

# Rechtshandbuch Flexible Arbeit

Pletke / Schrader / Siebert / Thoms / Klagges / Teubert

2. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-77305-1  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Wirkrichtung/ Arbeitszeitmodell	Über- stunden	Bandbreiten- regelung	Betriebl. Bündnisse	TV Beschäfti- gungss.	Kurz- arbeit	Vertragl. AZ Verkürzung
Erhöhung der AZ Dauer	XX	XX	XX	XX		
Reduzierung der AZ Dauer		XX	XX	XX	XX	XX

455

Abb.: Mögliche Wirkrichtungen von Instrumenten zur Flexibilität der Arbeitszeitdauer<sup>602</sup>

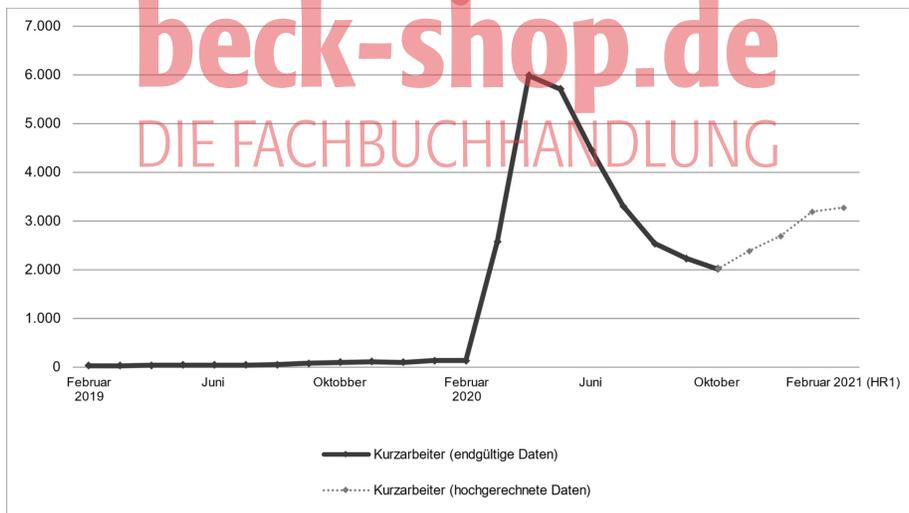
Die Erhöhung oder Absenkung der Arbeitszeitdauer ist idR entgeltwirksam. Eine Ausnahme bilden zB unbezahlte Überstunden und Erhöhungen der Arbeitszeit ohne Entgeltausgleich im Rahmen von betrieblichen Bündnissen und Tarifverträgen zur Beschäftigungssicherung.

456

## 2. Die Absenkung der Arbeitszeitdauer im Rahmen der Krisenintervention

Bereits während der Weltwirtschaftskrise 2008/2009 erlangte das Instrument der Kurzarbeit eine besondere Bedeutung, um betriebsbedingte Kündigungen der Stammebelegschaften zu vermeiden. Im Mai 2009 haben auf dem Höhepunkt der Krise mehr als 1,4 Mio. Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld bezogen. In ganz anderen Dimensionen wurde und wird die Kurzarbeit im Rahmen der Corona-Pandemie genutzt, wie nachstehende Abb. verdeutlicht. Im Mai 2020 wurden nahezu 6 Mio. Kurzarbeiter registriert. Die aktuellen Zahlen aus Mai 2021 liegen mit über 3 Mio. Kurzarbeitern noch weit über den vor der Pandemie jemals registrierten Werten.

457



458

Abb.: Statistik der Bundesagentur für Arbeit: Kurzarbeiter Februar 2019 bis Februar 2021

Die Kurzarbeit ist jedoch nicht nur ein Instrument für weltweite Wirtschaftskrisen, sondern eine laufend genutzte „Waffe“ zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen.

459–462

Die einzelnen Instrumente zur Flexibilisierung der Arbeitszeitdauer werden nachfolgend kurz vorgestellt und einer rechtlichen Betrachtung unterzogen.

463

<sup>602</sup> Eigene Darstellung.

### 3. Überstunden

- 464 Überstunden sind die Arbeitsstunden, die ein Arbeitnehmer über die idR arbeits- oder tarifvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung festgelegte regelmäßige Arbeitszeit hinaus leistet.<sup>603</sup> Hiervon abzugrenzen ist die Mehrarbeit, die die Arbeitsstunden umfasst, die über die gesetzliche Arbeitszeit von werktäglich 8 Stunden hinausgehen (§ 3 S. 1 ArbZG). In der Praxis dienen Überstunden dazu, einen vorübergehenden Mehrbedarf an Arbeitskräften, etwa bei Auftragsspitzen, abzudecken. Unternehmen setzen Überstunden nicht selten auch längerfristig ein, um Neueinstellungen zu vermeiden und bei einem Auftragseinbruch schnell Anpassungen vornehmen zu können.<sup>604</sup>
- 465 Es werden definitive und transitorische Überstunden unterschieden. Definitive Überstunden erhöhen die Dauer der Arbeitszeit. Hierbei lassen sich bezahlte und unbezahlte Überstunden unterscheiden. Transitorische Überstunden verändern nur die Lage und Verteilung der Arbeitszeit, wobei die Stunden auf einem Arbeitszeitkonto erfasst und später in Freizeit ausgeglichen werden.<sup>605</sup>
- 466 Nach Erhebungen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung leisteten die Arbeitnehmer in Deutschland im Jahr 2020 rund 775 Mio. bezahlte und etwa 892 Mio. unbezahlte Überstunden. Die Zahl der durchschnittlichen unbezahlten Überstunden betrug 21,9 und die der bezahlten Überstunden 19, die pandemiebedingt niedrigsten Werte seit der Weltwirtschaftskrise 2008/2009.<sup>606</sup>

#### a) Interessenlage

- 467 Die Überstundenarbeit stellt den typischen Fall einer vorübergehenden Flexibilisierung der Dauer der Arbeitszeit dar. Dem Arbeitgeber geht es dabei vordergründig darum, die Betriebszeit zu verlängern, um auf Schwankungen der Auftrags- und Geschäftslage des Unternehmens, beispielsweise durch kurzfristig auftretende saisonale Änderungen, gezielt reagieren zu können. Der Arbeitgeber ist regelmäßig daran interessiert, die Arbeitszeit möglichst kostengünstig auf die Arbeitnehmer seiner Wahl zu verteilen. Den Arbeitnehmern hingegen eröffnet die Überstundenarbeit die Möglichkeit, ihr Gehalt aufzubessern bzw. zusätzliche Freizeit zu erlangen. Nicht auszuschließen ist aber auch, dass der Arbeitnehmer beispielsweise aufgrund fehlender Betreuungsmöglichkeit seiner Kinder, strikt gegen jede Beschäftigung außerhalb seiner festgeschriebenen Arbeitszeit ist. Dieser unterschiedlichen Interessenlage ist bei der Bewertung der Frage, ob eine Verpflichtung der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden besteht, zu berücksichtigen.

#### b) Pflicht zur Leistung von Überstunden

- 468 Der Arbeitnehmer ist ohne ausdrückliche arbeitsvertragliche oder kollektivrechtliche Regelung nicht dazu verpflichtet, Überstunden zu leisten. Dem Arbeitgeber steht insoweit kein Weisungsrecht (§ 106 GewO) zu, weil hierdurch in den Kernbereich des arbeitsvertraglichen Austauschverhältnisses eingegriffen würde.<sup>607</sup> Deshalb kann der Arbeitgeber mit Ausnahme von Notfällen, in denen der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet ist (vgl. § 14 ArbZG), Überstunden nur dann anordnen, wenn es hierfür eine Rechtsgrundlage gibt.

<sup>603</sup> HWK/Thüsing BGB § 611a Rn. 467.

<sup>604</sup> Leistet ein Arbeitnehmer ständig eine bestimmte Arbeitszeit, die über die betriebstübliche oder tarifliche Arbeitszeit hinausgeht, kann nach Ansicht des BAG allerdings nicht mehr von Überstunden gesprochen werden, vgl. BAG 9.7.2003 – 5 AZR 610/01.

<sup>605</sup> Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung (IAB), Verbreitung von Überstunden in Deutschland, 2014, 2.

<sup>606</sup> Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung März 2021.

<sup>607</sup> Schaub ArbR-HdB/Linck § 45 Rn. 43.

### aa) Rechtsgrundlage

Eine Verpflichtung zur Leistung von Überstunden kann sich sowohl aus einer konkreten 469  
kollektiv- als auch aus einer individualvertraglichen Regelung ergeben.

**(1) Kollektivrechtliche Regelung.** Tarifverträge enthalten teilweise auch Bestimmungen, 470  
unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Arbeitnehmer verpflichtet sind,  
über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus Überstunden zu leisten. Soweit keine tariflichen  
Sonderregelungen bestehen, sind auch Teilzeitbeschäftigte zur Ableistung von Überstun-  
den verpflichtet.<sup>608</sup> Daneben kann sich die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung  
von Überstunden auch aus einer Betriebsvereinbarung ergeben. Nach § 77 Abs. 4 BetrVG  
können Betriebsvereinbarungen unmittelbar gegenseitige Rechte und Pflichten der Ar-  
beitsvertragsparteien begründen, soweit auf diese Weise nicht zu Lasten der Arbeitnehmer  
in hiergegen gesicherte individualrechtliche Positionen und Ansprüche eingegriffen wird.  
In diesen Grenzen kann also eine Betriebsvereinbarung individuell ausgehandelte Arbeits-  
verträge auch hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit vorübergehend ändern.<sup>609</sup>

**(2) Arbeitsvertragliche Regelung.** Eine Verpflichtung zur Leistung von Überstunden 471  
kann sich auch aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Selbst bei Vorliegen einer kollektivrechtli-  
chen Regelung kann sich teilweise eine ergänzende arbeitsvertragliche Regelung empfeh-  
len. Dies insbesondere dann, wenn sich aus der kollektivrechtlichen Regelung nicht mit  
hinreichender Sicherheit ergibt, ob mit der Regelung, die eine Verlängerung der täglichen  
oder wöchentlichen Arbeitszeit bis zu einer bestimmten Stundenzahl zulässt, gleichzeitig  
die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden begründet werden  
soll.<sup>610</sup> Dabei dürfte eine Klausel, die den Arbeitnehmer lediglich dazu verpflichtet, bei  
Vorliegen betrieblicher Erfordernisse Überstunden zu leisten, die gesondert vergütet wer-  
den, grundsätzlich als zulässig anzusehen sein.<sup>611</sup>

Fehlt eine ausdrückliche arbeitsvertragliche Regelung, kann sich die Verpflichtung des 472  
Arbeitnehmers zum Leisten von Überstunden durch Auslegung ergeben. Es ist anhand der  
Gesamtumstände zu ermitteln, ob der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden ver-  
pflichtet ist oder nicht. Bei Führungskräften, die leitende Angestellte sind, wird regelmäßig  
davon ausgegangen, dass diese sich zu einem besonders hohen Maß an Arbeitsleistung  
verpflichtet haben, auch wenn dieses nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart wurde.<sup>612</sup>  
Allein die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber – auch über längere Zeit –  
unter deutlicher Überschreitung der vertraglich vorgesehenen Arbeitszeit eingesetzt wird,  
ergibt für sich genommen noch keine Vereinbarung über eine längere Arbeitszeit oder die  
Verpflichtung zur Ableistung von Überstunden. Bei dem Arbeitseinsatz handelt es sich um  
ein tatsächliches Verhalten, dem nicht notwendig ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Er-  
klärungswert in Bezug auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zukommt. Vielmehr ist auf  
Absprachen abzustellen, die dem erhöhten Arbeitseinsatz zugrunde liegen.<sup>613</sup>

### bb) Arbeitszeitgesetz als Grenze

Der Umfang der zu leistenden Überstunden ergibt sich durch einen Vergleich der vom 473  
Arbeitnehmer geschuldeten und im Arbeitsvertrag/Tarifvertrag festgelegten Arbeitszeit mit  
den von ihm tatsächlich geleisteten oder angeordneten Arbeitsstunden. Als Vergleichs-  
grundlage dient dabei die regelmäßige Arbeitszeit, zu der der Mitarbeiter aufgrund eines  
auf sein Arbeitsverhältnis anzuwendenden Tarifvertrages/einer Betriebsvereinbarung oder

<sup>608</sup> Küttner/Poche Personalbuch 2021 Überstunden Rn. 6 mit Verweis auf BAG 12.2.1992 – 5 AZR 566/90,  
AP BAT § 15 Nr. 20 (zur Rufbereitschaft).

<sup>609</sup> Küttner/Poche Personalbuch 2021 Überstunden Rn. 6.

<sup>610</sup> Vgl. Preis/Schneider Arbeitsvertrag II A 90 Rn. 102.

<sup>611</sup> Schaub ArbR-HdB/Linck § 45 Rn. 43 mwN.

<sup>612</sup> So bereits BAG 13.3.1967 – 2 AZR 133/66, AP BGB § 618 Nr. 15.

<sup>613</sup> BAG 25.4.2007 – 5 AZR 504/06, NZA 2007, 801.

des Arbeitsvertrages verpflichtet ist. Ist die Dauer der geschuldeten Arbeitszeit nicht ausdrücklich geregelt, gilt die betriebsübliche Arbeitszeit.<sup>614</sup>

- 474 Überstunden können allerdings nicht grenzenlos angeordnet werden. Vielmehr sind bei der Anordnung und Durchführung von Überstunden die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes zu beachten. Nach § 3 S. 1 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann jedoch nach § 3 S. 2 ArbZG auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Die Verlängerung oder Verkürzung dieses Ausgleichszeitraums ist nach § 7 Abs. 1 Nr. 1b ArbZG nur durch einen Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung möglich.<sup>615</sup>
- 475 Abweichend von § 3 ArbZG kann die werktägliche Arbeitszeit gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1a ArbZG auch durch einen Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung auf über zehn Stunden verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt. In diesen Fällen ist nach § 7 Abs. 2a ArbZG auch eine Verlängerung auf über acht Stunden ohne Ausgleich möglich, wenn durch besondere Regelungen sichergestellt wird, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird.
- 476 Weiter kommt unter der Voraussetzung, dass die Aufsichtsbehörde einwilligt, eine Verlängerung der täglichen Höchstarbeitszeit auf über zehn Stunden in den Fällen des § 15 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 ArbZG in Betracht. Hierbei darf die Arbeitszeit nach § 15 Abs. 4 ArbZG dann aber 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen nicht überschreiten. Mit Ausnahme der Not- und Rettungsdienste, Krankenhäuser, Gaststätten etc. (§§ 10, 13 ArbZG) gilt auch hier das Beschäftigungsverbot an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen nach § 9 ArbZG.

### cc) Sonderregelungen für bestimmte Arbeitnehmer

- 477 Neben dem Arbeitszeitgesetz gibt es für bestimmte Arbeitnehmergruppen Sonderregelungen, die die Anordnung von Überstunden/Mehrarbeit beschränken oder sogar ausschließen. Damit soll der besonderen Situation dieser schutzbedürftigen Arbeitnehmergruppen Rechnung getragen werden. So können schwerbehinderte Menschen nach § 207 SGB IX auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freigestellt werden.
- 478 Jugendliche dürfen nach § 8 Abs. 1 JArbSchG nicht mehr als acht Stunden täglich und nicht mehr als 40 Stunden wöchentlich beschäftigt werden. Die Anordnung von Mehrarbeit ist damit grundsätzlich nicht zulässig. In Notfällen soll nach § 21 Abs. 1 JArbSchG eine Ausnahme möglich sein. Die Mehrarbeit ist dann aber nach § 21 Abs. 2 JArbSchG durch entsprechende Verkürzung der Arbeitszeit innerhalb der folgenden drei Wochen auszugleichen. In einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung kann die tägliche Arbeitszeit unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben anderweitig geregelt werden (§ 21a JArbSchG).
- 479 Auch für schwangere und stillende Mütter sieht § 4 MuSchG eine Sonderregelung vor. Danach dürfen schwangere und stillende Mütter, die 18 Jahre oder älter sind, nicht mit einer Arbeit beschäftigt werden, die die Frau über achteinhalb Stunden täglich oder über 90 Stunden in der Doppelwoche hinaus zu leisten hat (§ 4 Abs. 1 Satz 1 MuSchG). Eine schwangere oder stillende Frau unter 18 Jahren darf der Arbeitgeber nicht mit einer Arbeit beschäftigen, die die Frau über acht Stunden täglich oder über 80 Stunden in der Doppelwoche hinaus zu leisten hat (§ 4 Abs. 1 S. 2 MuSchG). Zudem darf der Arbeitgeber eine schwangere oder stillende Frau nicht in einem Umfang beschäftigen, der die vertraglich vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit im Durchschnitt des Monats übersteigt (§ 4 Abs. 1 S. 4 MuSchG).

<sup>614</sup> BAG 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 42.

<sup>615</sup> Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG § 7 Rn. 59.

**dd) Teilzeitbeschäftigte**

Auch Teilzeitkräfte sind nur dann zur Leistung von Mehrarbeit verpflichtet, wenn eine entsprechende vertragliche Regelung besteht. Die Praxis zeigt, dass bei Teilzeitkräften regelmäßig keine Überstunden angeordnet werden, da gerade der Teilzeitarbeitsvertrag ein Indiz dafür ist, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nur in dem vertraglich festgelegten Umfang erbringen kann und möchte.<sup>616</sup> Wie bei Vollzeitarbeitsverhältnissen auch, kann sich eine Verpflichtung zur Erbringung von Überstunden in Teilzeitarbeitsverhältnissen aus einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einem Individualarbeitsvertrag ergeben. In Notfällen können Teilzeitbeschäftigte allein aufgrund ihrer Treuepflicht heraus dazu verpflichtet sein, Überstunden zu leisten.<sup>617</sup> 480

**c) Abgeltung**

Erbringt der Arbeitnehmer mehr Arbeitsstunden als vertraglich vereinbart und handelt es sich um vom Arbeitgeber angeordnete, genehmigte oder gebilligte Über- oder Mehrarbeit, ist diese abzugelten.<sup>618</sup> 481

**aa) Überstundenvergütung**

Regelmäßig werden Überstunden vereinbarungsgemäß mit dem für die regelmäßige Arbeitsleistung anfallenden Stundenentgelt vergütet (§ 611 BGB). Besteht hierüber keine vertragliche Regelung, gilt nach § 612 Abs. 1 BGB eine Vergütung als stillschweigend vereinbart.<sup>619</sup> Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf die vereinbarte Stundenvergütung, da der Arbeitgeber davon ausgehen muss, dass der Arbeitnehmer angeordnete Überstunden nur gegen eine Vergütung leistet. 482

Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, nach dem jede Mehrarbeit oder jede dienstliche Anwesenheit außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit zu vergüten ist, gibt es aber nicht.<sup>620</sup> Die Vergütungserwartung ist vielmehr anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankommt.<sup>621</sup> Insbesondere bei Diensten höherer Art wird ein Entgeltanspruch regelmäßig ausscheiden. Gleiches gilt für Arbeitnehmer mit Führungsaufgaben (zB Chefarzte, leitende Angestellte etc.).<sup>622</sup> Ein Entgeltanspruch kann beispielsweise auch fehlen, wenn der Mitarbeiter neben einer Festvergütung nicht unerhebliche Provisionen bezieht.<sup>623</sup> Gleiches gilt für „Besserverdiener“ mit einer Vergütung über der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung<sup>624</sup> (ab 1.1.2021 liegt diese bei jährlich 85.200 EUR West und 80.400 EUR Ost.). 483

Soweit auf das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers Tarifverträge Anwendung finden, enthalten diese regelmäßig konkrete Regelungen zur Abgeltung von Über- und Mehrarbeit sowie von zu zahlenden Zuschlägen.<sup>625</sup> Im Arbeitsvertrag können auch Zuschläge für sonstige Schichten, zB Spät-, Nacht- sowie Wechselschicht geregelt werden. 484

<sup>616</sup> Preis/*Necatí* Innovative Arbeitsformen 233.

<sup>617</sup> Preis/*Necatí* Innovative Arbeitsformen 233.

<sup>618</sup> BAG 17.4.2002 – 5 AZR 644/00, NZA 2002, 1340.

<sup>619</sup> BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, DB 2011, 2550.

<sup>620</sup> BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335.

<sup>621</sup> BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, DB 2011, 2550.

<sup>622</sup> Die Ungleichbehandlung dieser Personengruppen stellt keinen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz dar, vgl. BAG 31.5.2001 – 6 AZR 171/00, NZA 2002, 351.

<sup>623</sup> BAG 27.6.2012 – 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147.

<sup>624</sup> BAG 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861.

<sup>625</sup> Das BAG hat in früherer Rechtsprechung tarifliche Regelungen, nach denen Teilzeitbeschäftigte Anspruch auf Überstundenzuschlag erst bei Überschreiten der tariflichen regelmäßigen Arbeitszeit haben, gebilligt (BAG 25.7.1996 – 6 AZR 138/94, NZA 1997, 774; BAG 20.6.1995 – 3 AZR 539/93, DB

## bb) Pauschalabgeltung

- 485 Häufig finden sich in Arbeitsverträgen pauschale Überstundenabgeltungsklauseln. Solche Klauseln sind vom Grundsatz her zulässig, aber an § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (AGB-Kontrolle) zu messen. Eine Klausel in einem Arbeitsvertrag, etwaig notwendige Über- oder Mehrarbeit sei mit der Bruttomonatsvergütung abgegolten, ist intransparent und damit unwirksam, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag nicht ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem (zeitlichen) Umfang von ihr erfasst werden.<sup>626</sup> Es muss sich aus dem Arbeitsvertrag für einen verständigen Arbeitnehmer ergeben, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von der Pauschalvergütung erfasst werden. Bereits bei Vertragsschluss muss für den Arbeitnehmer erkennbar sein, was „auf ihn zukommt“ und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.<sup>627</sup>
- 486 Um das Austauschverhältnis „Arbeit gegen Lohn“ nicht unangemessen zu beeinträchtigen, ist die Zahl der pauschal abzugelbenden Überstunden im Vertrag zu beschränken. Dabei kommt eine Pauschalierung nur im Rahmen der gesetzlich zulässigen Überstunden (max. Höchstdauer von geleisteten Arbeitsstunden nach dem ArbZG 48 Stunden wöchentlich) in Betracht.<sup>628</sup> Als unbedenklich hat das BAG eine Vertragsklausel angesehen, nach der im monatlichen (Grund-)Gehalt die ersten 20 Überstunden im Monat „mit drin“ sein sollen.<sup>629</sup>
- 487 Nicht unüblich ist es auch, dass im Arbeitsvertrag die Zahlung einer Pauschale für zu erwartende Überstunden vereinbart wird. Bei einem dauerhaften Wegfall oder einer Reduzierung der zu erwartenden Überstunden kann dann nicht einseitig die Zahlung der vereinbarten Pauschalvergütung eingestellt werden. Vielmehr bedarf es hierfür einer einvernehmlichen Vertragsänderung oder, sollte der Arbeitnehmer sich mit einer Vertragsänderung nicht einverstanden erklären, einer Änderungskündigung. Letztere kann sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber künftig Mehrarbeit verstärkt durch (bezahlten) Freizeitausgleich abgelten will.<sup>630</sup>
- 488 Bemerkenswert ist, dass die Unwirksamkeit einer Abgeltungsklausel für geleistete Überstunden nur dann zu einem Überstundenvergütungsanspruch des betreffenden Arbeitnehmers führt, wenn die oben bereits angesprochene Vergütungserwartung zu bejahen ist. Die Verwendung unzulässiger Abgeltungsklauseln durch den Arbeitgeber bleibt bei „Besserverdienern“ daher praktisch sanktionslos.

## cc) Freizeitausgleich

- 489 Neben der finanziellen Pauschalvergütung besteht auch die Möglichkeit, etwaige Überstunden/Mehrarbeit durch die Gewährung von Freizeit auszugleichen. Freizeitausgleich ist nichts anderes als die bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht.<sup>631</sup> Der Freizeitausgleich erfolgt durch Reduzierung der Soll-Arbeitszeit.<sup>632</sup> Arbeitsverträge und Tarifverträge enthalten oftmals Bestimmungen zur Gewährung von Freizeit für geleistete Überstunden.<sup>633</sup>

1996, 685), diese in jüngeren Entscheidungen aber für rechtsunwirksam erachtet (BAG 19.12.2018 – 10 AZR 231/18, NZA 2019, 790; BAG 23.3.2017 – 6 AZR 161/16, NZA-RR 2018, 45). Das BAG hat nunmehr den EuGH zur Klärung dieser Rechtsfrage angerufen (BAG 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A), NZA 2021, 57). Das Verfahren ist beim EuGH unter dem Aktenzeichen C-660/20 anhängig.

<sup>626</sup> BAG 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861; BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335.

<sup>627</sup> BAG 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861; BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335.

<sup>628</sup> BAG 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149.

<sup>629</sup> BAG 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908.

<sup>630</sup> BAG 23.11.1999 – 2 AZR 547/99, NZA 2001, 492.

<sup>631</sup> BAG 18.5.2011 – 5 AZR 181/10, NZA 2011, 1247.

<sup>632</sup> BAG 17.3.2010 – 5 AZR 296/09, NZA 2011, 367.

<sup>633</sup> Ist die Freizeitgewährung der Entscheidung des Arbeitgebers überlassen, erfüllt dieser den Freizeitanspruch mit einer widerruflichen Freistellung. Der Anspruch erlischt wegen Erfüllung auch dann, wenn der Arbeitnehmer in dieser Zeit arbeitsunfähig erkrankt (BAG 19.5.2009 – 9 AZR 433/08, NZA 2009, 1211).

Der Freizeitausgleich erfordert damit grundsätzlich eine diesbezügliche Vereinbarung. Freizeit kann damit nicht einseitig vom Arbeitgeber angeordnet werden. Der Arbeitgeber kann auch nicht einseitig von einer festgelegten Überstundenvergütung zum Freizeitausgleich übergehen.<sup>634</sup>

Haben die Parteien im Arbeitsvertrag ausdrücklich die Abgeltung von Überstunden durch Freizeitausgleich vereinbart, hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Überstundenvergütung. Eine Abgeltung in Geld möglicher Ansprüche auf Freizeitausgleich ist erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglich. Formulklauseln, die den ersatzlosen Wegfall von Freizeitausgleichsansprüchen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsehen, sind regelmäßig nach § 307 BGB als unwirksam zu betrachten.<sup>635</sup> Dies dürfte zumindest dann gelten, wenn der Freizeitausgleich aus Gründen unterblieben ist, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen.<sup>636</sup> 490

#### d) Fristen

Der Anspruch auf Überstundenvergütung verjährt in der Regelfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). Der Anspruch kann bei Nichteinhaltung von einschlägigen Ausschlussfristen verfallen.<sup>637</sup> Daneben unterliegt dieser Anspruch der Verwirkung. Wenn der Arbeitgeber eine unwirksame Vertragsklausel verwendet und der Arbeitnehmer deshalb seinen Anspruch auf Überstundenvergütung nicht kennt, kann der Anspruch des Arbeitnehmers auf Überstundenvergütung allerdings nicht verirken.<sup>638</sup> In diesem Fall kann der Arbeitgeber nämlich nicht darauf vertrauen, dass der Arbeitnehmer wegen des Zeitablaufs seine Rechte nicht mehr geltend machen wird.<sup>639</sup> 491

#### e) Prozessuales

Zahlt der Arbeitgeber die Überstundenvergütung nicht freiwillig, bleibt dem Arbeitnehmer nur der Klageweg. Dem Arbeitnehmer obliegt dabei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er Überstunden zumindest mit der Billigung des Arbeitgebers absolviert hat. Daneben obliegt es ihm, darzulegen und zu beweisen, wann er diese Überstunden geleistet hat. Der Arbeitnehmer hat insoweit die folgenden zwei Hürden zu nehmen: 492

In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer im Einzelnen darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang verrichtet hat. Dabei genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, indem er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat.<sup>640</sup> Er kann hierfür auf die vom Arbeitgeber abgezeichneten Arbeitszeitchronik Bezug nehmen.<sup>641</sup> Konkrete Tätigkeitsangaben für jede Überstunde werden von dem Arbeitnehmer auf dieser ersten Stufe der Darlegung noch nicht verlangt.<sup>642</sup> Auf den Vortrag des Arbeitnehmers hin muss der Arbeitgeber im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen der 493

<sup>634</sup> BAG 18.9.2001 – 9 AZR 307/00, NZA 2002, 268.

<sup>635</sup> BAG 24.11.1993 – 5 AZR 153/93, NZA 1994, 759.

<sup>636</sup> LAG München 22.11.1988 – 2 Sa 394/88, ZTR 1989, 118; insoweit bestätigt durch BAG 24.10.1990 – 6 AZR 35/89.

<sup>637</sup> BAG 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149; BAG 14.9.1994 – 5 AZR 407/93, NZA 1995, 897.

<sup>638</sup> BAG 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861.

<sup>639</sup> BGH 12.3.2008 – XII ZR 147/05, NJW 2008, 2254.

<sup>640</sup> BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233; BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100; BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939.

<sup>641</sup> BAG 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, NZA 2019, 1361.

<sup>642</sup> BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233; BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100.

Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen (nicht) nachgekommen ist.<sup>643</sup> Im Rahmen dieser gestuften Darlegungslast ist es dann auch Sache des Arbeitgebers, unter Auswertung von vorgeschriebenen Aufzeichnungen (wie beispielsweise § 21a Abs. 7 ArbZG) substantiiert darzulegen, an welchen Tagen der Arbeitnehmer aus welchen Gründen im geringeren zeitlichen Umfang als von ihm behauptet gearbeitet haben muss.<sup>644</sup>

494 In einem zweiten Schritt obliegt es dem Arbeitnehmer, darzulegen und im Fall des Bestreitens zu beweisen, dass die von ihm verrichteten Überstunden auch vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt oder von diesem geduldet wurden oder diese jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig waren.<sup>645</sup> Von einer Billigung ist bereits dann auszugehen, wenn der Arbeitgeber die auf den Zeiterfassungsbögen angegebenen Arbeitszeiten abgezeichnet hat.<sup>646</sup> Eine anspruchsbegründende Duldung der Überstunden dürfte bereits dann gegeben sein, wenn diese tatsächlich geleistet wurden, sie sachdienlich waren und der Arbeitgeber von der Leistung Kenntnis und sie zugelassen hat.<sup>647</sup> Überstunden sind zur Erledigung der geschuldeten Arbeit jedenfalls dann notwendig, wenn die angewiesene Tätigkeit eine bestimmte Zeit benötigt und sie nur unter Leistung von Überstunden ausgeführt werden kann (beispielsweise angewiesene Tour eines Kraftfahrers).<sup>648</sup> Das Gericht darf den Umfang geleisteter Überstunden nach § 287 Abs. 2 iVm Abs. 1 S. 1 und S. 2 ZPO schätzen, wenn feststeht (§ 286 ZPO), dass Überstunden auf Veranlassung des Arbeitgebers geleistet worden sind und der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- oder Beweislast für jede einzelne Überstunde nicht in jeder Hinsicht genügen kann.<sup>649</sup> Die Voraussetzungen für eine Schätzung des Mindestumfangs geleisteter Überstunden sind allerdings nur dann erfüllt, wenn ausreichende Anknüpfungstatsachen vorliegen. Zurückhaltung ist dabei mit dem Verweis auf Anlagen zu geleisteten Arbeitsstunden geboten.<sup>650</sup> Mit der bloßen Bezugnahme auf den Schriftsätzen als Anlagen beigefügte Stundenaufstellungen genügen die Parteien ihrer Darlegungslast nicht. Beigefügte Anlagen können den schriftsätzlichen Vortrag lediglich erläutern oder belegen, verpflichten das Gericht aber nicht, sich die unstreitigen oder streitigen Arbeitszeiten aus den Anlagen selbst zusammenzusehen.<sup>651</sup> Dem Arbeitnehmer dürfte ein Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber zustehen, wenn die Auskunft lediglich der Bezifferung des Anspruchs dient. In diesem Fall sollte der Arbeitnehmer, der keine Aufzeichnungen über die von ihm zusätzlich geleistete Arbeitszeit hat, im Wege der Stufenklage zunächst die Auskunfts- und dann die Zahlungsansprüche geltend machen.<sup>652</sup> Der Auskunftsanspruch nach § 21a Abs. 7 S. 3 ArbZG kann zulässiger Gegenstand der ersten Stufe einer Stufenklage iSd § 254 ZPO sein.<sup>653</sup> Es steht zu erwarten, dass die Darlegungslast des Arbeitnehmers infolge des Urteils des EuGH<sup>654</sup> zu den Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers wesentlich erleichtert wird.<sup>655</sup>

<sup>643</sup> BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100; BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939.

<sup>644</sup> BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939.

<sup>645</sup> BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100; BAG 25.5.2005 – 5 AZR 319/04, NZA 2005, 1432.

<sup>646</sup> BAG 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, NZA 2019, 1361.

<sup>647</sup> LAG Schleswig-Holstein 14.11.2007 – 6 Sa 492/06; LAG Baden-Württemberg 20.1.1993 – 12 Sa 76/92, DB 1993, 1479.

<sup>648</sup> BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939; BAG 25.5.2005 – 5 AZR 319/04, NZA 2005, 1432.

<sup>649</sup> BAG 25.3.2015 – 5 AZR 602/13, NZA 2015, 1002.

<sup>650</sup> LAG Rheinland-Pfalz 13.8.2020 – 5 Sa 409/19, BeckRS 2020, 27180.

<sup>651</sup> BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939.

<sup>652</sup> MAH ArbR/*Gragert/Katerndahl* § 14 Rn. 55.

<sup>653</sup> BAG 28.8.2019 – 5 AZR 425/18, NZA 2019, 1645.

<sup>654</sup> EuGH 14.5.2019 – C – 55/18, NJW 2019, 1861.

<sup>655</sup> *Heuschmidt* NJW 2019, 1853; aA *Richter/Schreynemakers* ArbRB 2019, 288.