

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 21. Dezember 2016
- 5 AZR 362/16 -
ECLI:DE:BAG:2016:211216.U.5AZR362.16.0

I. Arbeitsgericht Dresden

Urteil vom 10. März 2015
- 6 Ca 2125/14 -

II. Sächsisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 7. Januar 2016
- 9 Sa 335/15 -

Entscheidungsstichworte:

Überstundenprozess - Darlegungs- und Beweislast

Leitsatz:

Der Arbeitnehmer genügt der ihm obliegenden Darlegungslast für die Leistung von Überstunden, wenn er schriftsätzlich vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereit gehalten hat.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiterer Parallelsache

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 362/16
9 Sa 335/15
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Dezember 2016

URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Dezember 2016 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Mandrossa und Bormann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 7. Januar 2016 - 9 Sa 335/15 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Vergütung von Überstunden. 1
- Der Kläger war vom 11. Oktober 2010 bis zum 31. Juli 2014 bei der Beklagten als Kraftfahrer beschäftigt. Bei einer vereinbarten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 48 Stunden erhielt er ein Bruttomonatsgehalt von zuletzt 1.600,00 Euro. Er war arbeitsvertraglich verpflichtet, „im gesetzlichen Rahmen Mehrarbeit zu leisten“. 2
- Aufgabe des Klägers war im Wesentlichen der Transport von Baustahl im In- und Ausland. Die dabei benutzten Lastzüge der Beklagten sind mit einem digitalen Kontrollgerät ausgestattet, bei dem der Fahrer Zeiten, die nicht Lenkzeit sind, manuell als „sonstige Arbeitszeit“ oder „Pause“ kennzeichnen muss. 3
- Mit der am 21. Juli 2014 eingereichten und der Beklagten am 26. Juli 2014 zugestellten Klage hat der Kläger Überstundenvergütung verlangt und geltend gemacht, im Zeitraum August 2011 bis Juni 2014 369,85 Überstunden geleistet zu haben. Diese hat er anhand seiner Fahrerkarte errechnet, deren Auswertung er als Anlage zu einem erstinstanzlichen Schriftsatz zu den Akten gereicht hat. Außerdem hat er in der Berufungsinstanz schriftsätzlich auf über 30 Seiten für den Streitzeitraum dargelegt, an welchen Tagen er von wann bis wann welche Tour gefahren sei. Bei der Höhe der Überstundenvergütung hat 4

der Kläger in jedem Monat unterschiedliche Bruttostundenlöhne zugrunde gelegt und einen Überstundenzuschlag von 25 % angesetzt.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 5
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.101,92 Euro brutto
nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basis-
zinssatz seit dem 27. Juli 2014 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und Leistung sowie Anord- 6
nung von Überstunden bestritten. Sie könne nicht mehr nachvollziehen, welche
sonstigen Arbeitszeiten außerhalb der Lenkzeiten angefallen seien, zumal nach
§ 21a Abs. 3 ArbZG nicht jede Wartezeit beim Be- und Entladen Arbeitszeit sei.
Bei einer Arbeitszeit von 48 Wochenstunden habe der Kläger für das vereinbar-
te Bruttomonatsgehalt 208,8 Stunden monatlich arbeiten müssen, so dass eine
Überstunde nur mit einem Bruttostundenlohn von 7,66 Euro zu vergüten wäre.
Für einen Überstundenzuschlag fehle es an der Rechtsgrundlage. Jedenfalls
sei ein eventueller Anspruch auf Überstundenvergütung verwirkt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage - soweit sie in die Revisionsinstanz ge- 7
langt ist - abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers
zurückgewiesen. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision ver-
folgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des 8
Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsge-
richt.

I. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann die Berufung des 9
Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts nicht zu-
rückgewiesen werden. Die Annahme, der Kläger habe seiner Darlegungslast

zur Leistung von Überstunden nicht genügt, ist auf der Basis der bisherigen Feststellungen nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, die Darlegung der Leistung von Überstunden durch den Arbeitnehmer müsse entsprechend § 130 Nr. 3 ZPO schriftsätzlich erfolgen. Beigefügte Anlagen können den schriftsätzlichen Vortrag nicht ersetzen, sondern lediglich erläutern oder belegen, verpflichten das Gericht aber nicht, sich die unstreitigen oder streitigen Arbeitszeiten aus den Anlagen selbst zusammenzusuchen (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 29, BAGE 141, 330*). Diese Begründung vermag aber die Zurückweisung der Berufung nicht zu tragen. Denn der Kläger hat sich in der Berufungsinstanz nicht nur auf Anlagen berufen, sondern - wie die Revision zu Recht geltend macht (§ 551 Abs. 3 Satz 2 ZPO) - im Schriftsatz vom 10. Dezember 2015 im Einzelnen dargelegt, an welchen datumsmäßig bezeichneten Tagen er im Streitzeitraum von wann bis wann im Rahmen welcher Tour gearbeitet haben will. Diesen Sachvortrag hat das Landesarbeitsgericht offenbar nicht zur Kenntnis genommen und erwogen, anderenfalls hätte es sich damit in den Entscheidungsgründen auseinandersetzen müssen (*vgl. BVerfG 14. März 2013 - 1 BvR 1457/12 - Rn. 10*). 10

2. Auch die weitere Begründung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Zu Unrecht verlangt das Landesarbeitsgericht bereits auf der ersten Stufe der Darlegung der Leistung von Überstunden die Angabe, welche geschuldete Tätigkeit der Kläger erbracht habe, weil ansonsten „weder für die Beklagte noch für das Gericht (...) nachzuvollziehen (sei), ob die Betätigung der entsprechenden Taster durch den Kläger richtig erfolgte“. Das Landesarbeitsgericht vermengt dabei strikt zu trennende Fragen der Darlegung mit solchen der Schlüssigkeit und Glaubwürdigkeit des Tatsachenvortrags (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 11*). Es verkennt, dass die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Mai 2012 (- 5 AZR 347/11 - BAGE 141, 330) keine Beschränkung auf Kraftfahrer enthält, deren Fahrten täglich im Betrieb des Arbeitgebers beginnen und enden. Schließlich lässt die Bemerkung des Landes- 11

arbeitsgerichts zu Wartezeiten bei der Be- und Entladung erkennen, dass es § 21a Abs. 3 ArbZG eine vergütungsrechtliche Relevanz beimisst, die der Norm nicht zukommt (vgl. BAG 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 - Rn. 24 ff. mwN, BAGE 137, 366; zur Nichtanwendung der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung auf die Vergütung der Arbeitnehmer EuGH 10. September 2015 - C-266/14 - Rn. 48 mwN).

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig. 12

1. Die Vergütung von Überstunden setzt - bei Fehlen einer anwendbaren tarifvertraglichen Regelung - entweder eine entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarung oder eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers nach § 612 Abs. 1 BGB voraus. 13

a) Arbeitsvertraglich haben die Parteien die Vergütung von Überstunden weder vereinbart noch ausgeschlossen. Soweit der Arbeitsvertrag den Kläger verpflichtet, „im gesetzlichen Rahmen Mehrarbeit zu leisten“, folgt allein daraus nicht der Ausschluss einer gesonderten Vergütung für Überstunden. 14

b) Nach § 612 Abs. 1 BGB 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 (st. Rspr., vgl. zB BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 17, BAGE 151, 180). Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche objektive Vergütungserwartung (vgl. BAG 17. August 2011 - 5 AZR 406/10 - Rn. 20, BAGE 139, 44; 27. Juni 2012 - 5 AZR 530/11 - Rn. 19 mwN) ergibt sich jedenfalls daraus, dass der Kläger als Kraftfahrer keine Dienste höherer Art schuldet 15

und keine deutlich herausgehobene, über der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung liegende Vergütung gezahlt wurde.

2. Der Anspruch des Klägers auf Überstundenvergütung ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht verwirkt. 16

Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung. Sie setzt voraus, dass der Gläubiger sein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat und dabei unter Umständen untätig geblieben ist, die den Eindruck erwecken konnten, er wollte auch künftig seine Rechte nicht mehr geltend machen. Zudem muss der Verpflichtete sich darauf einstellen dürfen, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 20, BAGE 141, 330*). 17

Danach kommt eine Verwirkung vorliegend nicht in Betracht. Unbeschadet der Frage, ob - und ggf. für welchen Zeitraum - im Streitfall überhaupt das Zeitmoment erfüllt ist, ergeben sich aus dem Vorbringen der Beklagten und dem unstreitigen Sachverhalt keine Tatsachen, die geeignet wären, die Annahme zu rechtfertigen, der Beklagten sei es aufgrund eigener Disposition „unzumutbar“ geworden, die Ansprüche des Klägers zu erfüllen, oder es sei ihr aufgrund sonstiger Umstände unzumutbar, sich auf die Klage einzulassen (*vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 60 f. mwN*). 18

III. Ob und ggf. in welchem Umfang die Klage begründet ist, kann der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 19

Im erneuten Berufungsverfahren wird Folgendes zu beachten sein: 20

1. Der Arbeitgeber ist nach § 611 Abs. 1 BGB zur Gewährung der vereinbarten Vergütung für die vereinbarte Arbeitsleistung verpflichtet. Legen die Parteien - wie im Streitfall - einen bestimmten Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung (Regel- oder Normalarbeitszeit) fest, betrifft die Vergütungspflicht zu- 21

nächst (nur) die Vergütung der vereinbarten Normalarbeitszeit. Verlangt der Arbeitnehmer gestützt auf § 612 Abs. 1 BGB weitere Vergütung, treffen ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür, über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinaus gearbeitet zu haben und dass die Leistung von Überstunden vom Arbeitgeber veranlasst worden oder sie ihm zumindest zuzurechnen ist (*BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 9, 13 ff.*).

2. Der Darlegungslast für die Leistung von Überstunden hat der Kläger auf der ersten Stufe der Darlegung genügt. 22

a) Dafür ist es ausreichend, dass der Arbeitnehmer schriftsätzlich vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat. 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 (*st. Rspr., vgl. zB BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 9 mwN*). Lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der Sachvortrag des Arbeitnehmers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Diese Grundsätze dürfen nicht gleichsam schematisch angewandt werden, sondern bedürfen stets der Berücksichtigung der im jeweiligen Streitfall zu verrichtenden Tätigkeit und der konkreten betrieblichen Abläufe. So kann ein Kraftfahrer wie der Kläger, 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 gestuften Darlegungslast ist es dann Sache des Arbeitgebers, unter Auswertung der Aufzeichnungen nach § 21a Abs. 7 Satz 1 ArbZG substantiiert darzulegen, an welchen Tagen der Arbeitnehmer aus welchen Gründen im geringeren zeitlichen Umfang als von ihm behauptet gearbeitet haben muss (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 28, BAGE 141, 330*).

23

- b) Diesen Anforderungen genügt der Sachvortrag des Klägers in der Berufungsinstanz. Er hat im Schriftsatz vom 10. Dezember 2015 für den Streitzeitraum dargelegt, welche Touren ihm an welchen Tagen zugewiesen waren und an welchen Tagen er im Rahmen dieser Touren von wann bis wann gearbeitet haben will. Dabei ist es zivilprozessual nicht zu beanstanden, wenn ein Arbeitnehmer, der bei Ausübung seiner Tätigkeit in verschiedenen orts- und jahreszeitabhängig bestimmten Zeitzonen Arbeit verrichten muss, Uhrzeitangaben in der Weltzeit (UTC) vorträgt. Anderenfalls könnte zB fliegendes Personal geleistete Arbeitsstunden gar nicht verständlich darlegen. Mit dem Vortrag, zu bestimmten Zeiten gearbeitet zu haben, behauptet der Arbeitnehmer zugleich, während der genannten Zeiten die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbracht zu haben (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 10*). Zudem hat der Kläger bereits erstinstanzlich erläutert, dass er zur Arbeitszeit nicht nur die Lenkzeiten zählt, sondern auch Standzeiten, die der Arbeitsvorbereitung dienen oder beim Be- und Entladen anfallen. Weitere Angaben sind von ihm auf der ersten Stufe der Darlegung nicht zu verlangen (*so bereits BAG 11. März 1981 - 5 AZR 878/78 - zu II 2 der Gründe*). 24
- c) Im Rahmen der gestuften Darlegungslast ist es nunmehr Sache der Beklagten, zu den behaupteten Arbeitszeiten substantiiert Stellung zu nehmen. Dafür reicht es nicht, wenn sie - wie bislang - auf eine aus ihrer Sicht fehlende Kontrollmöglichkeit hinweist und die Richtigkeit der Bedienung des digitalen Kontrollgeräts in Frage stellt. 25
- aa) Als Arbeitgeberin weiß die Beklagte, welche Tätigkeit(en) sie dem Kläger in Ausübung ihres Weisungsrechts generell (zB Überprüfen des Fahrzeugs auf Verkehrssicherheit, Sicherung der Ladung, Reinigung des Fahrzeugs) und speziell (Lieferung von was an wen an welchem Tag) zugewiesen hat. Die Beklagte hat damit Kenntnis davon, mit welchen Touren sie den Kläger an welchen Tagen beauftragt hat und welche Arbeiten dabei angefallen sind und kann sich nicht auf Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) zurückziehen. 26

Weiterhin ist es Sache der Beklagten, allgemein oder im konkreten Einzelfall den Zeitaufwand für die Erledigung der zugewiesenen Arbeiten zu ermitteln. Dabei stehen ihr als Hilfsmittel die von ihr als Arbeitgeberin nach § 21a Abs. 7 Satz 1 ArbZG korrekt (vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG) zu erstellenden Aufzeichnungen zur Verfügung, die - weiter gehend als § 16 Abs. 2 ArbZG - alle Arbeitszeiten eines Kraftfahrers enthalten müssen (vgl. zum Inhalt der Aufzeichnungspflicht im Einzelnen: Buschmann/Ulber ArbZG 8. Aufl. § 21a Rn. 44 ff.; Schliemann ArbZG 3. Aufl. § 21a Rn. 39). Die mindestens zwei Jahre aufzubewahrenden (§ 21a Abs. 7 Satz 2 ArbZG) Aufzeichnungen, von denen dem Arbeitnehmer auf Verlangen eine Kopie auszuhändigen ist (§ 21a Abs. 7 Satz 3 ArbZG), dienen zwar primär der Kontrolle der Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen durch die Aufsichtsbehörden (vgl. § 17 Abs. 4 ArbZG). Zugleich sind sie aber - wie die Kontrollgeräte nach der VO (EWG) Nr. 3821/85 - für Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein geeignetes Hilfsmittel bei der Rekonstruktion und Darlegung der Arbeitszeit, ohne ihnen den Nachweis der Unrichtigkeit der Aufzeichnungen abzuschneiden.

27

Reichen die Aufzeichnungen nach § 21a Abs. 7 ArbZG zur substantiierten Erwidern nicht aus oder misstraut der beklagte Arbeitgeber - wie im Streitfall - der Redlichkeit seines Beschäftigten, obliegt es dem Arbeitgeber, durch geeignete organisatorische Maßnahmen oder Erkundigungen (vgl. BAG 17. August 2011 - 5 AZR 490/10 - Rn. 24, BAGE 139, 36) sicherzustellen, dass er zB weiß, bei welchem Auftrag wie lange Wartezeiten beim Be- und Entladen angefallen sind. Ferner ist es grundsätzlich seine Sache, im Voraus die Ruhepausen festzulegen und damit Kenntnis davon zu haben, an welchen Tagen der Arbeitnehmer zu welchen Zeiten weder Arbeit leisten noch sich dafür bereithalten musste und frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen konnte (vgl. zum Begriff der Pause BAG 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 21 mwN, BAGE 151, 45).

28

bb) Soweit die Beklagte meint, Wartezeiten beim Be- und Entladen seien unter den Voraussetzungen des § 21a Abs. 3 ArbZG generell keine vergütungspflichtige Arbeitszeit, ist das nicht zutreffend.

29

(1) Zwar ist nach § 21a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 ArbZG die Zeit, während derer sich ein als Fahrer oder Beifahrer bei Straßenverkehrstätigkeiten beschäftigter Arbeitnehmer am Arbeitsplatz bereithalten muss, um seine Tätigkeit aufzunehmen, abweichend von § 2 Abs. 1 ArbZG keine Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitrechts, wenn der Zeitraum und dessen voraussichtliche Dauer im Voraus, spätestens unmittelbar vor Beginn des betreffenden Zeitraums bekannt ist. Ob die Norm in ihrer Pauschalität mit der Definition der Arbeitszeit in Art. 3 Buchst. a Nr. 1 2. Spiegelstrich Richtlinie 2002/15/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben (*ABl. EG L 80 vom 23. März 2002 S. 35, im Folgenden RL 2002/15/EG*) vereinbar ist (*verneinend: Schliemann ArbZG 3. Aufl. § 21a Rn. 29; Buschmann/Ulber ArbZG 8. Aufl. § 21a Rn. 13; vgl. auch Baeck/Deutsch ArbZG 3. Aufl. § 21a Rn. 15; ErfK/Wank 17. Aufl. § 21a ArbZG Rn. 5; HWK/Gäntgen 7. Aufl. § 21a ArbZG Rn. 5 Fn. 6*), kann dahingestellt bleiben. § 21a ArbZG hat nur arbeitszeitschutzrechtliche Bedeutung und ist für die Vergütungspflicht des Arbeitgebers ohne Belang (*vgl. im Einzelnen: BAG 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 - Rn. 19 ff., BAGE 137, 366; 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 9, BAGE 141, 330; Baeck/Deutsch ArbZG 3. Aufl. § 21a Rn. 21; Buschmann/Ulber ArbZG 8. Aufl. § 21a Rn. 12; ErfK/Wank 17. Aufl. § 21a Rn. 5; HWK/Gäntgen 7. Aufl. § 21a Rn. 6*).

30

(2) Kann der Kläger während des Be- und Entladens durch Dritte nicht frei über seine Zeit verfügen, sondern muss sich etwa in einer Warteschlange zum Aufrücken bereithalten, leistet er vergütungspflichtige Arbeit iSv. § 611 Abs. 1 BGB. Dazu zählt nicht nur jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient, sondern auch eine vom Arbeitgeber veranlasste oder ihm zuzurechnende Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz (*zum Begriff des Arbeitsplatzes bei der Beschäftigung als Fahrer oder Beifahrer im Straßentransport sh. Art. 3 Buchst. c RL 2002/15/EG*) oder einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle anwesend sein muss und nicht frei über die Nutzung seiner Zeit bestimmen kann, er also weder eine Pause (§ 4 ArbZG)

31

noch Freizeit hat. Diese Voraussetzung ist bei Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst erfüllt (*st. Rspr., vgl. nur BAG 19. November 2014 - 5 AZR 1101/12 - Rn. 16 mwN, BAGE 150, 82; 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 28*), und zwar auch dann, wenn sich die Notwendigkeit von Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst aus Verzögerungen im Betriebsablauf des zu beliefernden Kunden ergibt. Denn nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber trägt das Wirtschaftsrisiko.

3. Soweit die Beklagte bislang pauschal die Anordnung von Überstunden bestritten hat, ist das unbehelflich. Wenn ein Kraftfahrer für eine angewiesene Tour eine bestimmte Zeit benötigt und sie nur unter Leistung von Überstunden ausführen kann, waren die Überstunden - unabhängig von einer ausdrücklichen Anordnung - jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig. Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitgeber darlegen kann, dass die von ihm dem Arbeitnehmer zugewiesene Tour unter Beachtung der Rechtsordnung, insbesondere der für die Beschäftigung von Arbeitnehmern als Fahrer bei Straßenverkehrstätigkeiten geltenden (Sozial-)Vorschriften und des Straßenverkehrsrechts, innerhalb der Normalarbeitszeit gefahren werden kann. Erst dann obliegt es dem Arbeitnehmer, besondere Umstände darzutun, die zur Überschreitung der Normalarbeitszeit führten (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 31 mwN, BAGE 141, 330*). 32
4. Die Berechnung der Klageforderung ist bislang nicht in jeder Hinsicht schlüssig. Der Kläger wird deshalb im erneuten Berufungsverfahren sein Rechenwerk überprüfen, näher erläutern und ggf. korrigieren müssen. 33
- a) Unzutreffend legt der Kläger bei der Ermittlung der Anzahl von Überstunden eine monatliche Betrachtungsweise zugrunde. Vereinbaren die Parteien ein Monatsentgelt, muss der Arbeitnehmer dafür grundsätzlich gemäß § 611 Abs. 1 BGB Arbeit im Umfang der in einem Monat geschuldeten Arbeitszeit erbringen. Doch haben die Parteien in § 2 Arbeitsvertrag eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden vereinbart mit der Verpflichtung des Klägers, im gesetzlichen Rahmen Mehrarbeit zu leisten. Die verwendeten Termini 34

„regelmäßige Arbeitszeit“ und „Mehrarbeit“ knüpfen an die - im Arbeitszeitgesetz nicht mehr enthaltene - Begrifflichkeit der Arbeitszeitordnung an, die in § 3 eine regelmäßige Arbeitszeit von acht Stunden werktäglich und in den §§ 6 ff. darüber hinausgehende Mehrarbeit in bestimmten Fällen vorsah. Mit einer solchen Regelung verdeutlichen die Parteien, dass die vergütungsrelevante Arbeitszeit nicht starr 48 Wochenstunden betragen, sondern in dem arbeitszeitrechtlich erlaubten Umfang geschuldet sein soll. Vereinbart ist damit auch die in § 21a Abs. 4 ArbZG eröffnete Flexibilisierungsmöglichkeit, die konstitutiver Bestandteil der öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitregelung ist. Zudem berücksichtigt ein solches Verständnis das Berufsbild eines Fernfahrers, dessen Arbeitszeit sich an den durchzuführenden Touren orientiert und der seine Arbeitsleistung nicht gleichbleibend an allen Tagen jeder Kalenderwoche erbringt (*vgl. BAG 18. April 2012 - 5 AZR 195/11 - Rn. 18 ff.*).

Überstunden fallen deshalb dann und in dem Umfang an, in dem im Ausgleichszeitraum des § 21a Abs. 4 ArbZG im Durchschnitt 48 Stunden wöchentlich überschritten werden. Hat der Arbeitgeber den Ausgleichszeitraum nicht von vornherein festgelegt, bestimmt im Überstundenprozess der Arbeitnehmer mit dem Streitzeitraum den Beginn der Ausgleichszeiträume von vier Kalendermonaten oder 16 Wochen, wobei der Arbeitgeber einwenden kann, bei einem anderen Beginn würden sich rechnerisch keine oder weniger Überstunden ergeben (*vgl. - zum Gesamtvergleich bei equal pay - BAG 23. Oktober 2013 - 5 AZR 556/12 - Rn. 33*).

b) Weil die Parteien arbeitsvertraglich als Normalvergütung eine Monatsvergütung vereinbart haben, ist diese auch für die Bezahlung von Überstunden maßgeblich. Für den Geldfaktor ist die vereinbarte Bruttomonatsvergütung durch die dafür durchschnittlich geschuldeten 208 Arbeitsstunden zu dividieren. Gewährt der Arbeitgeber über die die Normalarbeitsleistung honorierende Grundvergütung hinaus arbeitszeitunabhängige Sonderleistungen, sind diese nicht zu berücksichtigen.

c) Der Kläger hat bei der Berechnung der Klageforderung einen Über- 37
stundenzuschlag von 25 % angesetzt. Eine Anspruchsgrundlage hierfür ist nicht
ersichtlich, insbesondere ergibt sich diese - entgegen der Auffassung des Klä-
gers - nicht „aus den Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes“.

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Mandrossa

Bormann