

Bundesarbeitsgericht  
Erster Senat

Urteil vom 17. August 2021  
- 1 AZR 56/20 -  
ECLI:DE:BAG:2021:170821.U.1AZR56.20.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 15. Januar 2018  
- 9 Ca 2158/17 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 9. Oktober 2019  
- 19 Sa 706/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Überstundenvergütung - Betriebsvereinbarungen zur Dauer der Arbeitszeit und zu Arbeitszeitkonten

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 1 AZR 175/20 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



1 AZR 56/20

19 Sa 706/18

Hessisches

Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
17. August 2021

## URTEIL

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger, Revisionskläger  
und Anschlussrevisionsbeklagter,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte  
und Anschlussrevisionsklägerin,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom  
17. August 2021 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die  
Richterinnen am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt und Dr. Ahrendt sowie die

ehrenamtliche Richterin Wege und den ehrenamtlichen Richter Stemmer für  
Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers und auf die Anschlussrevision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 9. Oktober 2019 - 19 Sa 706/18 - im Kostenauspruch und insoweit aufgehoben, als das Landesarbeitsgericht hinsichtlich der Anträge zu 1. bis 4. sowie zu 8. (Überstundenvergütung für die Jahre 2014 bis 2017) die Berufung des Klägers und hinsichtlich der Hilfsanträge zu 5. und 9. (Überstundengutschrift auf Arbeitszeitkonto) sowie der Anträge zu 6. und 7. (Schichtzuschläge für die Jahre 2014 und 2015) die Berufung der Beklagten - unter Stattgabe der Berufung des Klägers hinsichtlich des Hilfsantrags zu 5. - gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 15. Januar 2018 - 9 Ca 2158/17 - zurückgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten im Wesentlichen über Arbeitsvergütung. 1

Die Beklagte produziert in ihrem Betrieb in B Hydraulikkomponenten, Getriebeelemente und Klimamodule. Sie ist „Mitglied ohne Tarifbindung“ im Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e. V. Der Kläger ist langjährig bei ihr und ihren Rechtsvorgängerinnen im gewerblichen Bereich tätig. In seinem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 16. Februar 1996 ist ua. niedergelegt, dass er „einen monatlich nachzahlbaren Bruttomonatslohn auf der Basis von 156,60 Stunden“ erhält und er sich bereit erklärt, „in 2 bzw. 3 Schichten zu arbeiten“, wobei sich die „Arbeitszeit ... nach den innerbetrieblichen Regelungen“ richtet. 2

Mit dem im Betrieb gewählten Betriebsrat schloss eine der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten die zum 1. Oktober 2003 in Kraft getretene „Rahmenbetriebsvereinbarung zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit am Standort B“ (RBV), welche auszugsweise lautet:

3

**„1. Ziel**

Ziel dieser Betriebsvereinbarung ist die langfristige Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der L mit einer damit verbundenen weiteren Standortsicherung in B.

**2. Maßnahmenkatalog**

Dieses Ziel wird durch die Umsetzung aller nachfolgend genannten Einzelmaßnahmen realisiert:

- Einführung der Teamarbeit ...
- Erhöhung der Wochenarbeitszeit (vgl. § 3)
- Einführung von Zeitkonten im gewerblichen Bereich (vgl. § 4)
- Alle Mitarbeiter erhalten zum 1. April 2004 eine garantierte Lohn- bzw. Gehaltserhöhung in Höhe von mindestens 1,3 %. ...

**3. Erhöhung der Wochenarbeitszeit**

Mit Wirkung zum 1. Oktober 2003 beträgt die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit (IRWAZ) für alle Mitarbeiter 40 Stunden. Damit erhöht sich die regelmäßige tägliche Arbeitszeit um 30 Minuten auf 8,0 Stunden zzgl. der bisherigen unbezahlten Pausen. Die Erhöhung der Wochenarbeitszeit erfolgt ohne Lohnausgleich.

Einzelheiten werden in einer separaten Betriebsvereinbarung geregelt.

**4. Einführung von Zeitkonten im gewerblichen Bereich**

Für alle gewerblichen Mitarbeiter wird ein zeitlich unbefristetes Arbeitszeitkonto eingeführt.

Einzelheiten werden in einer separaten Betriebsvereinbarung geregelt. Die Arbeitszeitkonten werden zeitgleich mit der 40-Stunden-Woche eingeführt.

...“

Außerdem schlossen die Betriebsparteien mit Wirkung zum 1. Oktober 2003 die „Betriebsvereinbarung zur Umsetzung der 40-Stunden-Woche und zur Einführung von Zeitkonten im gewerblichen Bereich am Standort B“ (BV). In dieser heißt es ua.:

„Zwischen der Geschäftsleitung und dem Betriebsrat der L GmbH & Co. KG wird die nachfolgende **Betriebsvereinbarung zur Umsetzung der 40-Stunden-Woche** und zur **Einführung von Zeitkonten im gewerblichen Bereich** am Standort B abgeschlossen.

### 1. Zielsetzung

Diese Betriebsvereinbarung hat zum Ziel, die Vorgaben aus der ‚**Rahmenbetriebsvereinbarung zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit am Standort B**‘ vom 15. Juli 2003 in Bezug auf die oben genannten Punkte umzusetzen.

...

### 3. Arbeitszeiten im gewerblichen Bereich für Stammmitarbeiter

Die Schichteinteilung im Rahmen der 40-Stunden-Woche erfolgt gemäß **Anlage 1**. Der Dreischichtbetrieb setzt sich grundsätzlich zusammen aus:

- **5 Frühschichten**  
Montag bis Freitag à 7 ½ Std. zzgl. der bisherigen unbez. Pausen (45 Min.)
- **5 Spätschichten**  
Montag bis Freitag à 7 ½ Std. zzgl. der bisherigen unbez. Pausen (30 Min.)
- **5 Nachtschichten**  
Montag bis Freitag à 7 ¼ Std. zzgl. der bisherigen unbez. Pausen (30 Min.)

Darüber hinaus ist die Arbeit grundsätzlich innerhalb des Zeitfensters von sonntags 20:00 Uhr bis samstags 15:00 Uhr zulässig. In dieser Zeit ist es dem Mitarbeiter möglich, die Sollarbeitszeit von 40 Stunden auszugleichen.

Die Wahl der Ausgleichsarbeitszeit erfolgt in Absprache mit dem Vorgesetzten und unter Berücksichtigung der betrieblichen und gesetzlichen Belange. Es ist darauf zu achten, dass die Arbeitnehmerinteressen ebenso Berücksichtigung finden.

Der Ein- und Zweischichtbetrieb entspricht den Regelungen zur Früh- und Spätschicht.

#### 4. **Einführung von Zeitkonten im gewerblichen Bereich**

##### 4.1 **Arbeitszeitkonten**

Für alle gewerblichen Mitarbeiter wird ein zeitlich unbefristetes Arbeitszeitkonto eingeführt. Alle Arbeitszeiten der Mitarbeiter, die über der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit (IRWAZ) liegen, werden dem Zeitkonto gutgeschrieben. Zeiten, die unterhalb der IRWAZ liegen, werden vom Guthabekonto abgezogen bzw. dem Minusbereich hinzugerechnet.

Das Arbeitszeitkonto bewegt sich im Bereich von minus 40 Stunden bis plus 80 Stunden.

...

##### 4.2 **Zeitausgleich**

Innerhalb und oberhalb des Guthabebereichs können einzelne Mitarbeiter in Abstimmung mit dem Vorgesetzten und unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse stunden- oder tageweise Gutzeiten abbauen.

...

##### 4.3 **Zeitzuschläge**

Für Überstunden, die in den Guthabebereich fließen, werden keine Grundstunden bzw. Mehrarbeitszuschläge ausbezahlt. Überstunden, die oberhalb des Guthabebereichs anfallen, werden mit dem individuellen, aktuellen Stundensatz zzgl. einem Pauschalzuschlag von 25 % vergütet.

Zuschläge für Schicht-, Sonn- und Feiertagsarbeit werden wie bisher vergütet. Auf Wunsch des Mitarbeiters können diese Zuschläge bis auf Widerruf auch in Zeit umgewandelt und mit dem Zeitkonto verrechnet werden.

...“

Die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen gewährten dem Kläger in den Jahren 2004 bis 2016 - außer 2007 und 2009 - jährliche Erhöhungen des sich aus unterschiedlichen Bestandteilen zusammensetzenden Entgelts.

5

Der Kläger arbeitete in den Jahren 2014 bis 2017 entsprechend den Vorgaben der RBV und BV in einer 40-Stunden-Woche, wobei er in diesem Zeitraum

6

an mehreren Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt war. In den Jahren 2014 bis 2016 nahm er an jeweils 30 Arbeitstagen Erholungsurlaub. Darüber hinaus leistete er in den Jahren 2014 und 2015 Spät- und Nachtschichten sowie Sonntagsarbeit, welche mit grundlohnbezogenen Zuschlägen iHv. 10 % für Spätschichten, 25 % für Nachtschichten und 70 % für Sonntagsarbeit vergütet wurden.

Mit seiner Klage hat der Kläger - soweit für die Revision noch von Bedeutung - die Zahlung von Vergütung für Überstunden in den Jahren 2014 bis 2017 einschließlich eines Zuschlags je Stunde iHv. 25 %, hilfsweise hierzu die Gutschrift dieser Überstunden auf seinem Arbeitszeitkonto sowie die Gewährung höherer Zuschläge für Spät-, Nacht- und Sonntagsschichten geltend gemacht. 7

Er hat die Auffassung vertreten, Nr. 3 RBV sei wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unwirksam; maßgeblich sei seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 156,60 Stunden im Monat. Die darüber hinausgehend erbrachten Überstunden seien - im Hinblick auf eine betriebliche Übung mit einem Zuschlag iHv. 25 % - zu vergüten. Zudem habe er Anspruch auf höhere Schichtzuschläge. 8

Der Kläger hat zuletzt, soweit für die Revision von Bedeutung, beantragt, 9

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.592,60 Euro brutto nebst Zinsen hierauf iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2015 zu zahlen (Überstundenvergütung 2014);
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.652,40 Euro brutto nebst Zinsen hierauf iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2016 zu zahlen (Überstundenvergütung 2015);
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.699,20 Euro brutto nebst Zinsen hierauf iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2017 zu zahlen (Überstundenvergütung 2016);
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.914,75 Euro brutto nebst Zinsen hierauf iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. September 2017 zu zahlen (Überstundenvergütung Januar bis August 2017);
5. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen zu 1. bis 4. die Beklagte zu verurteilen, 764 Plusstunden in sein Arbeitszeitkonto einzustellen;

6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 376,93 Euro brutto nebst Zinsen hierauf iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf 32,71 Euro seit dem 1. Februar 2014, auf weitere 10,12 Euro seit dem 1. März 2014, auf weitere 1,93 Euro seit dem 1. April 2014, auf weitere 43,80 Euro seit dem 1. Juni 2014, auf weitere 39,63 Euro seit dem 1. Juli 2014, auf weitere 60,41 Euro seit dem 1. August 2014, auf weitere 36,49 Euro seit dem 1. September 2014, auf weitere 28,44 Euro seit dem 1. Oktober 2014, auf weitere 27,91 Euro seit dem 1. November 2014, auf weitere 47,55 Euro seit dem 1. Dezember 2014 und auf weitere 47,94 Euro seit dem 1. Januar 2015 zu zahlen (Schichtzuschläge 2014);
7. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 388,46 Euro brutto nebst Zinsen hierauf iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf 27,14 Euro seit dem 1. Februar 2015, auf weitere 56,56 Euro seit dem 1. März 2015, auf weitere 67,50 Euro seit dem 1. April 2015, auf weitere 38,66 Euro seit dem 1. Mai 2015, auf weitere 27,79 Euro seit dem 1. Juni 2015, auf weitere 26,80 Euro seit dem 1. Juli 2015, auf weitere 28,72 Euro seit dem 1. August 2015, auf weitere 35,47 Euro seit dem 1. September 2015, auf weitere 10,69 Euro seit dem 1. Oktober 2015, auf weitere 26,53 Euro seit dem 1. November 2015, auf weitere 11,50 Euro seit dem 1. Dezember 2015 und auf weitere 31,10 Euro seit dem 1. Januar 2016 zu zahlen (Schichtzuschläge 2015);
8. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.901,45 Euro brutto nebst Zinsen hierauf iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2018 zu zahlen (Überstundenvergütung September bis Dezember 2017);
9. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 8. die Beklagte zu verurteilen, 68 Plusstunden in sein Arbeitszeitkonto einzustellen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Ansicht vertreten, die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers betrage nach Nr. 3 RBV 40 Stunden in der Woche. Bereits vor Inkrafttreten der RBV habe sie sich auf 37,5 Wochenstunden belaufen. Jedenfalls sei der Umfang der Arbeitszeit aufgrund der mehr als

10



14 Jahre andauernden aktiven Teilnahme an dem in der BV geregelten Arbeitszeitmodell konkludent geändert worden. Zudem habe der Kläger etwaige Ansprüche verwirkt.

Das Arbeitsgericht hat dem Hilfsantrag zu 5. überwiegend sowie den Anträgen zu 6. und 7. vollumfänglich stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers, der die Klage in der Berufungsinstanz zudem um die Anträge zu 8. und 9. erweitert hat, sowie auf die Berufung der Beklagten - unter ihrer jeweiligen Zurückweisung im Übrigen - den Hilfsanträgen zu 5. und 9. vollumfänglich, dem Antrag zu 6. iHv. 365,51 Euro und dem Antrag zu 7. iHv. 388,37 Euro, jeweils nebst Zinsen, stattgegeben. 11

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die Anträge zu 1. bis 4. sowie zu 8. weiter, während die Beklagte mit ihrer Anschlussrevision die vollständige Klageabweisung erstrebt. 12

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers und die Anschlussrevision der Beklagten sind begründet. Im Ergebnis führt das zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) in diesem Umfang und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 13

A. Die Revision des Klägers hat Erfolg. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durften die Klageanträge zu 1. bis 4. sowie zu 8. nicht abgewiesen werden. 14

I. Dies gilt zunächst, soweit der Kläger mit diesen für die Jahre 2014 bis 2017 die Vergütung von Überstunden geltend macht. 15

1. Der Arbeitgeber ist nach § 611 Abs. 1 BGB (*ab 1. April 2017 § 611a Abs. 2 BGB*) zur Zahlung der vereinbarten Vergütung für die vereinbarte Arbeitsleistung verpflichtet. Legen die Parteien einen bestimmten zeitlichen Umfang der 16

zu erbringenden Arbeitsleistung - Regel- oder Normalarbeitszeit - fest, betrifft die Vergütungspflicht zunächst (nur) die Vergütung der vereinbarten Normalarbeitszeit. Erbringt der Arbeitnehmer Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang, ist der Arbeitgeber nach § 612 Abs. 1 BGB zu deren Vergütung verpflichtet, wenn er 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 (vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 13 f. mwN).

a) Der Kläger hat in den streitbefangenen Jahren Arbeitsleistungen in einem seine vereinbarte Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang erbracht. Nach seinem Arbeitsvertrag beträgt die Arbeitszeit 156,60 Stunden im Monat. Diese Normalarbeitszeit wurde weder durch Nr. 3 RBV noch durch eine entsprechende Vereinbarung der Parteien erhöht. 17

aa) Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit des Klägers wurde nicht aufgrund einer Betriebsvereinbarung geändert. Zwar beträgt nach Nr. 3 RBV die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit für alle Mitarbeiter 40 Stunden (ohne Lohnausgleich). Diese Bestimmung ist aber wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unwirksam. 18

(1) Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nach Satz 2 der Vorschrift dann nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Die Regelung in § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG verdeutlicht, dass es den Tarifvertragsparteien vorbehalten bleibt, ob sie ergänzende Betriebsvereinbarungen zulassen wollen oder nicht. Eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen liegt vor, wenn diese in einem nach seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich einschlägigen Tarifvertrag enthalten ist und der Betrieb in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt; auf die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers kommt es nicht an. Der 19

Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung. Allerdings greift diese nicht, soweit es um Angelegenheiten geht, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen (*st. Rspr., vgl. etwa BAG 13. August 2019 - 1 AZR 213/18 - Rn. 41 mwN, BAGE 167, 264*).

(2) Danach wird der Regelungsgegenstand der Nr. 3 RBV von der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erfasst. 20

(a) Der Betrieb der Beklagten unterfällt dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des Gemeinsamen Manteltarifvertrags für die Arbeiter und Angestellten in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes Hessen vom 15. Januar 1982 in der zum 1. Dezember 2000 in Kraft getretenen Fassung vom 14. November 2000 (GMTV). Nach dessen § 2 Nr. 1 Abs. 1 beträgt die wöchentliche Arbeitszeit ohne Pausen 35 Stunden; ihre Verlängerung auf bis zu 40 Stunden ist nach § 2 Nr. 1 Abs. 2 GMTV nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers möglich. Eine Öffnungsklausel für Abweichungen durch Betriebsvereinbarung enthält die Tarifnorm nicht. 21

(b) Die Sperrwirkung ist nicht unter dem Gesichtspunkt einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nach § 87 Abs. 1 BetrVG aufgehoben. Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nur über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG räumt ihm lediglich bei einer vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit ein Mitbestimmungsrecht ein. Seine Mitbestimmungsrechte erstrecken sich damit nicht auf die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit (*vgl. BAG 9. Juli 2013 - 1 ABR 19/12 - Rn. 18, BAGE 145, 330; 24. Januar 2006 - 1 ABR 6/05 - Rn. 17 mwN, BAGE 117, 27*). 22

bb) Die Parteien haben den Arbeitsvertrag des Klägers im Hinblick auf den Umfang der geschuldeten Arbeitszeit nicht dadurch konkludent abgeändert, dass sie diesen entsprechend den Vorgaben der RBV faktisch vollzogen haben. Zwar kann die widerspruchslöse Fortsetzung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer 23

nach einem Änderungsangebot des Arbeitgebers gemäß §§ 133, 157 BGB unter bestimmten Umständen als stillschweigende Annahme der Vertragsänderung angesehen werden. Erforderlich hierfür ist jedoch, dass der Arbeitnehmer in einem solchen Fall erkennen kann und muss, dass seine widerspruchslose Weiterarbeit als Einverständnis mit der angebotenen Vertragsänderung verstanden wird (vgl. BAG 1. August 2001 - 4 AZR 129/00 - zu I 1 b bb (2) der Gründe mwN, BAGE 98, 293). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

(1) Es fehlt bereits an einem konkludenten Angebot einer der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten auf Abänderung des Arbeitsvertrags. Ein solches ergibt sich vor allem nicht aus der unwirksamen Regelung der Nr. 3 RBV. Die Umdeutung einer unwirksamen Betriebsvereinbarung entsprechend § 140 BGB in eine vertragliche Willenserklärung kommt allenfalls dann in Betracht, wenn deren Regelungsgegenstand die Gewährung einer Leistung betrifft und besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, der Arbeitgeber wolle sich unabhängig von der Betriebsvereinbarung auf jeden Fall verpflichten, diese Leistung zu erbringen (vgl. BAG 19. November 2019 - 3 AZR 127/18 - Rn. 55 mwN; vgl. zur Gesamtzusage BAG 23. Januar 2018 - 1 AZR 65/17 - Rn. 27, BAGE 161, 305). 24

(2) Darüber hinaus konnte der Kläger nicht erkennen, dass seine widerspruchslose Weiterarbeit nach Inkrafttreten der RBV als Einverständnis mit einer Vertragsänderung über den Umfang seiner Arbeitszeit hätte verstanden werden können. Soweit er in der Folgezeit in einem seine vertraglichen Regelungen übersteigenden Umfang Arbeitsleistungen erbracht hat, erfolgte dies aus seiner Sicht in Vollziehung der RBV. Dementsprechend ist es auch unerheblich, dass er regelmäßig die durch den Umfang der Schichtdauer bedingte Ausgleichsarbeit geleistet hat. Ebenso führt der Umstand, dass ihm die in Nr. 2 RBV vorgesehene Lohnerhöhung gewährt wurde, zu keinem anderen Ergebnis. Anhaltspunkte, dass die Vertragsparteien übereinstimmend von einer Unwirksamkeit der Regelung in Nr. 3 RBV ausgegangen sind und sie dennoch verbindlich vollziehen wollten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. 25

- cc) Soweit die Beklagte geltend gemacht hat, die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers habe bereits vor Inkrafttreten der RBV 37,5 Wochenstunden betragen, fehlt es an einem hinreichenden Vorbringen für die Annahme einer entsprechenden vertraglichen Änderung der Arbeitszeit. Der bloße Hinweis, dass nach Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 RBV die „regelmäßige tägliche Arbeitszeit“ (nur) „um 30 Minuten“ erhöht sein sollte, genügt nicht. 26
- b) Soweit der Kläger Arbeitsleistungen im Rahmen einer seine Normalarbeitszeit übersteigenden (regelmäßigen) 40-Stunden-Woche erbracht hat, hat die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen dies (mit)veranlasst oder zumindest gebilligt. Der Einsatz des Klägers erfolgte im Schichtbetrieb (*vgl. Nr. 3 Abs. 1 BV*); soweit er darüber hinaus „Ausgleichsarbeit“ nach Nr. 3 Abs. 3 BV leistete, hatte dies „in Absprache mit dem Vorgesetzten“ zu erfolgen. 27
- c) Der Kläger konnte auch eine Vergütung für geleistete Überstunden nach § 612 Abs. 1 BGB erwarten, so dass diese - mangels ausdrücklicher Vereinbarung - als stillschweigend vereinbart gilt. Dies ergibt sich schon daraus, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen (*vgl. BAG 27. Juni 2012 - 5 AZR 530/11 - Rn. 19 mwN*). 28
2. Anders als vom Landesarbeitsgericht angenommen, stehen den Vergütungsansprüchen die betrieblichen Arbeitszeitkontenregelungen nicht entgegen. Die Unwirksamkeit von Nr. 3 RBV bedingt die Unwirksamkeit von Nr. 4 Abs. 1 RBV (*wortgleich mit Nr. 4.1 Abs. 1 Satz 1 BV*). Die Bestimmungen zur weiteren Ausgestaltung der Arbeitszeitkonten in Nr. 4 BV sind damit gegenstandslos. Auf die streitige Frage, ob Nr. 4.3 Abs. 1 Satz 2 BV die Vergütung von Überstunden zumindest „oberhalb des Guthabenbereichs“ von 80 Stunden vorsieht oder ob auch diese Überstunden in das Arbeitszeitkonto einzustellen sind, kommt es deshalb ebenso wenig an wie auf die Frage, ob - wie die Revision des Klägers meint - Regelungen über Arbeitszeitkonten zu ihrer Wirksamkeit zwingend Ausgleichszeiträume enthalten müssen. 29

- a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats führt die Unwirksamkeit einzelner Regelungen einer Betriebsvereinbarung nicht notwendig zu deren Gesamtunwirksamkeit. Nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB ist eine Betriebsvereinbarung nur teilunwirksam, wenn der verbleibende Teil auch ohne die unwirksame Bestimmung eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält (vgl. BAG 15. Mai 2018 - 1 ABR 75/16 - Rn. 31, BAGE 162, 379). Das folgt aus ihrem Normcharakter, der es gebietet, im Interesse der Kontinuität eine einmal gesetzte Ordnung aufrechtzuerhalten, soweit sie ihre Funktion auch ohne den unwirksamen Teil noch entfalten kann. 30
- b) Danach erweist sich die Regelung in Nr. 4 Abs. 1 RBV (*wortgleich mit Nr. 4.1 Abs. 1 Satz 1 BV*) zur Einführung von Arbeitszeitkonten im gewerblichen Bereich als unwirksam. Sie stellt ohne die Einführung der 40-Stunden-Woche keine sinnvolle und in sich geschlossene, praktikable Regelung mehr dar; insbesondere kann sie die ihr zugedachte Funktion nicht mehr erfüllen. Die Betriebsparteien haben beide Regelungen materiell untrennbar miteinander verknüpft. 31
- aa) Das zeigt bereits der Regelungsanlass. Die Einführung der 40-Stunden-Woche und die Einführung von Arbeitszeitkonten im gewerblichen Bereich sind Teil des in Nr. 2 RBV ausgewiesenen Maßnahmenkatalogs zur langfristigen Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit und einer damit verbundenen weiteren Standortsicherung. Die Regelungsverknüpfung drückt sich daneben im zeitpunktidentischen Inkrafttreten der RBV und der - diese umsetzende - BV zum 1. Oktober 2003 sowie der zeitgleichen Einführung der Arbeitszeitkonten und der 40-Stunden-Woche aus (*Nr. 4 Abs. 2 Satz 2 und Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 RBV; Nr. 6 Abs. 2 BV*). 32
- bb) Auch der sonstige Inhalt beider Betriebsvereinbarungen zeigt, dass die Arbeitszeitdauer (40-Stunden-Woche) mit der Einführung von Arbeitszeitkonten im Betrieb untrennbar verknüpft war. 33
- (1) Hierfür spricht deutlich Nr. 1 BV. Danach dient diese Betriebsvereinbarung der Umsetzung der RBV in Bezug auf die 40-Stunden-Woche und die Einführung von Zeitkonten im gewerblichen Bereich. Beiden Maßnahmen haben die 34

Betriebsparteien damit einen spezifischen Regelungszusammenhang beigemesen.

(2) Die inhaltliche Gestaltung der Regelungen bestätigt, dass ohne Verlängerung der Wochenarbeitszeit auf 40 Stunden die Arbeitszeitkonten im gewerblichen Bereich nicht eingeführt worden wären. Die für alle gewerblichen Arbeitnehmer einzurichtenden Zeitkonten waren nach der erkennbaren Regelungsvorstellung der Betriebsparteien notwendig, weil die Dauer der wöchentlichen Schichtzeiten (*vgl. Nr. 3 BV*) nicht mit der wöchentlichen Soll-Arbeitszeit von (regelmäßig) 40 Wochenstunden korrespondierte. Um die Einhaltung dieser „regelmäßigen“ Wochenarbeitszeit sicherzustellen und gleichzeitig die Umsetzung des in Nr. 3 Abs. 2 und Abs. 3 BV vorgesehenen Mechanismus für die „Ausgleichsarbeitszeit“ zu ermöglichen, sollten Konten eingeführt werden, in denen diejenigen Zeiten, die unter- oder oberhalb der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit nach Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 RBV lagen (*vgl. Nr. 4.1 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BV*), erfasst und miteinander „verrechnet“ werden. Damit dienten die Arbeitszeitkonten der erfassungstechnischen Administration der 40-Stunden-Woche.

c) Die Unwirksamkeit von Nr. 4 Abs. 1 RBV hat zur Folge, dass sämtliche Regelungen zur Ausgestaltung der Arbeitszeitkonten in Nr. 4 BV gegenstandslos sind. Da diese maßgeblich auf der Einführung der (regelmäßigen) 40-Stunden-Woche aufbauen, verbleibt für sie ohne wirksame Vereinbarung dieser betrieblichen Arbeitszeit kein sinnvoller Anwendungsbereich.

II. Die von den Klageanträgen zu 1. bis 4. sowie zu 8. umfassten Ansprüche auf die Zahlung von Überstundenzuschlägen können gleichfalls nicht mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung verneint werden.

1. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, die Zahlung von Zuschlägen iHv. 25 % für jede geleistete Überstunde scheitere daran, dass der Kläger eine entsprechende betriebliche Übung nicht dargelegt habe, ist dies rechtsfehlerhaft. Insoweit hat es die Anforderungen an die Darlegungslast überspannt.

- a) Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen (BAG 19. Februar 2020 - 5 AZR 189/18 - Rn. 15 mwN). Erbringt der Arbeitgeber die Leistungen erkennbar aufgrund einer anderen Rechtspflicht, kann der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, ihm solle eine Leistung auf Dauer unabhängig von dieser Rechtspflicht gewährt werden (BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 52 mwN, BAGE 170, 172). Dabei trägt nicht der Arbeitgeber die Darlegungslast dafür, dass er für den Arbeitnehmer erkennbar irrtümlich glaubte, die betreffenden Leistungen in Erfüllung einer (zB tarifvertraglichen) Verpflichtung erbringen zu müssen. Vielmehr ist es Sache der klagenden Partei, die Anspruchsvoraussetzungen darzulegen. Dazu gehört im Falle der betrieblichen Übung auch die Darlegung, dass das Verhalten des Arbeitgebers aus Sicht des Empfängers ausreichende Anhaltspunkte dafür bot, der Arbeitgeber wolle Leistungen erbringen, ohne hierzu bereits aus anderen Gründen - etwa aufgrund eines Tarifvertrags - verpflichtet zu sein (vgl. BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - aaO). 39
- b) Ausgehend von diesen Anforderungen hätte das Landesarbeitsgericht den Vortrag des Klägers zum Vorliegen einer betrieblichen Übung der Zahlung von Überstundenzuschlägen nicht als unsubstantiiert ansehen dürfen. 40
- aa) Der Kläger hat vorgebracht, dass im Zeitraum von 1991 bis 2002 mehreren - von ihm namentlich genannten - Arbeitnehmern entsprechende Zuschläge gezahlt worden seien. Dass er nicht im Einzelnen aufgezeigt hat, für welche konkret geleisteten Arbeitsstunden die Zuschläge gezahlt worden sind, ist unschädlich. Der Kläger hat keine Kenntnis über sämtliche im fraglichen Zeitraum von anderen Arbeitnehmern geleisteten und vergüteten Überstunden. Aufgrund des Umstands, dass anderen Arbeitnehmern Zuschläge für Überstunden zugeflossen 41



sind, durfte er jedenfalls von der von ihm vorgebrachten allgemeinen Vergütungspraxis ausgehen.

bb) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts muss der Kläger nicht darlegen, dass er selbst im fraglichen Zeitraum Überstundenzuschläge erhalten hat. Eine bestehende betriebliche Übung kommt allen Arbeitnehmern zugute, mit denen unter ihrer Geltung ein Arbeitsverhältnis begründet wird (vgl. BAG 15. Mai 2012 - 3 AZR 610/11 - Rn. 64, BAGE 141, 222). 42

cc) Soweit das Landesarbeitsgericht Vortrag dazu vermisst hat, die Zuschläge seien ohne individual- oder kollektivrechtliche Grundlage an alle Mitarbeiter geleistet worden, vernachlässigt es, dass der Kläger ein mehrjährig wiederholtes gleichförmiges Verhalten der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen, für welches keine andere Rechtsgrundlage ersichtlich war, behauptet hat. Das ist ausreichend. Ein „vorsorglicher“ Vortrag zum Fehlen jeglicher ggf. in Betracht kommender Rechtsgrundlage - etwa aufgrund Nachbindung oder Nachwirkung einschlägiger tariflicher Regelungen (§ 3 Abs. 3, § 4 Abs. 5 TVG) - ist nach bisherigem Sachstand weder notwendig noch aufgrund der Einlassungen der Beklagten angezeigt. 43

2. Soweit das Landesarbeitsgericht die Abweisung der Ansprüche auf Zahlung von Überstundenzuschlägen zudem darauf gestützt hat, dass der Kläger nicht im Einzelnen vorgetragen habe, an welchen Tagen er konkret über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus Überstunden geleistet hat, fehlt es an Feststellungen und einer hierauf bezogenen Würdigung, warum eine Schätzung nicht zulässig sein soll. 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 Satz 1 und Satz 2 ZPO zu schätzen, sofern die Schätzung nicht mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte willkürlich wäre (vgl. BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 574/15 - Rn. 53; 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 18, 20, BAGE 151, 180). Voraussetzung für eine Schätzung ist lediglich, dass die klagende Partei nicht jede einzelne Überstunde belegen kann, sich aber in einem den Umständen nach 44

zumutbaren Maß um eine Substantiierung bemüht und dem Gericht eine tatsächliche Grundlage für die Schätzung geliefert hat. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts lassen nicht erkennen, aus welchen Gründen es diese Anforderungen als nicht erfüllt angesehen hat. Das erscheint auch insoweit inkonsequent, als es im Zusammenhang mit dem hilfsweisen Begehren des Klägers („Plusstunden in sein Arbeitszeitkonto einzustellen“) sehr wohl eine solche Schätzung vorgenommen hat.

III. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, soweit das Landesarbeitsgericht über die Klageanträge zu 1. bis 4. sowie zu 8. entschieden hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). 45

1. Die diese Klageanträge betreffende Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die Zahlungsansprüche des Klägers sind - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht verwirkt. 46

a) Die Verwirkung ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung. Sie setzt voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage war (Zeitmoment) und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und sich darauf eingerichtet hat, dieser werde sein Recht auch künftig nicht mehr geltend machen (Umstandsmoment). Der Berechtigte muss dabei unter Umständen untätig gewesen sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Die Inanspruchnahme von Vertrauen setzt die Kenntnis des Schuldners von einem möglichen Anspruch gegen ihn voraus. Fehlt es hieran, kann der Schuldner auf das Ausbleiben einer entsprechenden Forderung allenfalls allgemein, nicht aber konkret hinsichtlich eines bestimmten Anspruchs vertrauen. Den Schutz vor unbekanntem Forderungen hat das Verjährungsrecht zu gewährleisten, nicht aber Treu und Glauben (vgl. BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 201/05 - Rn. 24 mwN). 47

b) Danach fehlt es an dem erforderlichen Umstandsmoment. Es ist bereits nicht ersichtlich, dass die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen Kenntnis von 48

etwaigen Ansprüchen des Klägers auf Vergütung von Überstunden hatten. Der widerspruchslose Vollzug der Maßgaben von Nr. 3 und Nr. 4 RBV genügt nicht. Der Umstand, dass die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen in den vergangenen Jahren keine Lohnerhöhungen gewährt hätten, wenn klar gewesen wäre, dass der Kläger einen „Ausgleich für angebliche Mehrarbeit“ beanspruchen würde, führt zu keiner anderen Bewertung.

c) Auch ein Verstoß des Klägers gegen den aus § 242 BGB folgenden Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (sog. „venire contra factum proprium“) liegt nicht vor. Widersprüchliches Verhalten ist erst dann missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand entstanden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. BAG 11. November 2014 - 3 AZR 849/11 - Rn. 64). Beides ist nicht der Fall. 49

2. Eine eigene Entscheidung des Senats über die Klageanträge zu 1. bis 4. sowie zu 8. (§ 563 Abs. 3 ZPO) kann nicht erfolgen, weil es an den erforderlichen Feststellungen zur Anzahl der vom Kläger im streitbefangenen Zeitraum geleisteten Überstunden fehlt. Soweit das Landesarbeitsgericht im Rahmen der von ihm als begründet erachteten - auf eine Gutschrift von insgesamt 832 Stunden auf dem Arbeitszeitkonto gerichteten - Hilfsanträge zu 5. und 9. die Anzahl der geleisteten Überstunden nach § 287 ZPO geschätzt hat, fehlt es an Feststellungen und einer hierauf bezogenen Würdigung, aus welchem Grund es vorliegend die Voraussetzungen für eine Schätzung als gegeben angesehen hat. Selbst wenn feststeht, dass Überstunden geleistet wurden, kann eine tatrichterliche Schätzung ihres Umfangs lediglich dann erfolgen, wenn der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- oder Beweislast für jede einzelne Überstunde nicht nachkommen kann (vgl. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 18, 21, BAGE 151, 180). Zudem vermag die insoweit vorgenommene Schätzung deshalb keine taugliche Grundlage für eine Entscheidung über die Klageanträge zu 1. bis 4. sowie zu 8. zu bilden, weil hierin auch - hinsichtlich ihrer zeitlichen Lage nicht näher festgestellte - Zeiträume eingeflossen sind, in denen der Kläger aufgrund von Erho-

 50

lungsurlaub oder Arbeitsunfähigkeit keine seine Normalarbeitszeit übersteigenden Arbeitsleistungen erbracht hat. Eine Berücksichtigung dieser Zeiträume scheidet aus, weil es sich bei einem auf die Zahlung von Überstundenvergütung gerichteten Verlangen um einen anderen Streitgegenstand als bei einem auf ein höheres Urlaubsentgelt nach § 11 BUrlG oder eine höhere Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach §§ 3, 4 EFZG gerichteten Begehren handelt. Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht bei seiner - sich auf den Umfang der insgesamt gutzuschreibenden Stunden beziehenden - Schätzung nicht nach Zeiträumen differenziert, in denen von einer unterschiedlichen Vergütungshöhe für jede Überstunde auszugehen ist. Die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen haben nicht nur in den Jahren 2014 bis 2016 jährlich die Vergütungen der Arbeitnehmer - also auch des Klägers - zu bestimmten Zeitpunkten erhöht, sondern auch variablen Lohn bzw. eine Zulage in unterschiedlicher Höhe gewährt.

- B. Die zulässige Anschlussrevision der Beklagten hat ebenfalls Erfolg. 51
- I. Ihre Zulässigkeit begegnet keinen Bedenken. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO erfordert die Statthaftigkeit einer Anschlussrevision gerade keine hierauf bezogene Zulassung. Auch ein unmittelbarer rechtlicher bzw. wirtschaftlicher Zusammenhang mit den von der Revision erfassten Streitgegenständen ist gegeben (*vgl. dazu nur BAG 25. März 2021 - 2 AZR 508/19 - Rn. 15 mwN*). Den mit der Revision verfolgten Zahlungsansprüchen und den Klageanträgen, die Gegenstand der Anschlussrevision sind, liegt jeweils die Problematik des Umfangs der vom Kläger geschuldeten Arbeitsleistung zugrunde. 52
- II. Die Anschlussrevision ist begründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von Schichtzuschlägen iHv. 365,51 Euro brutto nebst Zinsen für das Jahr 2014 sowie iHv. 388,37 Euro brutto nebst Zinsen für das Jahr 2015 wendet. Insoweit stehen dem Kläger zwar ggf. weitere Zahlungsansprüche - die ebenfalls nicht verwirkt wären - zu. Das Landesarbeitsgericht hat aber bei der Berechnung gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO verstoßen. 53

1. Die Beklagte hat nicht in Abrede gestellt, dass und in welchem Umfang der Kläger in den Jahren 2014 und 2015 zuschlagspflichtige Spät-, Nacht- und Sonntagsarbeit erbracht hat. Auch die prozentuale Höhe der hierfür von ihr zu zahlenden Zuschläge steht außer Streit. Da die Beklagte bei ihrer Berechnung der Zuschläge - ausgehend von einer wöchentlichen Arbeitszeit des Klägers iHv. regelmäßig 40 Stunden - einen zu niedrigen Stundenlohn zugrunde gelegt hat, hat der Kläger auch dem Grunde nach Anspruch auf Zahlung entsprechender Differenzbeträge. 54

2. Bei der Höhe der (Differenz-)Ansprüche hat das Landesarbeitsgericht allerdings übersehen, dass es sich bei den verschiedenartigen Zuschlägen innerhalb eines Monats um unterschiedliche Streitgegenstände handelt. Das angefochtene Urteil ist daher wegen eines von Amts wegen zu beachtenden Verstoßes gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO insoweit rechtsfehlerhaft, als das Landesarbeitsgericht die Zuschläge addiert und bezogen auf die einzelnen Monate jeweils eine Gesamtsumme gebildet hat, die es der vom Kläger für den entsprechenden Monat geforderten Gesamtsumme gegenübergestellt hat. Dieser Verfahrensverstöß bedingt die teilweise (weitere) Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, das unter Zugrundelegung einer streitgegenstandsbezogenen Prüfung und Berechnung neu zu befinden hat. 55

C. Für das fortgesetzte Berufungsverfahren erscheinen im Übrigen folgende weitere Hinweise angezeigt: 56

I. Hinsichtlich der mit den Klageanträgen zu 1. bis 4. sowie zu 8. geltend gemachten Ansprüche wird das Landesarbeitsgericht die erforderlichen Feststellungen zum Umfang der vom Kläger in den streitbefangenen Zeiträumen erbrachten Überstunden nachzuholen haben. Hierbei wird es auch zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für eine Schätzung nach § 287 ZPO vorliegen. Sollte dies der Fall sein, wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass die Höhe der Vergütung des Klägers Schwankungen unterlag. Daher wird es erforderlich sein, bei einer etwaigen Schätzung nach den Zeiträumen zu differenzieren, in 57

denen die Vergütungshöhe unverändert war. Zudem haben insoweit die vorgebrachten Urlaubs- und Arbeitsunfähigkeitszeiten außer Betracht zu bleiben.

Des Weiteren wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass eine nach § 612 Abs. 2 BGB zu beurteilende Überstundenvergütung der Höhe nach dem auf die entsprechende Zeiteinheit umgerechneten Lohnanteil entspricht, der dem Arbeitnehmer für die normale Arbeitszeit zusteht (*vgl. BAG 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - zu I 2 der Gründe, BAGE 116, 66*). Nur wenn der Arbeitgeber über die die Normalarbeitsleistung honorierende Grundvergütung hinaus arbeitszeitunabhängige Sonderleistungen gewährt, sind diese nicht zu berücksichtigen (*vgl. BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 36, BAGE 157, 347*). Das Landesarbeitsgericht wird deshalb bei der Berechnung des Stundenlohns daneben zu bewerten haben, dass der Kläger auch variablen Lohn bzw. eine Zulage in unterschiedlicher Höhe erhielt. Anhaltspunkte, dass es sich hierbei um arbeitszeitunabhängige Sonderleistungen handelte, sind nicht ersichtlich.

58

II. Hinsichtlich der begehrten Zuschläge für die Überstunden wird das Landesarbeitsgericht davon auszugehen haben, dass der Kläger seiner Darlegungslast bezüglich einer dahingehend bestehenden betrieblichen Übung hinreichend nachgekommen ist. Bei einer die Entstehung einer betrieblichen Übung belegenden Darlegung des Arbeitnehmers ist es Sache des Arbeitgebers, dem durch geeigneten Vortrag entgegenzutreten (*vgl. BAG 19. Februar 2020 - 5 AZR 189/18 - Rn. 15*). Solchen geeigneten Vortrag hat die Beklagte, die sich insoweit auf pauschales Bestreiten beschränkt hat, bislang nicht gehalten. Sollte sich herausstellen, dass eine betriebliche Übung bestand, wird der Umfang der zuschlagspflichtigen Überstunden nach denselben Grundsätzen wie bei der Vergütung für diese Stunden zu ermitteln sein.

59

III. Im Übrigen wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass mit den Anträgen zu 1. bis 4. sowie zu 8. auch eine (höhere) Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§§ 3, 4 EFZG) sowie (höheres) Urlaubsentgelt (§ 11 BUrlG) beantragt wird. Im Zusammenhang mit diesen - eigenständige Streitgegenstände bildenden - Ansprüchen sind ua. die sich aus Geld- und Zeitfaktor zusammensetzenden Berechnungsgrundlagen näher zu bestimmen.

60

D. Der Zurückverweisung unterliegen auch die zu 5. und 9. hilfsweise erhobenen - von der Anschlussrevision der Beklagten umfassten - Anträge. Diese fallen nur an, wenn der Kläger mit den Anträgen zu 1. bis 4. sowie zu 8. unterliegt. Sollte diese Bedingung eintreten, wären die Anträge allerdings mangels wirksamer Einführung eines Arbeitszeitkontos unbegründet. 61

Schmidt

K. Schmidt

Ahrendt

D. Wege

Stemmer