

---

# Überstunden im Arbeitsgerichtsprozess

---

3. Campus Arbeitsrecht

8. März 2018, Frankfurt am Main

Waldemar Reinfelder

Richter am Bundesarbeitsgericht

---

# Themenüberblick

## ■ Überstunden

- Begriff
- Bezugsrahmen

## ■ Vergütungsanspruch

- Vertragliche Vereinbarungen – AGB-Kontrolle
- § 612 BGB
- MiLoG

## ■ Darlegungs- und Beweislast

- Stufenmodell des BAG
  - Umfang der geleisteten Stunden
  - Anordnung, Billigung, Duldung
- Aufzeichnungspflichten des AG

## ■ Prozessuale Fragen

# I. Überstunden - Begriff

- ❑ Arbeitszeit, die vom AN auf Anordnung, mit Billigung oder Duldung des AG über die regelmäßig geschuldete (Normal-)Arbeitszeit hinaus geleistet wird
- ❑ Tarifvertragliche Regelungen legen autonom fest, was Überstunde/Mehrarbeit ist – soll hier kein Thema sein
- ❑ Bezugsgröße wird durch Arbeitsvertrag festgelegt
  - Dauer der AZ und Bezugsrahmen (Tag/Woche/Monat/Jahr – ggf. Ausgleichszeitraum, Zeitkonto)  
(zB BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12 – „167 Stunden monatlich“; 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – Fahrer „48 Stunden wöchentlich und Verpflichtung zu Mehrarbeit“ = 48 Stunden + Ausgleichszeitraum § 21a Abs. 4 ArbZG)
  - Fehlende ausdrückliche Festlegung
    - ❑ „in Vollzeit“: 40 Stunden, wenn nicht transparent erkennbar, dass Höchstarbeitszeit nach ArbZG  
(BAG 25.3.2015 – 5 AZR 602/13 -)
    - ❑ Ggf. betriebliche/betriebsübliche Arbeitszeit  
(BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11 -)

# I. Überstunden - Begriff

- ❑ Obergrenze geschuldete Arbeitszeit: 48 Stunden (§ 3 ArbZG)  
(BAG 24.8.2016 – 5 AZR 129/16 –)
- ❑ Abgrenzung zu Mehrarbeit: „*Mehrarbeit ist diejenige Arbeit, die über die gesetzliche Arbeitszeit hinausgeht*“  
(BAG 21.11.2006 – 9 AZR 176/06 – [zu § 124 – jetzt § 207 - SGB IX]; str.)

# II. Überstundenvergütung

- Vergütungsanspruch aus TV/BV/Vertrag
  - (nur) daraus ggf. auch Anspruch auf Zuschlag
- Vergütungspflicht unabhängig von Bestimmungen über Anordnungsbefugnis (BAG 16.5.2012 – 5 AZR 331/11 – Rn. 23)
- Vertragliche Bestimmungen unterliegen – soweit nicht ausgehandelt – AGB-Kontrolle
  - *„die ersten zwanzig Überstunden sind mit drin“*  
Wirksame mündliche Hauptleistungsbestimmung – hinreichend transparent, keine Inhaltskontrolle  
(BAG 16.5.2012 – 5 AZR 331/11 – Rn. 23)
  - *„Die Vertragspartner sind sich darüber einig, dass eventuelle Mehrarbeit mit dem Gehalt pauschal abgegolten ist“* oder *„Der Arbeitnehmer erhält für die Über- und Mehrarbeit keine weitergehende Vergütung.“*  
Intransparent iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und unwirksam, da für AN nicht erkennbar, in welchem Umfang er Arbeitsleistung für sein Gehalt erbringen muss  
(BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11 -; 22.2.2012 – 5 AZR 765/10 - mwN)

# II. Überstundenvergütung

- Fehlende (oder unwirksame) Regelung → § 612 BGB
  - Voraussetzung „objektive Vergütungserwartung“
  - „wird zwar in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein“, aber kein allgemeiner Rechtsgrundsatz
  - objektiver Maßstab unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander
  - Kann fehlen, wenn
    - arbeitszeitbezogene und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen zeitlich verschränkt sind  
(BAG 27.6.2012 – 5 AZR 530/11 – [zusätzliche Provisionsvergütung])
    - Dienste höherer Art geschuldet sind oder
    - deutlich herausgehobene Vergütung gezahlt wird – idR bei Überschreiten der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung  
(Bejaht BAG 21. September 2011 - 5 AZR 629/10 – [Lagerleiter Spedition]; verneint BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10 – [Rechtsanwalt mit Partnerschaftsaussicht])

# II. Überstundenvergütung

- **Aber:** Mindestanspruch auf Mindestlohn nach MiLoG oder anderen zwingenden Lohnuntergrenzen!
  - Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG ist gesetzlicher Anspruch, der eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltanspruch tritt
  - Unabhängig von Grad der Inanspruchnahme für jede geleistete Arbeitsstunde; schließt Überstunden ein
  - § 3 MiLoG gewährt Differenzanspruch - alle im Synallagma stehenden Entgeltleistungen des Arbeitgebers sind geeignet, den Mindestlohnanspruch (auch für Überstunden) zu erfüllen. Ausnahmen:
    - Zahlungen ohne Rücksicht auf tatsächliche Arbeitsleistung
    - besondere gesetzliche Zweckbestimmung (zB § 6 Abs. 5 ArbZG) (zB BAG 29.6.2016 – 5 AZR 716/16 -; 20.9.2017 – 10 AZR 171/16 -)
  - Rechtsprechung zu § 612 BGB muss insoweit ergänzt werden

# III. Darlegungs- und Beweislast

- Darlegungs- und Beweislast für Ansprüche liegt nach allgemeinen prozessualen Regeln beim Kläger
  - Ausnahme bei besonderer gesetzlicher Regelung (zB BAG 3.8.2016 – 10 AZR 710/14 - [§ 315 BGB])
  - IdR abgestufte Darlegungslast, wenn größere Sachnähe des Gegners oder fehlende Kenntnismöglichkeit des Klägers von Einzelheiten (zB BAG 14.12.2011 – 10 AZR 517/10 – [Soka Bau]; 2.3.2017 – 2 AZR 427/16 – [§ 23 KSchG])
  - !AN kennt sein Arbeitszeit und kann diese unschwer aufzeichnen!
- **Stufenmodell des BAG**
  - 1. Stufe – Umfang der geleisteten Arbeitsstunden
    - AN hat darzulegen, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des AG zur Arbeit bereitgehalten hat
    - AG hat substantiiert zu erwidern und vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen - nicht - nachgekommen ist



# III. Darlegungs- und Beweislast

- „keine schematische Anwendung der Grundsätze“ - konkrete Anforderungen an den Vortrag beider Seiten jeweils nach Tätigkeit und betrieblichen Abläufen
- Beispiel Fahrer: Darlegung des AN, an welchen Tagen welche Tour wann begonnen und geendet hat, genügt – AG muss konkret, ua anhand der Aufzeichnungen nach § 21a ArbZG („Hilfsmittel“), Zeitaufwand bestreiten – erst dann muss AN besondere Umstände zur Begründung der Überschreitung Normal-AZ vortragen (zB BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12 – [Handwerker Gebäudemanagement]; 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 -; 16.5.2012 - 5 AZR 347/11 – [Fahrer])
- 2. Stufe – Veranlassung durch AG (Zurechnung)
  - „Arbeitgeber muss sich Leistung und Vergütung von Überstunden nicht aufdrängen lassen, Arbeitnehmer kann nicht durch überobligatorische Mehrarbeit seinen Vergütungsanspruch selbst bestimmen“
  - Überstunden müssen vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sein (stRspr zB BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12 – mwN)

# III. Darlegungs- und Beweislast

- Darlegungslast liegt beim AN
- Ausdrückliche Anordnung: Wer hat wann auf welche Weise wieviele Überstunden angeordnet
- Konkludente Anordnung: Arbeit ist wegen Menge oder Zeitvorgabe nur durch Leistung von Überstunden zu bewältigen – je nach Zeitrahmen Darlegung, dass kein flexibler Ausgleich möglich – bloße Anwesenheit begründet keine Vermutung
- Billigung: Fehlende vorherige Anordnung wird durch nachträgliche Genehmigung ersetzt – Abzeichnung durch AG, Einstellung in Arbeitszeitkonto – bloße Entgegennahme von Aufzeichnungen ohne Hinweis auf Überstunden soll nicht genügen (str.)
- Duldung: AG kennt Überstundenleistung und nimmt diese hin; trifft keine Vorkehrungen, weitere Überstunden zu verhindern – Darlegung, von welchen wann geleisteten Überstunden der AG auf welche Weise wann Kenntnis erlangt hat und dass weitere Überstundenleistung im Anschluss erfolgte

(vgl. im Einzelnen BAG 10.4.2013 – 5 AZR 122/12 –; kritisch zB LAG Berlin-Brandenburg – 15 Sa 66/17 - [„Herr im eigenen Betrieb“ – AG kann AN nach Hause schicken])

# III. Darlegungs- und Beweislast

- **Besonderheiten Arbeitszeitkonto**
  - Darlegung über Vereinbarung eines Arbeitszeitkontos und Bestehen eines Guthabens genügen zur Schlüssigkeit der Klage auf (finanziellen) Ausgleich des Zeitguthabens
  - AG stellt mit vorbehaltloser Ausweisung von Guthabenstunden in einem für den AN geführten Arbeitszeitkonto dessen Saldo streitlos
  - (Vertragswidrige) Unterlassung der Führung des Arbeitszeitkontos führt allerdings zu allgemeiner Verteilung der Darlegungslast (BAG 23.9.2015 – 5 AZR 767/13 -)
  
- **Bedeutung gesetzlicher Aufzeichnungspflichten**
  - § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG (*„über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 hinausgehende Arbeitszeit“*)
  - § 21a Abs. 7 S. 1 ArbZG (*„die Arbeitszeit“*)
  - § 17 MiLoG iVm. § 8 SGB IV, § 2 SchwarzArbG, AÜG; § 17c iVm. § 3a AÜG; § 19 Abs. 1 iVm. §§ 4-7a AEntG; § 6 GSA Fleisch (*„Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit“*)

# III. Darlegungs- und Beweislast

- Öffentlich-rechtliche Pflichten, die jeweils bußgeldbewehrt sind
  - AG kann Pflichten im Innenverhältnis auf AN übertragen
- Keine Regelungen über privatrechtliche Wirkungen
  - Ausnahme § 21a Abs. 7 S. 3 ArbZG: Anspruch des AN auf Aushändigung Kopie
  - Inhalt der Aufzeichnungen (in beide Richtungen) widerlegbar (BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – Rn. 27)
- ME keine hinreichende Grundlage für Annahme einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast
  - gilt auch im Fall einer Delegation auf den AN (aA Müller-Wenner AuR 2017, 476)
- Aber: Berücksichtigung bei sekundärer Darlegungslast – AG muss sich konkret erklären
  - Trägt AG vor, es gebe keine Aufzeichnungen: Owi!

# IV. Prozessuale Fragen

## ■ **Arbeitszeitkonto - Stundengutschriften**

- Anträge müssen hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sein
- Darlegung, dass Arbeitszeitkonto geführt wird, Gutschrift noch möglich ist und an welcher Stelle des Arbeitszeitkontos die Gutschrift erfolgen soll  
(BAG 23.3.2016 – 5 AZR 758/13 – Rn. 24; 19.3.2014 – 5 AZR 954/12 -; 17.11.2011 – 5 AZR 681/09 -)

## ■ **Darlegung – Bezugnahme auf Anlagen**

- Bloße Bezugnahme auf Anlagen (Stundenaufstellungen oä) ist keine Darlegung; Bezugnahme ersetzt keinen Sachvortrag
- Ggf. Hinweispflicht des Gerichts nach § 139 ZPO  
(BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11 – Rn.29; vgl. aber BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – Rn. 10 f. [zu entsprechendem Vortrag im Schriftsatz])

# IV. Prozessuale Fragen

- **Stufenklage – Auskunft/Herausgabe**
  - Stufenklage (zB § 21a Abs. 7 S. 3 ArbZG) begründet nicht nur die Rechtshängigkeit des Auskunftsanspruchs, sondern auch des unbezifferten Hauptanspruchs
    - wahrt auch zweistufige Ausschlussfrist (BAG 3.8.2016 – 10 AZR 710/14 – Rn. 24)
  
- **Vorlagepflichten von Urkunden im Prozess**
  - Beweisantritt: Vorlage durch den Gegner (§§ 421 ff. ZPO)
  - Vorlagepflicht nur, wenn materiell-rechtliche Verpflichtung des Gegners (§ 422 ZPO) oder eigene Bezugnahme durch diesen auf Urkunde (§ 423 ZPO)
    - Ersteres besteht im Arbeitsverhältnis regelmäßig nicht
    - Ausnahme mglw. § 21a Abs. 7 Satz 3 ArbZG
    - Keine Verpflichtung zur Vorlage aus abgestufter Darlegungslast (BGH 26.6.2007 – XI ZR 277/05 -)

# IV. Prozessuale Fragen

- **Aber:** Möglichkeit der Anordnung der Vorlage durch Gericht nach dessen Ermessen (§ 142 ZPO)

*(1) Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Das Gericht kann hierfür eine Frist setzen sowie anordnen, dass die vorgelegten Unterlagen während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Geschäftsstelle verbleiben.*

*(2) Dritte sind zur Vorlegung nicht verpflichtet, soweit ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung gemäß den §§ 383 bis 385 berechtigt sind...*

- Unabhängig davon, wer sich auf die Urkunde bezieht
- Möglichkeit befreit Partei nicht von Substantiierungslast; Voraussetzung ist schlüssiger, auf konkrete Tatsachen bezogener Vortrag der Partei
- Bei Nichtbefolgung der Anordnung ist dieses Verhalten durch das Gericht frei zu würdigen  
(BGH 26.6.2007 – XI ZR 277/05 -)

# IV. Prozessuale Fragen

## ■ **Schätzung nach § 287 ZPO**

- Steht fest, dass Überstunden in einem bestimmten Zeitraum geleistet wurden, weil zugewiesene Arbeit nicht ohne diese zu erbringen war und
- kann der AN nicht jede Überstunde belegen (zB fehlende Aufzeichnungen, fehlende Kontrolle des AG, keine Zeugen)
  - Schätzung des Mindestmaßes an Überstunden möglich, sofern ausreichende Anknüpfungstatsachen vorliegen (BAG 25.3.2015 – 5 AZR 602/13 – Rn. 21; 13.12. 2016 – 9 AZR 574/15 – Rn. 52)



---

# Vielen Dank!

---

3. Campus Arbeitsrecht  
8. März 2018, Frankfurt am Main  
Waldemar Reinfelder  
Richter am Bundesarbeitsgericht