rechtsprechung des BAG zu erzielen, hätte es wohl nahe gelegen, die Begriffe Überstundenzuschläge und Mehrarbeitszuschläge alternativ in den Text des § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG aufzunehmen und sie außerdem noch mit dem Adjektiv „tariflich“ zu kennzeichnen.

b) § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG

Eine fast wortgleiche Regelung wie in § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG enthält § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG. Allerdings gilt nach dem Wortlaut von § 11 BUrlG – anders als nach § 4 EFZG – für die Berechnung des Entgelts die Referenzmethode. Seit einer Entscheidung aus dem Jahr 1988 wendet das BAG die Referenzmethode nur noch für den Entgeltfaktor an, nicht dagegen für den Zeitfaktor. Die Dauer der während des Urlaubs weiter zu vergütenden Arbeitszeit soll sich nach der Dauer der Arbeitszeit richten, die konkret während der Urlaubszeit ausgefallen ist.¹⁴⁵

Das BAG legt § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG daher dahin aus, dass das Herausnehmen des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes nur den Geldfaktor betrifft, also die Wertbemessung anhand des im Bezugszeitraum erzielten Durchschnittsverdienstes, und nicht (auch) den Zeitfaktor, also die infolge der Freistellung ausgefallenen Arbeitsstunden.¹⁴⁶ Bei der Ermittlung des Entgeltfaktors („Geldfaktor“) für den Referenzzeitraum sollen daher sowohl der für Überstunden zu zahlende Grundbetrag als auch zusätzliche Überstundenzuschläge außer Betracht bleiben.¹⁴⁷ Insoweit soll also das Referenzprinzip gelten. Indem das BAG einen Anspruch des Arbeitnehmers statuiert auf Fortzahlung des Entgelts für die Zeit, die er gearbeitet hätte, wenn er nicht urlaubsbedingt von der Arbeit freigestellt gewesen wäre,¹⁴⁸ wendet es für den Zeitfaktor dagegen das Entgeltausfallprinzip an und kommt so doch zu einer Berücksichtigung von Überstundenentgelten für den Fall, dass im Urlaubszeitraum Überstunden angefallen wären. Entgegen dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BUrlG können daher nach Ansicht des BAG auch Überstunden im Urlaub zu vergüten sein, allerdings nicht die im Referenzzeitraum geleisteten Überstunden, sondern die wegen des Urlaubs ausgefallenen Überstunden. Verloren gehen dem Arbeitnehmer lediglich die für Überstunden möglicherweise aufgrund einer entsprechenden tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Regelung zu zahlenden Überstundenzuschläge, weil sie Teil des Entgeltfaktors sind.

Wenn man dagegen der Auffassung ist, das Referenzprinzip gelte sowohl für den Entgeltfaktor als auch für den Zeit-

faktor,¹⁴⁹ muss die gesetzliche Regelung in § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG dazu führen, dass Überstunden generell bei der Urlaubsentgeltberechnung unberücksichtigt bleiben, und zwar sowohl im Referenzzeitraum tatsächlich abgeleistete Überstunden als auch im Urlaubszeitraum hypothetisch abgeleistete Überstunden.

Eine Regelung in einem Tarifvertrag, wonach für die Berechnung, ob und für wie viele Stunden einem Arbeitnehmer in einem Kalendermonat Mehrarbeitszuschläge zustehen, nur die tatsächlich gearbeiteten Stunden zu berücksichtigen sind und nicht auch die Stunden, in denen der Arbeitnehmer Urlaub in Anspruch nimmt, verstößt gegen § 1 BUrlG in seinem unionsrechtskonformen Verständnis, weil dies einen unzulässigen finanziellen Anreiz für Arbeitnehmer begründen kann, Mindesturlaub nicht in Anspruch zu nehmen.¹⁵⁰

c) § 616 BGB

Im Rahmen von § 616 BGB (vorübergehende Verhinderung) gilt das Entgeltausfallprinzip.¹⁵¹ Eine Regelung wie in § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG und § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG über die Herausnahme von Überstunden gibt es nicht. Allerdings hatte das Reichsarbeitsgericht angenommen, dass Überstunden nach § 616 BGB nur zu vergüten seien, wenn Überstunden über einen längeren Zeitraum hinweg geleistet worden seien und die so verlängerte Zeit den Charakter der Normalarbeitszeit gewonnen hätte.¹⁵² Entsprechende Entscheidungen des BAG gibt es aber nicht.¹⁵³ Daher sind im Entgeltfortzahlungszeitraum nach § 616 BGB hypothetisch angefallene Überstunden zu vergüten und auch etwaige Überstundenzuschläge zu gewähren.

d) § 615 BGB, § 2 Abs. 1 EFZG

Auch im Anwendungsbereich von § 615 S. 1 BGB (Annahmeverzug) gilt das Entgeltausfallprinzip¹⁵⁴ und auch hier gibt es keine § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG und § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG entsprechende Regelung über die Herausnahme von Überstunden. Daher sind Überstunden und evtl. Überstundenzuschläge bei der Berechnung der Annahmeverzugsvergütung zu berücksichtigen.¹⁵⁵ Das Gleiche ist für Ansprüche nach § 615 S. 3 BGB (Betriebsrisiko) anzunehmen. Entspre-

144 So BAG 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 56; BAG 26.6.2002 – 5 AZR 592/00, AP EntgeltFG § 4 Nr. 6 Rn. 18.

145 BAG 7.7.1988 – 8 AZR 472/86, AP BUrlG § 11 Nr. 22; BAG 22.1.2002 – 9 AZR 601/00, AP BUrlG § 11 Nr. 55; vgl. auch BAG 27.2.2018 – 9 AZR 238/17, AP BUrlG § 11 Nr. 74 Rn. 16; so auch Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 104 Rn. 98; ErfK/Gallner, 24. Aufl. 2024, BUrlG § 11 Rn. 2a; Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Schinz, 11. Aufl. 2024, BUrlG § 11 Rn. 5; MHD/ArbR/Klose, 5. Aufl. 2021, § 87 Rn. 14; aA Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG/Kühn, 12. Aufl. 2021, BUrlG § 11 Rn. 4 ff.; Vogelsang RdA 2018, 110.

146 BAG 9.11.1999 – 9 AZR 771/98, AP BUrlG § 11 Nr. 47; BAG 17.11.2009 – 9 AZR 844/08, AP BUrlG § 11 Nr. 65 Rn. 32.

147 Vgl. auch Friese, Urlaubsrecht, 2003, Rn. 339, 392.

148 BAG 9.11.1999 – 9 AZR 771/98, AP BUrlG § 11 Nr. 47.

149 Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG/Kühn, 12. Aufl. 2021, BUrlG § 11 Rn. 4; Vogelsang RdA 2018, 110.

150 BAG 16.11.2022 – 10 AZR 210/19, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 63 Rn. 16 ff., im Anschluss an EuGH 13.1.2022 – C-514/20, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 45 – Koch Personaldienstleistungen.

151 BAG 6.12.1995 – 5 AZR 237/94, AP BGB § 611 Berufssport Nr. 9.

152 RAG 27.2.1942 – RAG 130/41 – ARS 44, 149; RAG 17.7.1942 – RAG 41/42 – ARS 45, 109.

153 Es hatte dies nur für § 2 ArbKrankhG sowie für § 2 LFZG angenommen.

154 BAG 18.9.2001 – 9 AZR 307/00, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 37; BAG 18.9.2002 – 1 AZR 668/0 1, AP BGB § 615 Nr. 99; Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 95 Rn. 65; ErfK/Preis/Greiner, 24. Aufl. 2024, BGB § 615 Rn. 76.

155 BAG 18.9.2001 – 9 AZR 307/00, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 37; BAG 7.11.2002 – 2 AZR 742/00, AP BGB § 615 Nr. 100 Rn. 37.

chendes gilt ferner für Ansprüche auf Entgeltzahlung an Feiertagen nach § 2 Abs. 1 EFZG.

VII. Fazit

Einen allgemeingültigen Begriff der Überstunde gibt es nicht. Vielmehr muss für jedes Gesetz, jeden Tarifvertrag und jeden Arbeitsvertrag, in dem dieser Begriff verwendet wird, festgestellt werden, welche zusätzliche Arbeitsleistung als Überstunde zu qualifizieren ist. Dabei ist zu ermitteln, ob Anknüpfungspunkt für die Ermittlung der geschuldeten Arbeitszeit und damit gleichzeitig auch für die Festlegung, wo die zusätzliche Arbeitszeit beginnt, die betriebliche oder individuelle Arbeitszeit ist. Ferner ist der Bezugsrahmen (regelmäßige tägliche, wöchentliche, monatliche oder jährliche Arbeitszeit) festzustellen.

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer grundsätzlich nicht aufgrund seines Weisungsrechts nach § 106 GewO einseitig verpflichten, eine über die vereinbarte Normalarbeitszeit hi-

nausgehende Arbeitsleistung zu erbringen. Möglich sind aber vertragliche Regelungen, die eine rechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Arbeit über die geschuldete Normalarbeitszeit hinaus vorsehen. Darüber hinaus kann der Arbeitnehmer aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB zur Ableistung von Überstunden verpflichtet sein, wenn der Arbeitgeber sich in einer Notlage befindet, die anders nicht beseitigt werden kann.

Die Vergütungspflicht für Überstunden folgt nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur aus § 612 Abs. 1 BGB. Voraussetzung eines Anspruchs ist, dass der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden veranlasst hat oder sie ihm zumindest zuzurechnen ist. Die – ohnehin auf den Arbeitnehmer delegierbare – Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit sagt weder etwas über die Zurechenbarkeit der zusätzlichen Arbeitszeit, noch ändert sie etwas an der grundsätzlich weiterhin beim Arbeitnehmer liegenden Darlegungs- und Beweislast für Überstunden. ■