

1. Kapitel: Einführung

A. Praktische Bedeutung

Das tatsächliche Aufkommen von Klauseln in deutschen Arbeitsverträgen, die eine pauschale Abgeltung von Überstunden vorsehen, ist unbekannt. Statistische Erhebungen gibt es hierüber nicht. Amtliche Daten bestehen nur zu sogenannten „bezahlten Überstunden“. Nach den Berechnungen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB)¹ ist die Anzahl der bezahlten Überstunden in Deutschland rückläufig. Während 1996 noch rund 1,719 Milliarden bezahlte Überstunden geleistet wurden, waren es nach einem besonderen Tief 2005 von 1,385 Milliarden im Jahr 2007 nunmehr 1,477 Milliarden.² Darüber hinaus schätzt das IAB³, dass sich die Anzahl unbezahlter Zusatzstunden in der gleichen Größenordnung bewege, so dass das Überstundenvolumen in Deutschland im Jahre 2007 insgesamt bei rund 3 Milliarden gelegen habe. Amtliche Statistiken über das Aufkommen unbezahlter Überstunden bestehen nicht.

Daneben bestehen Daten zu Überstunden in Deutschland im Rahmen des vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) in Zusammenarbeit mit Infracast Sozialforschung erhobenen Sozio-oekonomischen Panels (SOEP)⁴. Danach ist die Häufigkeit der in Deutschland geleisteten Überstunden insgesamt gestiegen. Leisteten 1991 bereits 48% der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer/-innen Überstunden, so stieg die Zahl in den Folgejahren stetig auf 57% im Jahre 2005.⁵ Im SOEP wird hinsichtlich der Abgeltungsformen für Überarbeit zwischen bezahlten, unbezahlten und durch Freizeitausgleich kompensierten Überstunden unterschieden.⁶ Letztere können in Form von Guthaben auf Arbeitszeitkonten bestehen, de-

-
- 1 Das IAB ist eine Abteilung der Bundesanstalt für Arbeit mit Sitz in Nürnberg.
 - 2 Quelle: Daten des IAB (www.iab.de → Daten → Aktuelle Daten zur Arbeitsmarktentwicklung in Ost- und Westdeutschland → Arbeitszeit, Stand März 2008)
 - 3 Angaben des IAB-Bereichsleiters *Eugen Spitznagel* im Interview, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Ausgabe vom 4. März 2008, S. 14.
 - 4 Hierbei handelt es sich um eine seit 1984 laufende repräsentative Wiederholungsbefragung von erwachsenen Personen in privaten Haushalten, die jährlich bundesweit durchgeführt wird. Die Stichprobe umfasste im Erhebungsjahr 2008 fast 11.000 Haushalte mit mehr als 20.000 Personen. Themenschwerpunkte sind unter anderem Haushaltszusammensetzung, Erwerbs- und Familienbiographie, Erwerbsbeteiligung und berufliche Mobilität, Einkommensverläufe, Gesundheit und Lebenszufriedenheit. Der anonymisierte SOEP-Datensatz wird Forschungseinrichtungen im In- und Ausland für Forschung und Lehre weitergegeben. Weitere Informationen unter www.diw.de, Unterpunkt SOEP.
 - 5 *Anger*, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 15-16/2006, S. 189 (192 (Tabelle 1)).
 - 6 *Anger*, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 15-16/2006, S. 189 (192f. (Tabelle 2 und 3)).

ren tatsächliche Einlösmöglichkeit nicht immer gewährleistet ist.⁷ Insofern können Überschneidungen zu unbezahlter Überarbeit entstehen. Die Berechnungen des DIW aufgrund der Daten des SOEP kommen ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Anzahl bezahlter Überstunden in den letzten rund 25 Jahren in allen beobachteten Beschäftigungsgruppen zurückgegangen ist. Während 1991 immerhin 17% aller Vollzeitbeschäftigten für ihre Überstunden bezahlt wurden, sank diese Rate kontinuierlich auf nur noch 6% im Jahre 2005.⁸ Ein deutlicher Anstieg wird jedoch bei unbezahlten und durch Freizeitausgleich abgegoltenen Überstunden beobachtet.

Bezogen auf einzelne Beschäftigungsgruppen fallen nach den Berechnungen des DIW⁹ bei geringqualifizierten Arbeitern am wenigsten Überstunden an, die im Vergleich zu anderen Beschäftigungsgruppen¹⁰ noch am häufigsten vergütet werden. Spitzenreiter bei der Leistung von Überstunden sind hochqualifizierte Angestellte: Im Vergleich zu den anderen Beschäftigungsgruppen leisten sie sowohl am häufigsten Überstunden, als auch die meisten unbezahlten.¹¹ Eine nach einzelnen Berufsbildern noch weiter differenzierende Studie¹² zeigt, dass im Jahre 2005 über 80% der Manager und über 70% der Wissenschaftler in Deutschland Überstunden leisteten. Bei beiden Berufsgruppen wurden deutlich mehr als die Hälfte der Überstunden nicht vergütet.

Unklar ist, wo in der Statistik Arbeitsverhältnisse ihren Niederschlag finden, in denen Überstunden durch eine Klausel im Arbeitsvertrag pauschal abgegolten werden. Konstruiert als Abrede über unbezahlte Überstunden zum Festpreis, beinhaltet die Klausel Züge einer Flatrate. Doch anders als bei Verträgen mit Tele-

7 Vgl. beispielsweise BAG, Beschluss v. 29.4.2004 – 1 ABR 30/02, NZA 2004, 670 über den Verfall von gutgeschriebenen Arbeitsstunden auf Gleitzeitkonten in hohem Umfang bei Daimler Chrysler in der Stuttgarter Zentrale und die Zeitungsberichte über die Beilegung des Streits z.B. im Handelsblatt, Ausgabe vom 29.5.2006, die berichten, dass nach Berechnungen des Betriebsrats vor April 2004 in der Stuttgarter Zentrale jährlich rund 750.000 Überstunden verfallen seien.

8 *Anger*, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 15-16/2006, S. 189 (Tabelle 1)).

9 *Anger*, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 15-16/2006, S. 189 (Tabelle 2)).

10 Die Studie des DIW differenziert zwischen geringqualifizierten Arbeitern, hochqualifizierten Arbeitern, geringqualifizierten Angestellten und hochqualifizierten Angestellten.

11 2005 leisteten danach 62% der hochqualifizierten Angestellten Überstunden, 19% davon unbezahlt. Im Vergleich leisteten im selben Jahr 42% der geringqualifizierten Arbeiter Überstunden, 3% davon unbezahlt. Bei hochqualifizierten Arbeitern und geringqualifizierten Angestellten liegen Mittelwerte vor.

12 Unterschieden wird zwischen den ausgewählten Berufsbildern: Manager, Wissenschaftler, Technische Fachkräfte, Dienstleistungsberufe, Handwerksberufe und Hilfsarbeiterkräfte, jeweils in Vollzeitbeschäftigung: *Anger*, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 15-16/2006, S. 189 (193 (Tabelle 3)).

fongesellschaften, wo die Entgeltlichkeit trotz „unendlicher Freiminuten“ unbestritten vorliegt, ist unsicher, welche Angaben ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag eine Pauschalierungsabrede enthält, bei einer entsprechenden Befragung machen würde. Handelt es sich bei der Klausel um die Vereinbarung der Zahlung einer fixen Pauschalsumme zur Abgeltung von Überstunden (im Folgenden als „offene Pauschalierungsabrede“ bezeichnet), liegt es noch nahe, die Überstunden als bezahlt zu deklarieren. Werden hingegen ohne Offenlegung der Gegenleistung per Vertragsklausel Überstunden durch das vereinbarte Bruttogehalt abgegolten (im Folgenden als „verdeckte Pauschalierungsabrede“ bezeichnet), könnten betroffene Arbeitnehmer in einer Befragung angeben, ihre Überstunden würden nicht vergütet. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Arbeitnehmer davon ausgingen, das vereinbarte Bruttogehalt würde ihnen in gleicher Höhe bereits für die Arbeitsleistung während der Normalarbeitszeit gezahlt.

Mögen auch keine empirischen Informationen über Pauschalierungsabreden vorliegen, so spricht für ihr tatsächliches Vorhandensein aber die – wenngleich vereinzelte – Beschäftigung von Gerichten mit ihnen seit Jahrzehnten.¹³ Das Volumen von in Deutschland geleisteter Überstunden lässt ebenfalls auf die Praxisrelevanz von Pauschalierungsabreden schließen. Dies gilt insbesondere für ihr Vorhandensein in Arbeitsverträgen hochqualifizierter Angestellter, die als Berufsgruppe die meisten Überstunden verzeichnen. Dafür spricht auch, dass sich die Arbeitszeit außertariflicher Angestellter weniger durch eine fest definierte Stundenzahl ergibt, als vielmehr von der zu erledigenden Aufgabe bestimmt wird und den Angestellten für ihren Arbeitsbereich auch bezüglich ihrer Zeiteinteilung ein gewisses Maß an Eigenverantwortlichkeit obliegt.

B. Gründe für die Vereinbarung von Pauschalierungsabreden

Die Vereinbarung einer Klausel, nach der Überstunden pauschal abgegolten werden, dient insbesondere der Vereinfachung der Lohnbuchhaltung. Dies betonte das BAG bereits in seiner Entscheidung im Jahre 1956: „Die Pauschalvergütung vereinfacht die Lohn- und Gehaltsabrechnung und ist geeignet, Auseinandersetzungen über den Umfang der tatsächlich geleisteten Überstunden und ihre Notwendigkeit vorzubeugen.“¹⁴

13 Das BAG befasste sich mit einer arbeitsvertraglichen Abrede, die eine pauschale Abgeltung von Mehrarbeit zum Gegenstand hatte, bereits mit Urt. v. 26.1.1956 – 2 AZR 98/54, BAGE 2, 277 = NJW 1956, 607; die jüngste Entscheidung des Gerichts zu der Thematik erging mit Urt. v. 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 = NJW 2006, 795 = AP Nr. 7 zu § 307 BGB.

14 BAG, Urt. v. 26.1.1956 – 2 AZR 98/54, BAGE 2, 277 (279) = NJW 1956, 607 (607).

Zudem gewinnt der Arbeitgeber durch Pauschalierungsabreden an Flexibilität bei der Abrufbarkeit von Arbeitsleistung seiner Mitarbeiter ohne Schwankungen bei den Fixkosten.

Hingegen kann objektiv nicht davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber mit einer solchen Abrede die Arbeitsleistung zu einem geringeren Lohn als dem üblicherweise gezahlten erschleichen will. Denn im besonders relevanten Bereich außerhalb des Geltungsbereichs von Tarifverträgen erfolgt die Festlegung der Lohnhöhe im Regelfall durch den Arbeitgeber. Diesem steht es bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit frei, dem Arbeitnehmer statt einem höheren Grundgehalt mit Pauschalierungsabrede, ein geringeres Grundgehalt zuzüglich Überstundenvergütung in Einzelabrechnung anzubieten.

C. Beiderseitige Interessen

Dennoch können bei Pauschalierungsabreden gegensätzliche Interessen aufeinander prallen. Das arbeitgeberseitige Interesse an einer Vereinfachung der ihm obliegenden Lohnbuchhaltung und einer Flexibilisierung der Abrufbarkeit von Arbeitsleistung bei Bedarf besteht auf der einen Seite. Hiermit kollidiert nicht nur das Interesse des Arbeitnehmers an geregelten Arbeitszeiten, sondern insbesondere auch sein Bedürfnis, den Umfang der von ihm vertraglich geschuldeten Gesamtarbeitszeit zu kennen. Darüber hinaus steht es bei gegenseitigen Verträgen allgemein im Interesse beider Vertragsparteien, dass in das bei Vertragsschluss festgelegte Gegenseitigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht nachträglich eingegriffen werden darf. Bei Pauschalierungsabreden besteht die besondere Gefahr, dass der Arbeitgeber zulasten des Arbeitnehmers das vereinbarte Synallagma stören kann.

Weiterhin steht durch die Vereinbarung, dass mit dem vereinbarten Bruttogehalt Überstunden abgegolten sind, die Vereinbarung von „Gratisarbeit“ und damit eine Verletzung des Verständnisses des Arbeitnehmers im Raum, dass er eine zusätzliche Vergütung bekommen sollte, wenn er bei Bestehen einer Vereinbarung über eine bestimmte regelmäßige Wochenarbeitszeit tatsächlich länger arbeiten muss.

Gerade im außertariflichen Bereich kann andererseits auch der „Investitionscharakter“ unbezahlter Überstunden eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen. Als Anreize für Arbeitnehmer, unbezahlt Überstunden zu leisten, kommen damit verbundene Karrierechancen oder die Hoffnung auf ein zukünftig höheres Gehalt in

Betracht.¹⁵ Daneben wird vermutet, dass insbesondere in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit die Bereitschaft, unbezahlte Mehrarbeit zu leisten, als Mittel zur Sicherung des eigenen Arbeitsplatzes eingesetzt wird.¹⁶

Bei Klauseln, die Überstunden pauschal abgelten, kann bei genauerer Betrachtung allerdings nicht von unbezahlter Arbeit gesprochen werden. Offensichtlich ist dies bei offenen Pauschalierungsabreden, nach denen Überstunden durch Zahlung einer Fixsumme pauschal abgegolten werden. Aber auch bei Abreden, die Überstunden mit dem vereinbarten Bruttogehalt abgelten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber das Gehalt in gleicher Höhe zahlen würde, ohne die Bereitschaft des Arbeitnehmers, bei Bedarf zusätzlich Überstunden zu leisten. Denn Gegenleistung des vereinbarten Gehalts ist hier nicht nur die Arbeitsleistung während der vereinbarten Normalarbeitszeit, sondern darüber hinaus die Bereitschaft des Arbeitnehmers, bei Bedarf zusätzlich Überstunden zu leisten. Insoweit können bei tatsächlich geringem Überstundenaufkommen Pauschalierungsabreden auch im Arbeitnehmerinteresse sein. Denn die Pauschalsumme oder das erhöhte Grundgehalt wird ihnen auch in Monaten geschuldet, in denen keine Überstunden anfallen.

D. Gang der Untersuchung

Gegenüber den geschilderten vorwiegend wirtschaftlichen Hintergründen und Interessen an der pauschalen Abgeltung von Überstunden, befasst sich die vorliegende Untersuchung mit den Rechtsfragen in diesem Zusammenhang. Nach einem Überblick über die rechtlichen Grundlagen zu Überstunden und Mehrarbeit und einer kurzen Darstellung von Klauselbeispielen für arbeitsvertragliche Pauschalierungsabreden, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit die Frage der rechtlichen Wirksamkeit solcher Abreden. Schwerpunkt ist hierbei die Überprüfung der Klausel anhand der seit der Schuldrechtsreform auf Arbeitsverträge anwendbaren AGB-Vorschriften. Die Kernfrage lautet hier, ob sich Pauschalierungsabreden nicht nur an § 305c BGB und dem Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB messen lassen müssen, sondern darüber hinaus der materiellen Angemessenheitskontrolle gem. §§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 308, 309 BGB unterliegen. Denn Preis und Leistung und ihr Verhältnis zueinander sind grundsätzlich nicht der richterlichen Kontrolle auf Angemessenheit unterworfen.

15 So *Anger*, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 15-16/2006, S. 189 (195) m.w.N.; ausführlich: *dies.*, Overtime Work in Germany, The Investment Character of Unpaid Hours, insb. S. 187ff., 229ff. und 233ff.

16 *Anger*, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 15-16/2006, S. 189 (195).

Auf folgende Fragen versucht die Untersuchung Antwort zu geben:

- Ist eine pauschale Abgeltung von Überstunden mit dem vereinbarten Gehalt oder einer Pauschalsumme rechtlich zulässig?
- Verstoßen Pauschalierungsabreden gegen § 134 BGB i.V.m. § 3 ArbZG? Welche Rechtsfolge zieht ein Verstoß nach sich?
- Was gilt, wenn neben einer arbeitsvertraglichen Pauschalierungsabrede der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Tarifvertrag eine andersartige Überstundenregelung vorsieht?
- Welche Rechtslage besteht bei individuell ausgehandelten Pauschalierungsabreden?
- Verstoßen vom Arbeitgeber vorformulierte und gestellte Pauschalierungsabreden gegen AGB-Recht?
- Erfüllen sie den Tatbestand einer überraschenden Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB?
- Verstoßen Pauschalierungsabreden gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB?
- Dürfen Überstunden in unbegrenztem Umfang abgegolten werden?
- Ist eine Offenlegung des Gehaltsanteils, der der Überstundenabgeltung dient, erforderlich?
- Unterliegen Pauschalierungsabreden gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der materiellen AGB-Inhaltskontrolle?
- Wie ist der kontrollfreie vom kontrollunterworfenen Bereich i.S.d. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB abzugrenzen? Welche Auswirkungen haben die verschiedenen Abgrenzungskriterien auf Pauschalierungsabreden?
- Welche Rechtsfolge hat ein Verstoß von Pauschalierungsabreden gegen das Transparenzgebot?
- Wann ist eine Pauschalierungsabrede als sittenwidrig einzustufen?