

C Überstundenregelungen

SEEL; Wirksamkeit von Überstundenregelungen in Formulararbeitsverträgen – Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung von §§ 305 ff BGB, in **DB 2005 Heft 24 S.1330-1333**

I Grundlagen

1. Begrifflichkeiten

§ 3 Abs. 1 Satz 1 Arbeitszeitgesetz legt fest, dass die werktägliche Arbeitszeit eines Arbeitnehmers acht Stunden nicht überschreiten darf. Es gilt also entgegen der üblichen Praxis in den einzelnen Arbeitsverhältnissen unter Berücksichtigung von **§ 3 Abs. 2 BUrlG** auch heute noch die **48 Stundenwoche**. § 3 Abs. 2 BUrlG definiert nämlich alle Kalendertage als Werktage, die nicht Sonntage oder gesetzliche Feiertage sind.

Neben dieser gesetzlichen Arbeitszeitgrenze für die regelmäßig zulässige Arbeitszeit haben sich in der betrieblichen wie auch tariflichen Praxis hiervon erheblich abweichende Arbeitszeiten als sog. Regelarbeitszeiten herausgebildet. Diese Arbeitszeiten bewegen sich in aller Regel deutlich unter 48 Stunden pro Woche. Die Abweichung erfolgt hierbei im allgemeinen zu Gunsten der Arbeitnehmer nach unten. Allerdings wird z. B. in **§ 3 des Manteltarifvertrags** für die Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer Auszubildenden im **Verkehrsgewerbe des Saarlandes** unter Abs. 2 Nr. 1 für Omnibusfahrer eine **48 Stundenwoche** als regelmäßige Arbeitszeit festgelegt.

Im Spannungsfeld zwischen gesetzlicher Festlegung und arbeitsvertraglicher Individualregelung ist es danach von Bedeutung, die Begriffe Mehrarbeit und Überstunden sauber voneinander zu trennen.

Mehrarbeit bezeichnet diejenige Arbeit, welche die nach den Regeln des Arbeitszeitgesetzes zulässige regelmäßige Höchstarbeitszeit von acht Stunden am Tag und 48 Stunden in der Woche überschreitet.

Überstunden sind diejenigen Arbeitsstunden, die unter Wahrung der Grenzen des Arbeitszeitgesetzes über die regelmäßige tarifliche, betriebliche oder einzelvertraglich geregelte Arbeitszeit hinaus geleistet werden von einem Arbeitnehmer.

War **früher** unter der Geltung des **§ 15 AZO** diese Unterscheidung auch für die Vergütung von Bedeutung, da nach § 15 Abs. 2 AZO der Zuschlag von **25% nur bei Mehrarbeit** nicht jedoch bei einer Überstunde anfiel, ist dieses Kriterium heute nur noch von untergeordneter Bedeutung. Lediglich in den Fällen, in denen spezifische Regelungen getroffen worden sind, mag dies anders sein. Bezogen auf den **Omnibusfahrer** wird es an **§ 8 Abs. 2 Ziff. 4 des Manteltarifvertrags im Verkehrsgewerbe des Saarlandes** deutlich. Während er erst **ab der 49. Stunde** einen 25-prozentigen Zuschlag erhält bekommt etwa ein **Möbelpacker** nach dem gleichen Tarifvertrag entsprechend **§ 8 Abs. 2 Ziff. 2** bereits **ab der 41. Stunde** diesen Zuschlag.

II Anordnung von Überstunden und ihre Rechtsgrundlage

1. Überstunden kraft Direktionsrecht ?

Das Direktionsrecht deckt grundsätzlich Anweisungen hinsichtlich der Erbringung der Hauptleistungspflichten ab. Die Hauptleistungspflicht im Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer besteht in der Erbringung seiner Arbeitsleistung. Die Ableistung von Überstunden zählt jedoch grundsätzlich nicht zur Hauptleistungsverpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis, ohne dass im Arbeitsverhältnis selbst auf der Basis von vertraglichen oder tarifvertraglichen Regelungen eine Pflicht zur Ableistung von Überstunden fest gehalten worden ist.

Das **Direktionsrecht** ist also **als eigenständige Rechtsgrundlage zur Anordnung von Überstunden** grundsätzlich nicht geeignet.

In diesem Zusammenhang muss vor allem sauber unterschieden werden zwischen der Befugnis, Überstunden anzuordnen, und der Vergütungsregelung für geleistete Stunden.

2. ausdrückliche vertragliche Regelung

Als vertragliche Regelungen kommen neben dem Einzelarbeitsvertrag solche in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen in Betracht. Während man aufgrund der höheren Sachkunde wie auch des in aller Regel fehlenden Verhältnisses der Über- und Unterordnung bei tariflichen Regelungen aber auch bei Regelungen als Ergebnis von Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Unternehmen in Betriebsvereinbarungen seltener auf Probleme hinsichtlich der Zulässigkeit stoßen wird, kann dies bei einzelvertraglichen Festlegungen zur Verpflichtung der Ableistung von Überstunden schon eher der Fall sein.

Die Grenze für die Annahme der Wirksamkeit solcher einzelvertraglicher Regelungen findet sich in den Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes. Ein Verstoß gegen die dortigen Bestimmungen führt grundsätzlich zur Unwirksamkeit der vertraglichen Festlegung.

Bsp.: Wird etwa in einem Arbeitsvertrag festgelegt, dass Überstunden bei Bedarf bis zu einer Gesamtarbeitszeit von 14 Stunden pro Tag in einem Zeitraum von 30 Werktagen angeordnet werden können, so verstößt dies ohne Zweifel gegen § 3 Arbeitszeitgesetz, da dort in Satz 2 eine Verlängerung bis zu 10 Stunden nur dann für zulässig erachtet wird, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden.

Ansonsten stellen die §§ 134, 138 BGB einen Ausgangspunkt für eine Wirksamkeitskontrolle dar. Dabei wird insbesondere dann Sittenwidrigkeit angenommen, wenn eine Pauschalvergütung von Überstunden gegenüber der zu leistenden Überarbeit derart niedrig ist, dass ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.

3. Frist zur Ankündigung?

Eine exakt vorgeschriebene Frist zur Ankündigung, die der Arbeitgeber einhalten muss, damit er bei wirksamer Vereinbarung der Pflicht zur Leistung von Überstunden vom Arbeitnehmer die Arbeit über die

regelmäßige betriebliche Arbeitszeit hinaus verlangen kann, ist - soweit ersichtlich - nirgendwo kodifiziert. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gebietet jedoch, den Arbeitnehmer so rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, dass dieser sich auf die Leistung von Überstunden einstellen kann. Anders ausgedrückt ist der Hinweis kurz vor Arbeitsende, noch zwei Stunden Mehrarbeiten zu müssen, sicherlich ohne besondere Not des Arbeitgebers als treuwidrig anzusehen.

III Abgeltung der Überstunden

1. leitende Angestellte

Ausgangspunkt der Überlegungen ist **§ 18 Abs. 1 Nr. 1 Arbeitszeitgesetz**, wonach die Regeln des Arbeitszeitgesetzes auf leitende Angestellte i. S. v. § 5 Abs. 3 BetrVG keine Anwendung finden. Damit ist die Sonderstellung des leitenden Angestellten ein weiteres Mal auch gesetzlich herausgestellt. Die Sonderstellung leitender Angestellter, die sich in der Regel auch in einer deutlich höheren Bezahlung niederschlägt, führt dazu, dass der Arbeitgeber aufgrund des hohen Maßes an Verantwortung für das Unternehmen einen überobligationsmäßigen Einsatz erwarten darf. In der Konsequenz können leitende Angestellte demnach nur bei einer vertraglichen Vereinbarung über die Vergütung von zusätzlich geleisteten Arbeiten mit einer Überstundenvergütung rechnen (vgl. BAG vom 17.11.1966 - 5 AZR 225/66 - in DB 1967 S. 126).

2. Arbeitnehmer im allgemeinen

Hinsichtlich der übrigen Arbeitnehmer ist zu unterscheiden, ob im einzelnen Arbeitsvertrag / Arbeitsverhältnis eine starre Arbeitszeitregelung festgeschrieben ist, die man als sog. normale Leistung bezeichnen kann, wie sie vom Arbeitnehmer gefordert wird, und solchen Arbeitsverhältnissen, in denen eine Regelung fehlt (etwa: regelmäßige Arbeitszeit von Montag bis Freitag).

Eine starre Festschreibung der Arbeitszeit (etwa: 9:00 Uhr bis 17:00 Uhr) führt dazu, dass bei vorgegebener Vergütung eine feste Größe bezüglich

des Stundenverdienstes ermittelbar ist, wenn sie nicht ohnehin im Vertrag erwähnt ist. In diesen Fällen ist eine pauschale Abgeltungsregelung für Überstunden bedenklich.

Wenn allerdings eine **Regelung** etwa so gefasst ist, dass dem Arbeitnehmer auferlegt wird, **bis zu 10 Überstunden pro Monat** zu leisten, dann ist klar definiert, welche maximale Arbeitsleistung der Arbeitnehmer zu erbringen hat, um sein vereinbartes Gehalt/seinen vereinbarten Verdienst zu erarbeiten.

IV typische Vertragsklauseln

Vertragsklauseln unterliegen seit der Schuldrechtsreform in Formulararbeitsverträgen der AGB Kontrolle, wobei nach § 310 Abs. 4 BGB die Besonderheiten des Arbeitsrechts angemessen zu berücksichtigen sind.

1. Klauseln, die keine Probleme aufweisen

" Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, im Bedarfsfall monatlich bis zu 10 Überstunden zu leisten. "

oder

" Der Arbeitgeber behält sich vor, auch Überstunden über den Rahmen der Normalarbeitszeit hinaus anzuordnen. Bei entsprechendem betrieblichen Bedarf ist der Arbeitnehmer verpflichtet, zusätzlich 10 Stunden über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu leisten. "

2. Klauseln, die Bedenken auslösen

" Der Arbeitnehmer erhält ein Gehalt in Höhe von 2100,00 € brutto. In diesem Gehalt ist eine Pauschale für etwaige Überarbeit enthalten. "

oder

" Mit dem Gehalt sind sämtliche Überarbeit abgegolten. "

Das von **§ 307 BGB** geforderte **Transparenzgebot**, wonach eine Regelung inhaltlich hinreichend klar gefasst und verständlich sein muss, wird durch vorgenannte Formulierungen missachtet. Der Arbeitnehmer erhält eine Pauschalvergütung, ohne zu wissen, wie lange er hier für Arbeitsleistung zu bringen hat.

§ 307 BGB Inhaltskontrolle	
(1)	Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
(2)	Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung <ol style="list-style-type: none"> 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.
(3)	Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

Nach **§ 308 Nr. 4 BGB** darf der Verwender einer Klausel nicht einseitig die versprochene Leistung ändern oder von ihr abweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Wenn wie in den beiden gezeigten Klauseln keine Begrenzung für die Abänderung erkennbar ist, wird klar, dass diese Klauseln auch an diesem Prüfungsmaßstab scheitern. Der **Arbeitgeber** hat sich hier eine **unzulässige Möglichkeit** geschaffen, **unbegrenzt in das Synallagma, einzugreifen.**

§ 308 BGB Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit	
In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam	
...	
4.	(Änderungsvorbehalt) die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;

V **Was geschieht bei unzulässigen Pauschalabgeltungsklauseln ?**

Diese Frage geht in zwei Richtungen: zum einen muss geklärt werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang für die Zukunft vom Arbeitnehmer die Ableistung von Überstunden begehrt werden kann, und zum anderen muss beantwortet werden, ob der Arbeitnehmer für schon geleistete Überstunden entsprechende Vergütung verlangen kann, die über die Vergütung für die normale Leistung hinausgeht.

1. **Klauseln in Altverträgen**

Einigkeit besteht darüber, dass Klauseln, die einer Überprüfung anhand der Maßstäbe der §§ 307 ff BGB nicht standhalten, über § 139 BGB nur zur Unwirksamkeit der Klauseln selbst nicht aber des gesamten Arbeitsvertrages führen.

Vor dem Hintergrund, dass bei Altverträgen beide Vertragspartner von der damaligen Gesetzeslage bis 2001 ausgehen durften, wonach eine Inhaltskontrolle wegen der Bestimmung von § 23 AGBG nicht in dem strengen Maß stattfinden wird, sowie aus der Tatsache heraus, dass der Arbeitnehmer, welcher über seine regelmäßig geschuldete Arbeitszeit hinausgehend in Anspruch genommen wird auch eine entsprechende Vergütung hierfür erwarten darf, bietet sich eine **ergänzende, Lückenfüllende Vertragsauslegung** an. Im Unterschied zur Vertragsstrafenabrede dürfte das grundsätzliche Verbot der geltungserhaltenden Reduktion in diesen Bereich der Altverträge nicht durchschlagen. Für ein solches Verständnis im Umgang mit Klauseln in Altverträgen sprechen auch die Regelungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. **§ 313 BGB**.

§ 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage

- (1) **Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.**
- (2) **Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.**
- (3) **Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.**

2. Vergütung bei unwirksamer Abgeltungsklausel

Arbeitnehmer, die in der Zeit nach dem 01.01. 2003 Überstunden geleistet haben, jedoch aufgrund einer Pauschalabgeltungsklausel keine Vergütung für diese Stunden erhalten haben, können sich auf allgemeine Grundsätze im besonderen Teil des Schuldrechts berufen. Mit Ablauf des 01.01. 2003 endete die einjährige Übergangsfrist gem. Art. 229 § 5 Abs. 6 EGBGB.

Der Anspruch auf Vergütung leitet sich aus § 612 Abs. 2 BGB ab. Diese Bestimmungen gilt selbst dann, wenn eine getroffene Vergütungsvereinbarung sich als unwirksam herausstellt (vgl. BAG vom 28.01. 2004 - 5 AZR 530/02 - in DB 2004 S. 2051).

§ 612 BGB Vergütung

- (1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.
- (2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.
- (3) Bei einem Arbeitsverhältnis darf für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers besondere Schutzvorschriften gelten. § 611 a Abs. 1 Satz 3 ist entsprechend anzuwenden.

Ansonsten ergibt sich der Ansatzpunkt für einen Vergütungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 BGB , weil der Arbeitgeber bei Feststellung der Unwirksamkeit der Abgeltungsklausel ohne rechtlichen Grund einen Vermögensvorteil durch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erhalten hat. § 818 Abs. 2 BGB führt zu einem Wertersatz in Höhe des üblicherweise für Überstunden zu leistenden Arbeitsentgelts, da eine Herausgabe der erlangten Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber nicht möglich ist.

§ 812 BGB Herausgabeanspruch

- (1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.
- (2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs

- (1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt.
- (2) Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.
- (3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.
- (4) Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

3. Fragen zur Beweislast

Die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast bestimmen sich im wesentlichen danach, ob im Einzelarbeitsverhältnis eine feste betriebliche Arbeitszeit (z. B. montags bis freitags von 9:00 Uhr bis 17:00 Uhr) besteht, oder ob dies nicht der Fall ist.

Bei fester betrieblicher Arbeitszeit sind die Anforderungen geringer. Hier genügt es in aller Regel, dass der Arbeitnehmer zunächst darlegt und gegebenenfalls unter Beweis stellt, dass er außerhalb dieser zeitlichen Vorgabe Arbeitsleistungen erbracht hat auf entsprechende Anordnung des Arbeitgebers.

Bei Fehlen einer festen Arbeitszeitregelung muss der Arbeitnehmer eine exakte Aufschlüsselung liefern nach Datum und Stunde, wie er seine Arbeitszeit gestaltet hat.

In beiden Fällen ist jedoch zwingend notwendig, dass der Arbeitnehmer bei entsprechendem Bestreiten durch die Arbeitgeberseite darlegt und gegebenenfalls Beweis hierfür anbietet, dass der Leistung der Stunden eine entsprechende Anordnung des Arbeitgebers zu Grunde gelegen hat, dass die Arbeitsleistung zur Erledigung der dem Arbeitnehmer obliegenden Arbeit notwendig war bzw. dass die Erbringung der Arbeitsleistung über das normale Maß hinaus vom Arbeitgeber gebilligt worden ist. Dies beugt den Fällen vor, in denen ein Arbeitnehmer etwa durch besonders langsames Arbeiten mit der ihm obliegenden Arbeit nicht fertig geworden ist und sich daraus die Überstunden ableiten. Auch Fälle, in denen ein Arbeitnehmer, ohne entsprechende Beschäftigung deutlich vor Arbeitsbeginn oder auch

nach Arbeitsende sich noch in den Betriebsräumen des Arbeitgebers aufhält, sollen ausgrenzt werden von einer Vergütungsverpflichtung des Arbeitgebers.

VI Kontrolle des Arbeitgebers hinsichtlich der Ausübung seiner Anordnungsbefugnis

§ 315 Abs. 3 BGB dient als Ansatzpunkt für die sog. Ausübungskontrolle, wonach der Arbeitgeber die Anordnung nach billigem Ermessen vornehmen muss. Gerade die Festlegung des so genannten billigen Ermessens ist jedoch immer wieder problematisch, weil dabei unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien und des in vergleichbaren Fällen Üblichen eine Festlegung erfolgen muss. Im Rahmen dieser Abwägung ist allerdings zu beachten, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer grundsätzlich im Rahmen des vereinbarten Umfangs sowie im gesetzlich zulässigen Rahmen zur Ableistung von Überstunden heranziehen darf. Das Interesse des Arbeitnehmers, seinen Dienst pünktlich beenden zu können, überwiegt nur in Ausnahmefällen. Diese ergeben sich aus § 616 BGB.

§ 315 BGB Bestimmung der Leistung durch eine Partei

- (1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.
- (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.
- (3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.

§ 616 BGB Vorübergehende Verhinderung

Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Arbeitnehmer, in den Grenzen des Arbeitszeitgesetzes einer Anordnung des Arbeitgebers gegenüber rechtlos dasteht. Die Fürsorgepflicht aus dem Arbeitsverhältnis gebietet es, den Arbeitnehmer so rechtzeitig auf die Notwendigkeit zu leistender

Überstunden aufmerksam zu machen, dass gegebenenfalls noch die Möglichkeit für den Arbeitnehmer besteht, seine Planungen umzustellen. Aus dem Gesichtspunkt der so genannten Abrufarbeit in § 12 Abs. 2 Teilzeitbefristungsgesetz könnte sich ein Anhaltspunkt ableiten lassen, was unter rechtzeitig zu verstehen ist. Unter Abrufarbeit versteht § 12 Abs. 1 Satz 1 Teilzeitbefristungsgesetz eine Vereinbarung, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat. In solchen Fällen legt § 12 Abs. 2 Teilzeitbefristungsgesetz fest, dass dem Arbeitnehmer die Lage seine Arbeitszeit **mindestens vier Tage im Voraus** mitzuteilen ist. Im Einzelfall bedeutet dies jedoch nicht, dass eine Unterschreitung eines Zeitraums von vier Tagen in jedem Fall als unangemessen kurze Zeitspanne bewertet werden muss.

§ 12 TzBfG Arbeit auf Abruf

- (1) **Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen.**
- (2) **Der Arbeitnehmer ist nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.**
- (3) **Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 2 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die Vorankündigungsfrist vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren.**

VII **Beachtung der Mitbestimmungsrechte**

Losgelöst von der einzelvertraglichen Ausgestaltung der Möglichkeit zur Anordnung von Überstunden stellen die Ableistung von Überstunden wie auch deren Anordnung einer vorübergehenden Verlängerungen der betriebsüblichen Arbeitszeit i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dar. Entsprechende Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates sind demnach auch in den Fällen zu wahren, in denen ein Arbeitnehmer freiwillig Überstunden ableistet. Für die kollektivrechtliche Betrachtung **kommt es nämlich nicht auf die Freiwilligkeit des einzelnen Arbeitnehmers an.** Vor dem Hintergrund, dass der Betriebsrat nicht nur die Interessen des einzelnen zu wahren hat, sondern insgesamt die Interessen der Belegschaft zu vertreten hat, sollen gerade Fälle ausgeschlossen werden, in denen ein Arbeitnehmer sich in besonderem Maße hervortut durch freiwilliges

Anbieten der Ableistung von Überstunden bzw. solche Fälle, in denen ein Mitarbeiter ausschließlich zur Leistung von Überstunden herangezogen wird. Von diesen Überlegungen abzugrenzen sind natürlich Fälle, in denen der einzelnen Mitarbeiter mit einem Projekt betraut wurde, dass er nicht termingerecht fertig gestellt hat. Hier reduziert sich das Ermessen der Auswahl der Personen, die zur Leistung von Überstunden herangezogen werden, auf den betreffenden Mitarbeiter.

VIII Welche rechtlichen Möglichkeiten stehen den Parteien offen ?

1. auf Seiten des Arbeitgebers

Besteht eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, Überstunden abzuleisten, so verletzt er seine arbeitsvertraglichen Pflichten, wenn er nicht oder nicht in gehöriger Art und Weise von ihm ein geforderte Überstunden abgeleistet.

Der Arbeitgeber kann den Mitarbeiter in diesem Fall **abmahn**, sodass im Wiederholungsfall eine verhaltensbedingt begründete Kündigung berechtigt sein kann.

§ 280 Abs. 1 BGB verpflichtet den Arbeitnehmer zur Leistung von **Schadensersatz** für den durch seine Arbeitsverweigerung dem Arbeitgeber entstandenen Schaden.

§ 280 BGB Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

- (1) **Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.** Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
- (2) **Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.**
- (3) **Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.**

Wegen der eingeschränkten Vollstreckbarkeit nach § 888 ZPO ist der **Erfüllungsanspruch** des Arbeitgebers **nach § 611 BGB** sicherlich nur von untergeordneter Bedeutung.

§ 611 BGB Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag

- (1) **Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.**
- (2) **Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.**

§ 888 ZPO Nicht vertretbare Handlungen

- (1) **Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von fünfundzwanzigtausend Euro nicht übersteigen. Für die Zwangshaft gelten die Vorschriften des Vierten Abschnitts über die Haft entsprechend.**
- (2) **Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt.**
- (3) **Diese Vorschriften kommen im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.**

2. auf Seiten des Arbeitnehmers

Keine Verpflichtung zur Erbringung zusätzlicher Arbeitsleistung besteht für den Arbeitnehmer dann,

wenn die Anordnung der Überstunden im Einzelfall unwirksam ist,

weil bereits die Überstundenregelung im Arbeitsvertrag selbst nichtig ist und somit der Anordnung des Arbeitgebers eine Ermächtigungsgrundlage fehlt,

oder

aber die Anordnung nicht in billigem Ermessen i. S. v. § 315 Abs. 3 BGB getroffen wurde.

Auch wenn ein Arbeitnehmer in diesen Fällen objektiv sanktionslos seine Arbeitsleistung zurückhalten darf, ist wegen der oft schwierigen Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Anordnung einem Arbeitnehmer immer zu empfehlen, ähnlich einer Änderungskündigung unter dem Vorbehalt gerichtlicher Überprüfung zunächst die Arbeitsleistung zu erbringen. Sollte sich der Arbeitnehmer nämlich irrtümlich für berechtigt

gehalten haben, seine Arbeitsleistung über das normale Maß hinaus nicht erbringen zu müssen, und liegt bereits aus früherer Zeit eine wirksame Abmahnung wegen Arbeitsverweigerung vor, sieht sich der Arbeitnehmer sonst mit einer verhaltensbedingt begründeten fristgerechten, im schlimmsten Fall fristlosen Kündigung konfrontiert. Damit wird er in eine Verteidigungsposition gedrängt, die sich auf anderem Weg unzweifelhaft hätte vermeiden lassen.