

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 4. Mai 2022  
- 5 AZR 474/21 -  
ECLI:DE:BAG:2022:040522.U.5AZR474.21.0

I. Arbeitsgericht  
Frankfurt (Oder)

Urteil vom 4. Juni 2020  
- 8 Ca 990/19 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 3. August 2021  
- 16 Sa 875/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Überstundenvergütungsprozess - Darlegungslast

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 474/21  
16 Sa 875/20  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
4. Mai 2022

## URTEIL

Münchberg, 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 4. Mai 2022 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtlichen Richter Mandrossa und Bormann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 3. August 2021 - 16 Sa 875/20 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt (Oder) vom 4. Juni 2020 - 8 Ca 990/19 - auch hinsichtlich des Streitgegenstands Vergütung von Überstunden im Umfang von 202 Stunden und 16 Minuten zurückgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Vergütung von Überstunden und dabei insbesondere über die Veranlassung der Überstundenleistung durch die Beklagte. 1

Der Kläger war - nachdem er bereits in den Jahren 2006 bis 2009 eine Ausbildung zum Automobilkaufmann bei der Beklagten absolviert hatte - bei dieser vom 2. Mai 2016 bis zu seinem Ausscheiden aufgrund Eigenkündigung zum 30. November 2018 als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. Die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit betrug 40 Stunden, das Bruttomonatsgehalt 3.500,00 Euro. Grundlage des Arbeitsverhältnisses war der Formulararbeitsvertrag vom 7./20. März 2016, in dem die Parteien ua. vereinbarten: 2

„ . . .

§ 2 - Tätigkeit/Probezeit/Kündigung

Der Angestellte wird als Liefer Inwenddienst, Assistent d. GL  
zum Dienstantritt am 02.05.16 angestellt. Arbeitsort: S.O.  
 Dieser Anstellungsvertrag ist befristet bis zum ..... Während dieser Zeit können beide Vertragspartner mit einer Frist von ..... kündigen.  
 Die Probezeit beginnt am 02.05.16 und endet am 02.11.16. Während der Probezeit kann das Anstellungsverhältnis beiderseits gekündigt werden mit einer Frist von  zwei Wochen  .....

Die Gültigkeit dieses Anstellungsvertrages ist davon abhängig, dass spätestens bei Dienstantritt durch den Angestellten ordnungsgemäße Arbeitspapiere übergeben werden.

Besondere Obliegenheiten des Angestellten sind: professionelle u. gewissenhafte Arbeit zum wirtschaftlichen Wohler der Gesellschaft.

Der Angestellte erklärt sich bereit, im Bedarfsfall einer Versetzung in einen anderen Verantwortungsbereich innerhalb des Hauses zuzustimmen oder eine andere zumutbare Tätigkeit zu übernehmen. Der Angestellte hat seine ganze Arbeitskraft dem Unternehmen gewissenhaft zu widmen. Jede weitere Berufstätigkeit, auch wenn es sich um eine selbständige Tätigkeit oder eine geringfügige Nebenbeschäftigung handelt, bedarf der schriftlichen Zustimmung durch den Arbeitgeber. Der Angestellte hat die Arbeitszeit pünktlich einzuhalten und an der Verbesserung und Verbilligung aller Erzeugnisse, der Arbeits- und Vertriebsverfahren mitzuarbeiten. Der Angestellte hat über die ihm bekannt gewordenen oder anvertrauten Geschäftsvorgänge, sowohl während der Dauer des Dienstverhältnisses als auch nach dessen Beendigung, Dritten gegenüber Stillschweigen zu bewahren und darf sie auch persönlich nicht auf unlautere Art verwerfen. Dies gilt insbesondere für Kunden- und Lieferantenlisten, Umsatzziffern, Bilanzen und Angaben über die finanzielle Lage des Betriebes. Der Angestellte verpflichtet sich, an Schulungs- bzw. Weiterbildungsmaßnahmen teilzunehmen, soweit der Arbeitgeber diese für notwendig erachtet und die Kosten übernimmt. Die Annahme irgendwelcher Geschenke, Vergünstigungen in offener oder versteckter Form von Lieferanten oder Kunden ist dem Angestellten verboten; er ist verpflichtet, jeden solchen ihm gegenüber gemachten Versuch dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen.

Für die Kündigung des Anstellungsverhältnisses  
 nach Ablauf der Probezeit  gilt die gesetzliche Kündigungsfrist.  gilt die im Manteltarif festgelegte Kündigungsfrist.  
 gilt eine Kündigungsfrist von .....

Die fristgemäße Kündigung des Anstellungsverhältnisses ist vor dem vereinbarten Dienstantritt  zulässig  nicht zulässig. Bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses verfallen gegenseitige Ansprüche, wenn sie nicht binnen drei Monaten geltend gemacht werden.

Der Angestellte ist verpflichtet, bei seinem Ausscheiden sämtliche Geschäftsunterlagen und Aufzeichnungen, die das Unternehmen des Arbeitgebers betreffen, herauszugeben bzw. zurückzulassen.

§ 3 - Gehalt/Arbeitszeit

Der Angestellte erhält monatlich nachträglich ein Gehalt von brutto EUR 3.500,-€  
Auf das Anstellungsverhältnis finden folgende einschlägige Tarifverträge  in der jeweils gültigen  nur in der derzeitigen Fassung Anwendung: In vereinbarten Kolumnen aufzählende Tarifverträge sind im Gehalt ab- Tarifgruppe: gegolten

In diesem Anstellungsvertrag getroffene Regelungen gehen tariflichen Bestimmungen vor.

“ . . .

Die Beklagte verkauft, vermietet, wartet und repariert Geräte, Maschinen und Fahrzeuge, die rund um die Garten- und Außenanlagenpflege sowie zur Sauberhaltung von Wegen benötigt werden. Neben dem Kläger waren im Innendienst drei weitere Beschäftigte tätig. Das von der Beklagten erteilte Arbeitszeugnis beschreibt die Aufgaben des Klägers wie folgt: „Verkauf von Motorgeräten im Innendienst, Führung des Ladengeschäftes, Urlaubs- und Krankheitsvertretung leitender Mitarbeiter der Bereiche Ersatzteilbeschaffung und Werkstattservice bei deren Abwesenheit, Abwicklung von Garantieansprüchen, Führen von sonstiger Korrespondenz mit Kunden und verschiedenen Lieferanten im Auftrag der Geschäftsleitung“.

3

Nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung im August 2019 hat der Kläger mit der am 26. September 2019 anhängig gemachten Klage Vergütung für 251,92 Überstunden, die er im Beschäftigungszeitraum geleistet haben will, verlangt. Dazu hat er für jeden Arbeitstag die Arbeitszeit tabellarisch aufge-

4

listet und unter Schilderung seines regulären Tagesablaufs vorgebracht, die behaupteten Überstunden seien zur Erledigung der ihm obliegenden Aufgaben erforderlich gewesen. Sie seien im Wesentlichen aus zusätzlicher Arbeit aufgrund von Vertretungen im Falle von Urlaub und Krankheit anderer Mitarbeiter des Innendienstes entstanden. Auch habe er immer wieder außerhalb der regulären Arbeitszeit Fahrten unternehmen müssen, etwa um Fahrzeuge abzuholen oder bei Kunden defekte Maschinen auszutauschen. Weiter hat der Kläger behauptet, die damaligen Geschäftsführer der Beklagten hätten Kenntnis von seiner Überstundenleistung gehabt und ihn mittels der im Verkaufsraum angebrachten Videokamera überwachen können. Die Mitarbeiter seien angewiesen gewesen, während der Öffnungszeiten den Verkaufsraum immer besetzt zu halten und die Vertretung während Urlaub und Krankheit selbst zu organisieren.

Nachdem das Arbeitsgericht der Klage teilweise stattgab, hat der Kläger 5  
- nach Klageerweiterung in der Berufungsinstanz - zuletzt sinngemäß beantragt,  
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere  
4.479,08 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach bestimmter betragsmäßiger und zeitlicher Staffelung zu zahlen.

Die Beklagte hat gegen das Ersturteil keine Berufung eingelegt und im 6  
Übrigen Klageabweisung beantragt. Sie hat gemeint, der Kläger könne als Angestellter in leitender Funktion keine Überstundenvergütung beanspruchen. Die im Arbeitsvertrag vorgesehene Pauschalabgeltung sei aufgrund des für das Berliner Umland hohen Gehalts des Klägers zulässig. Auch sei die vertragliche Ausschlussfrist zur Geltendmachung von Ansprüchen nicht eingehalten worden. Darüber hinaus hat die Beklagte eine Überstundenleistung des Klägers bestritten. Anwesenheitszeit sei nicht gleich Arbeitszeit. Letztere habe der Kläger im Rahmen der Öffnungszeiten der Beklagten frei einteilen können. Sollten tatsächlich Überstunden angefallen sein, so sei dies seiner eigenen mangelnden Arbeitsorganisation zuzuschreiben. Jedenfalls seien die dem Kläger obliegenden Aufgaben nach Art und Umfang innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zu erledigen gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage iHv. 1.054,56 Euro brutto nebst Zinsen  
- rechtskräftig - stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Das Landesar- 7  
beitsgericht hat dem Kläger weitere 147,97 Euro brutto nebst Zinsen zugespro-  
chen und im Übrigen seine Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat zuge-  
lassenen Revision hält der Kläger im Umfang der Zulassung an seinem weiter-  
gehenden Klageantrag fest und beantragt, die Beklagte zur Zahlung weiterer  
4.083,76 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszins-  
satz ab dem 3. Dezember 2018 zu verurteilen. Die Beklagte beantragt die Zu-  
rückweisung der Revision.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist begründet. Seine Berufung gegen den die 8  
Klage abweisenden Teil des Ersturteils kann mit der vom Landesarbeitsgericht  
gegebenen Begründung nicht zurückgewiesen werden. Dies gilt unabhängig von  
der von der Revision in den Vordergrund ihrer Begründung gestellten Frage, ob  
wegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Pflicht  
des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der täglichen  
effektiven Arbeitszeit (*EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - [CCOO]*) die bisherige  
Rechtsprechung des Senats zur Darlegungslast im Überstundenvergütungspro-  
zess modifiziert werden muss. Zu Recht rügt die Revision in ihrer weiteren Be-  
gründung, das Landesarbeitsgericht habe - schon ausgehend von der bisherigen  
Rechtsprechung des Senats - die Darlegungslast des Arbeitnehmers für die ar-  
beitgeberseitige Veranlassung der Überstundenleistung überspannt.

I. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass 9  
Klauseln des Arbeitsvertrags der Vergütung von Überstunden nicht entgegenste-  
hen.

1. Ein möglicher Anspruch auf Überstundenvergütung ist nicht nach der 10  
vertraglichen Ausschlussfristenregelung verfallen. Bei dieser Klausel handelt es  
sich schon nach dem äußeren Erscheinungsbild des formularmäßigen Arbeits-

vertrags um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 BGB). Davon sind auch beide Vorinstanzen ausgegangen, ohne dass die Parteien dem entgegengetreten wären.

a) Die Klausel ist überraschend iSd. § 305c Abs. 1 BGB und damit nicht Vertragsbestandteil geworden. 11

aa) Nach dieser Vorschrift werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihnen zu rechnen braucht. Dies setzt objektiv eine ungewöhnliche Klausel voraus, mit der der Arbeitnehmer subjektiv nicht zu rechnen brauchte (*BAG 24. Februar 2016 - 5 AZR 258/14 - Rn. 32, BAGE 154, 178*). Dabei kann auch der ungewöhnliche äußere Zuschnitt der Klausel, wie ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle, die Bestimmung zu einer ungewöhnlichen und damit überraschenden Klausel machen (*BAG 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - zu I 5 b bb (1) der Gründe mwN, BAGE 115, 372*). 12

bb) Gemessen an diesen Anforderungen ist die streitgegenständliche Ausschlussfristenregelung überraschend iSd. § 305c Abs. 1 BGB. Zwar entspricht die Vereinbarung von Ausschlussfristen einer weit verbreiteten Übung im Arbeitsleben. Die Klausel befindet sich aber ohne besondere Hervorhebung in einem längeren, mit „Tätigkeit/Probezeit/Kündigung“ überschriebenen Paragraphen und dort im unmittelbaren Zusammenhang mit der Regelung der Kündigungsfristen und damit an „versteckter Stelle“ im Arbeitsvertrag (*vgl. BAG 16. Dezember 2020 - 5 AZR 22/19 - Rn. 13; 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 61, BAGE 147, 342; ErfK/Preis 22. Aufl. BGB §§ 305-310 Rn. 29; HWK/Roloff 9. Aufl. § 305c BGB Rn. 4 - jeweils mwN*). 13

b) Zudem hielte die Klausel - wäre sie Vertragsbestandteil geworden - einer Inhaltskontrolle nicht Stand. Die Verfallklausel in dem nach dem 31. Dezember 2014 geschlossenen Arbeitsvertrag nimmt den gesetzlichen Mindestlohn nicht aus, obwohl dessen Geltendmachung nach § 3 Satz 1 MiLoG nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Damit verstößt die Klausel gegen das Trans- 14

parenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist insgesamt unwirksam (*BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 35 ff., BAGE 163, 282, seither gefestigte Rspr.*).

2. Die Klausel zur Pauschalvergütung von Überstunden in § 3 Arbeitsvertrag ist unwirksam, § 307 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB. Sie schließt daher den vom Kläger erhobenen Anspruch auf Vergütung geleisteter Überstunden nicht aus. 15

a) Die Klausel wurde zwar handschriftlich in das vorgedruckte Arbeitsvertragsformular eingefügt. Der Kläger hat jedoch schon erstinstanzlich unwidersprochen vorgetragen, die Klausel sei nicht zwischen den Parteien ausgehandelt (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB; zu den Anforderungen *sh. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 500/14 - Rn. 16 ff., BAGE 152, 228*), sondern von der Beklagten gestellt worden, ohne ihm die Möglichkeit zur Einflussnahme einzuräumen. Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB gelten § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 BGB auch dann, wenn diese Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt war. 16

b) Die Klausel genügt nicht dem Transparenzgebot und ist deshalb unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB), weil der Arbeitnehmer mit der Formulierung „in vertretbaren Rahmen anfallende Überstunden“ nicht weiß, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er in zeitlicher Hinsicht maximal für die vereinbarte Vergütung erbringen muss (*st. Rspr., vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 331/11 - Rn. 21 mwN, BAGE 141, 324; 18. November 2015 - 5 AZR 751/13 - Rn. 23*). 17

c) Die Klausel wäre aber auch als Individualabrede nicht hinreichend bestimmt und damit unwirksam. Ebenso wie als Vergütung für die regelmäßige Arbeitszeit nicht wirksam ein „circa-Geldbetrag“ vereinbart werden kann (*BAG 20. April 2011 - 5 AZR 171/10 - Rn. 15, BAGE 137, 375*), muss der zeitliche Umfang der für einen konkreten Geldbetrag geschuldeten Arbeitsleistung zumindest bestimmbar sein. Das ist bei der gewählten Formulierung nicht der Fall mit der Folge, dass es bei der vereinbarten Normalarbeitszeit bleibt. 18



- II. Ist somit die Vergütung von Überstunden arbeitsvertraglich weder positiv noch negativ geregelt, richtet sich der Anspruch auf Überstundenvergütung nach § 612 Abs. 1 BGB (*st. Rspr., vgl. zB BAG 26. Juni 2019 - 5 AZR 452/18 - Rn. 37 mwN, BAGE 167, 158*). 19
1. Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Arbeitsleistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die Norm 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 mwN, BAGE 151, 180*). Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche objektive Vergütungserwartung (*BAG 17. August 2011 - 5 AZR 406/10 - Rn. 20, BAGE 139, 44*) besteht regelmäßig insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer keine Dienste höherer Art schuldet und keine deutlich herausgehobene, über der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung liegende Vergütung erhält (*BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 15, BAGE 157, 347*). 20
2. Davon ausgehend besteht im Streitfall die erforderliche objektive Vergütungserwartung für die Bezahlung von Überstunden. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen. Auch wenn die Tätigkeit des Klägers arbeitsvertraglich als Leiter Innendienst und Assistent der Geschäftsleitung bezeichnet ist, bestätigt seine Aufgabenbeschreibung in dem von der Beklagten erteilten Zeugnis, dass er keine - im Rechtssinne - Dienste höherer Art schuldet. Selbst wenn das vereinbarte Gehalt, wie die Beklagte vorbringt, für das „Berliner Umland“ herausgehoben sein sollte, so liegt es doch sehr deutlich - nämlich fast zur Hälfte - unter der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung in den streitbefangenen Jahren. 21
- III. Neben der objektiven Vergütungserwartung setzt der Anspruch auf Überstundenvergütung voraus, dass der Arbeitnehmer Arbeit in einem die vereinbarte Normalarbeitszeit - hier: 40 Wochenstunden - übersteigenden Umfang erbracht und der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden veranlasst hat oder sie ihm 22

zumindest zuzurechnen ist (*BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 9, 13 ff.; 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 21, BAGE 157, 347 - jeweils mwN*). Für beides trägt der Arbeitnehmer nach ständiger Rechtsprechung des Senats entsprechend allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und im Streitfall die Beweislast.

1. Der Kläger hat die Leistung von Überstunden ausreichend substantiiert vorgetragen. 23

a) Für die Darlegung der Leistung von Überstunden gelten dieselben Grundsätze wie für die Behauptung des Arbeitnehmers, die geschuldete Normalarbeit verrichtet zu haben (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 25 f., BAGE 141, 330*). Wie im Prozess auf Vergütung tatsächlich geleisteter Arbeit in der Normalarbeitszeit genügt der Arbeitnehmer seiner Vortragslast zur Leistung von Überstunden, indem er schriftsätzlich vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat. Mit dem Vortrag, zu bestimmten Zeiten gearbeitet zu haben, behauptet der Arbeitnehmer regelmäßig zugleich, während der genannten Zeiten die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbracht zu haben. Das ist für die erste Stufe der Darlegung ausreichend (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 10*). Sodann ist es Sache des Arbeitgebers, im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast substantiiert zu erwidern und im Einzelnen vorzutragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen - nicht - nachgekommen ist. Trägt er nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragenen Arbeitsstunden gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (*st. Rspr., vgl. zB BAG 26. Juni 2019 - 5 AZR 452/18 - Rn. 39, BAGE 167, 158; 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 23, BAGE 157, 347 - jeweils mwN*). 24

b) Davon ausgehend hat das Landesarbeitsgericht - ohne dass es auf die Frage einer Modifikation der Darlegungslast zur Leistung von Überstunden entscheidungserheblich ankäme - zutreffend angenommen, der Kläger habe seiner diesbezüglichen Vortragslast genügt. 25

aa) Der Kläger hat geradezu akribisch aufgelistet, an welchen Tagen er im Streitzeitraum von wann bis wann - unter Abzug von Pausen - gearbeitet haben will. Weil es insoweit (nur) auf den Leistungsumfang ankommt, ist auf dieser Stufe der Darlegung die genaue Lage der Pausen unerheblich. Vielmehr reicht es aus, wenn der Arbeitnehmer den jeweiligen zeitlichen Umfang der genommenen Pausen, also deren Dauer, angibt. Es ist sodann Sache des Arbeitgebers, sich konkret zur Dauer der grundsätzlich von ihm nach § 4 ArbZG festzulegenden Pausen zu äußern. 26

bb) Mit seinem Vortrag, zu bestimmten Zeiten gearbeitet zu haben, hat der Kläger zugleich behauptet, während der genannten Zeiten die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbracht zu haben. Darüber hinaus hat er die Ursachen für das Überschreiten der Normalarbeitszeit spezifiziert, indem er vorbringt, neben seiner „üblichen“ Tätigkeit seien zusätzliche Arbeiten angefallen bei Urlaub und Krankheit der anderen im Innendienst Beschäftigten oder wenn außerplanmäßige Fahrten zu Kunden unternommen werden mussten. 27

2. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht aber angenommen, der Kläger habe die Veranlassung der Überstundenleistung durch die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. 28

a) Entgegen der Auffassung der Revision ist an der bisherigen Rechtsprechung des Senats zur Darlegungslast des Arbeitnehmers (auch) für diese Voraussetzung der Überstundenvergütung festzuhalten. 29

aa) Im nationalen Zivilprozessrecht gilt seit jeher der Grundsatz, dass derjenige, der von einem anderen etwas fordert, die seinen Anspruch begründenden Tatsachen darlegen und im Streitfall beweisen muss. Deshalb kann es für Arbeitnehmer schwierig sein, Überstundenvergütung gerichtlich durchzusetzen. Dem hat der Senat im Rahmen des prozessrechtlich Möglichen durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast Rechnung getragen. Das Unterliegen von Arbeitnehmern in Überstundenvergütungsprozessen findet seine Ursache nicht selten darin, dass diese bis zur gerichtlichen Geltendmachung von Überstunden über einen längeren Zeitraum abwarten und keine aussagekräftigen Unterlagen 30

(mehr) zur Begründung ihres Anspruchs in Händen haben. Stellt ein Arbeitnehmer aber fest, dass er unbezahlte Überstunden leisten muss, gebietet es schon die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, sich - wie im Streitfall - Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitszeiten zu machen. Der Arbeitnehmer kann aus eigener Wahrnehmung vortragen, auf welche Art und Weise der Arbeitgeber die entstandenen Überstunden veranlasst hat. Es besteht kein sachlicher Grund, dem Arbeitgeber insoweit eine sekundäre Darlegungslast zuzuweisen. Dies kommt nur in Betracht, wenn der darlegungs- und beweispflichtigen Partei die nähere Darlegung der erforderlichen Tatsachen nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (*st. Rspr., vgl. nur BGH 18. Januar 2018 - I ZR 150/15 - Rn. 30; BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 31, BAGE 152, 1*). Die darlegungspflichtige Partei müsste also, obwohl sie alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, ihrer primären Darlegungslast - objektiv - nicht nachkommen können. Nur dann genügt nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast das einfache Bestreiten des Gegners der primär darlegungspflichtigen Partei nicht. In einer solchen Situation befindet sich der Arbeitnehmer in einem Rechtsstreit über die Vergütung von Überstunden jedoch nicht.

bb) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat nur im Bereich des unionsrechtlichen Arbeitszeitschutzrechts eine - nicht ausdrücklich normierte - Pflicht des Arbeitgebers angenommen, ein „objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“ (*EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - [CCOO] Rn. 60*). Diese Entscheidung gibt aber weder Anlass noch Legitimation, entgegen nationalen prozessrechtlichen Grundsätzen die Rechtsprechung des Senats zur Darlegungslast im Überstundenvergütungprozess zu ändern. Das hat der Senat mit Urteil vom heutigen Tag, auf dessen Gründe Bezug genommen wird, entschieden und im Einzelnen begründet (*BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 359/21 - Rn. 22 ff.*).

31

b) Das Landesarbeitsgericht ist deshalb bei seiner Entscheidung zu Recht von den vom Senat zur Darlegungslast des Arbeitnehmers für die arbeitgeberseitige Veranlassung und Zurechnung der Überstundenleistung aufgestellten Rechtssätzen ausgegangen (*BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 15 ff.; sh. speziell zur Duldung von Überstunden auch BAG 28. Juli 2020 - 1 ABR 18/19 - Rn. 18 f., BAGE 171, 378*). Es hat diese jedoch ohne ausreichende Rücksicht auf die konkreten Umstände des Streitfalls angewendet und für einen Fall wie den vorliegenden die Anforderungen überspannt. Für die Darlegungslast zur Überstundenleistung hat der Senat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, die von ihm entwickelten Grundsätze dürften nicht gleichsam schematisch ohne Rücksicht auf die im jeweiligen Streitfall zu verrichtende Tätigkeit und die konkreten betrieblichen Abläufe angewandt werden (*BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 23, BAGE 157, 347; darauf weist auch Reinfelder AuR 2018, 335, 338 zu Recht hin*). Nichts Anderes gilt für die - abgestufte - Darlegungslast zur arbeitgeberseitigen Veranlassung der Überstundenleistung. 32

c) Die Darlegung einer Überstundenleistung und die Darlegung ihrer arbeitgeberseitigen Veranlassung können nicht stets strikt voneinander getrennt betrachtet werden, sie können sich im Einzelfall auch „überlappen“ und gegenseitig bedingen. Hat der Arbeitnehmer - wie hier der Kläger - die Leistung von Überstunden substantiiert vorgetragen und die in den betrieblichen Verhältnissen liegenden Ursachen des Überschreitens der Normalarbeitszeit im Einzelnen geschildert, macht er zugleich - und im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast zunächst ausreichend - geltend, die Überstundenleistung sei zur Erledigung der ihm obliegenden Arbeiten erforderlich und damit zumindest konkludent angeordnet gewesen. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, konkret darzulegen, aus welchen Gründen die vom Arbeitnehmer vorgebrachten Ursachen für die Überstundenleistung nicht vorgelegen hätten oder aus welchen Gründen der Arbeitnehmer gleichwohl die ihm obliegenden Arbeiten in der Normalarbeitszeit hätte verrichten können. Dementsprechend hat der Senat zB im Fall eines Kraftfahrers für die arbeitgeberseitige Veranlassung von Überstunden den Vortrag des Arbeitnehmers, die angewiesenen Touren seien nur unter Leistung von Überstunden auszuführen gewesen, auf der ersten Stufe der Darlegung ausreichen lassen. Es 33

müsse dann der Arbeitgeber darlegen, dass die dem Arbeitnehmer zugewiesene Tour unter Beachtung der Rechtsordnung innerhalb der Normalarbeitszeit gefahren werden konnte (*BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 32, BAGE 157, 347*). Auch insoweit kommt es jedoch auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Hat ein Auslieferungsfahrer an einem Tag mehrere Touren innerhalb eines engen räumlichen Bereichs zu erledigen und muss das Fahrzeug immer wieder neu beladen werden, hat er zur Darlegung der arbeitgeberseitigen Veranlassung zu den einzelnen Arbeitsaufgaben näher vorzutragen, wenn er behauptet, er habe den ganzen Tag ohne Pause gearbeitet, weil er nur so alle Kunden habe beliefern können (*dazu BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 359/21 - Rn. 37*).

d) Nach diesen Grundsätzen musste der Kläger zur Darlegung der arbeitgeberseitigen Veranlassung der Überstundenleistung nicht - wie vom Landesarbeitsgericht verlangt - für die behaupteten Transport- und Abholfahrten jeweils gesondert vortragen, wer ihn in jedem Einzelfall dazu angewiesen oder wer für Abwesenheit wegen Urlaub oder Krankheit die Vertretung der Mitarbeiter im Innendienst organisiert habe, welche Arbeiten er im jeweiligen konkreten Vertretungsfall ausgeführt und wer explizit für die Erledigung „alltäglicher Aufgaben“ Überstunden angeordnet habe. Maßgeblich und ausreichend ist vielmehr zunächst allein die Behauptung des Klägers, die nach seiner substantiierten Schilderung von ihm zu erledigenden Arbeiten seien nur unter Leistung von Überstunden auszuführen gewesen. Im Rahmen der abgestuften Darlegungslast obliegt es der Beklagten als Arbeitgeberin, sich dazu substantiiert einzulassen und konkret aufzuzeigen, dass die vorgebrachten Ursachen für die Überstundenleistung nicht vorgelegen hätten - etwa, weil der Kläger bei Krankheit und Urlaub von Mitarbeitern des Innendienstes deren Arbeit gar nicht miterledigen musste oder eigene Aufgaben hintanstellen durfte, weil er die behaupteten Transport- und Abholfahrten nicht habe durchführen müssen oder weil und warum alle vom Kläger geschilderten Arbeiten in der vereinbarten Normalarbeitszeit hätten erledigt werden können. 34

e) Hinzu kommt im Streitfall eine weitere Besonderheit, die das Landesarbeitsgericht außer Betracht gelassen hat. Die Beklagte wollte sich mit einer 35

- wengleich unwirksamen - arbeitsvertraglichen Regelung dagegen absichern, Überstunden „extra“ vergüten zu müssen. Dies deutet darauf hin, dass sie bei den dem Kläger obliegenden Arbeiten mit dem Anfall von Überstunden durchaus rechnete und „bei Bedarf“ die Leistung von Überstunden auch erwartete. Damit war die Klausel geeignet, beim Kläger den Eindruck zu erwecken, die Beklagte billige grundsätzlich die Leistung von Überstunden bei einer Position wie derjenigen, die der Kläger innehatte. Dass sie den mit der Klausel verfolgten Zweck, Überstunden nicht gesondert vergüten zu müssen, nicht erreichte, liegt im Risikobereich der Beklagten als Verwenderin der Klausel.

IV. Auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Senat nicht endentscheiden. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 36

1. Im fortgesetzten Berufungsverfahren muss sich das Landesarbeitsgericht als Tatsachengericht zunächst nach § 286 Abs. 1 ZPO eine Überzeugung darüber bilden, ob die vom Kläger substantiiert behauptete Überstundenleistung für wahr oder unwahr zu erachten sei, und den zeitlichen Umfang der im Streitzeitraum tatsächlich geleisteten Überstunden feststellen. Dabei wird es auch den Sachvortrag der Beklagten zur Überstundenleistung in den Blick zu nehmen und zu prüfen haben, ob diese auf den Vortrag des Klägers überhaupt bzw. zu welchen Teilbereichen substantiiert erwidert hat und in welchem Umfang der Vortrag des Klägers ggf. als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO) anzusehen ist. 37

2. Gelangt das Landesarbeitsgericht zu der Überzeugung, der Kläger habe Überstunden geleistet, ist für die arbeitgeberseitige Veranlassung der Überstundenleistung das bisherige, im Pauschalen gebliebene Vorbringen der Beklagten unbehelflich. Sie müsste vielmehr konkret die Gründe dafür darlegen, warum der Kläger die ihm obliegenden Arbeiten in der vereinbarten Normalarbeitszeit hätte erledigen können. Sofern der Verkaufsraum ständig besetzt sein musste, kann zudem auch das bloße Warten auf Kundschaft geschuldete Arbeitsleistung sein. 38

3. Steht fest (§ 286 ZPO), dass Überstunden auf Veranlassung der Beklagten geleistet worden sind, kann aber der Kläger seiner Darlegungs- oder Beweislast für jede einzelne Überstunde nicht in jeder Hinsicht genügen, darf das Gericht den Umfang geleisteter Überstunden nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO schätzen (vgl. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 18, BAGE 151, 180). 39
4. Nachdem beide Vorinstanzen angenommen haben, der Kläger sei schon auf der ersten Stufe seiner Darlegungslast zur arbeitgeberseitigen Veranlassung der behaupteten Überstundenleistung nicht nachgekommen, gebietet es das Gebot eines fairen Verfahrens, der Beklagten im fortgesetzten Berufungsverfahren die Möglichkeit zu eröffnen, zu diesem Gesichtspunkt substantiiert vorzutragen (vgl. BAG 12. Oktober 2021 - 9 AZR 133/21 - Rn. 24; generell zum verfassungsrechtlichen Gebot eines fairen Verfahrens BVerfG 17. Januar 2006 - 1 BvR 2558/05 - Rn. 7 ff.; BAG 14. September 2020 - 5 AZB 23/20 - Rn. 27, BAGE 172, 186). Sofern dies geschieht, ist dem Kläger die Möglichkeit einzuräumen, dazu Stellung zu nehmen. 40
- V. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 41

Linck

Bubach

Biebl

Mandrossa

Bormann