

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 26. Juni 2019  
- 5 AZR 452/18 -  
ECLI:DE:BAG:2019:260619.U.5AZR452.18.0

I. Arbeitsgericht Nürnberg

Endurteil vom 5. April 2017  
- 2 Ca 4997/16 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Urteil vom 12. April 2018  
- 3 Sa 221/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Überstundenprozess - Darlegungslast - Arbeitszeiterfassung

Leitsätze:

1. Wird die Arbeitszeit des Arbeitnehmers (elektronisch) erfasst und zeichnet der Arbeitgeber oder für ihn ein Vorgesetzter des Arbeitnehmers die entsprechenden Arbeitszeitznachweise ab, kann der Arbeitnehmer im Überstundenprozess der ihm obliegenden Darlegungslast für die Leistung von Überstunden schon dadurch genügen, dass er schriftsätzlich die vom Arbeitgeber abgezeichneten Arbeitsstunden und den sich ergebenden Saldo vorträgt.

2. Darauf muss der Arbeitgeber im Rahmen der abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern, dass, aus welchen Gründen und in welchem Umfang die von ihm oder einem für ihn handelnden Vorgesetzten des Arbeitnehmers abgezeichneten Arbeitsstunden nicht geleistet wurden oder der behauptete Saldo sich durch konkret darzulegenden Freizeit- ausgleich vermindert hat. Anderenfalls gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragene Arbeitsstunden als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 452/18  
3 Sa 221/17  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
26. Juni 2019

## 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 26. Juni 2019 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie den ehrenamtlichen Richter Hepper und die ehrenamtliche Richterin Naumann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 12. April 2018 - 3 Sa 221/17 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Vergütung von Überstunden. 1

Der Kläger ist bei der beklagten Gewerkschaft ver.di seit dem 1. Januar 2003 als Gewerkschaftssekretär beschäftigt, zuletzt mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden und einem Bruttomonatsgehalt von 5.542,00 Euro. Im Rahmen des Projekts „Perspektive 2015 - ver.di wächst“ war er ab dem 1. Oktober 2015 mit einem Stellenanteil von 50 % befristet in das „Team 5 Recht und Beratung M“ versetzt worden. Im Übrigen behielt er seine sog. Ebenenaufgaben bei. 2

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die in Form einer Gesamtbetriebsvereinbarung abgeschlossenen „Allgemeinen Arbeitsbedingungen für die ver.di-Beschäftigten“ (AAB) Anwendung, deren dynamische Geltung die Parteien überdies arbeitsvertraglich vereinbart haben. Die AAB sehen zu Überstunden Folgendes vor: 3

#### **„§ 10 Überstunden und Zeitzuschläge**

---

- (1) Überstunden sind auf Anordnung geleistete Arbeitsstunden, die über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ... hinausgehen.
- (2) ...
- (3) Beschäftigte mit Ausnahme der Gewerkschaftssekretär/innen nach Abs. 5, erhalten für angeordnete und geleistete Überstunden, für Arbeit an

Samstagen, Sonn- und Feiertagen sowie für Nachtarbeit einen Freizeitausgleich, der wie folgt zu fakturieren ist:

a) Überstunden plus 30%

...

- (4) Überstunden sind grundsätzlich durch entsprechende Arbeitsbefreiung auszugleichen; die Arbeitsbefreiung ist möglichst bis zum Ende des nächsten Kalendermonats, spätestens zum Ende des dritten Kalendermonats nach Ableistung der Überstunden zu erteilen.

Für die Zeit, in der Überstunden ausgeglichen werden, werden das Entgelt und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen fortgezahlt.

Für jede nicht ausgeglichene Überstunde wird eine Überstundenvergütung (nach § 10 Absatz 3) gezahlt.

- (5) Ausgleichstage für Gewerkschaftssekretär/innen werden nur unter der Voraussetzung regelmäßiger Mehrarbeit und/oder Arbeit zu ungünstigen Zeiten sowie Mehrarbeit an Wochenenden oder Feiertagen gewährt.

Dies gilt ebenso für Sekretär/innen in Einarbeitung.

Der Ausgleich beträgt neun Arbeitstage im Kalenderjahr. Diese sind nicht übertragbar.

...“

In einer „Niederschriftserklärung AG“ zu § 10 Abs. 5 AAB heißt es:

4

---

„Die Arbeitgeberseite erklärt, der typische Fall, in dem die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind, sei der/die FachbereichssekretärIn im Bezirk, Landesbezirk und der Bundesverwaltung.

Andere Beschäftigte, die den Anspruch geltend machen, müssten mit diesen Beispielen vergleichbare zeitliche Belastungen nachweisen.“

Außerdem gibt es eine „gemeinsame Protokollerklärung“ zu § 10 Abs. 5 AAB, die lautet:

5

„Die Verhandlungsparteien geben folgende gemeinsame Erklärungen zu Protokoll:

...

3.) zu § 10 Absatz 5

---

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass Gewerkschaftssekretär / innen, die nicht die Voraussetzungen des Absatz 5 erfüllen, Anspruch auf Überstunden- und Zeitzuschläge nach Absatz 3 und 4 haben.“

Der Kläger, der als Gewerkschaftssekretär Beginn und Ende seiner täglichen Arbeitszeit grundsätzlich selbst bestimmen kann, erhält jährlich neun Ausgleichstage nach § 10 Abs. 5 AAB, jedoch keine (weitere) Überstundenvergütung. In den Monaten Januar bis April 2016 hielt er nach Vorgabe der Beklagten seine Arbeitszeit in Zeiterfassungsbögen fest. Diese enthalten neben der täglichen Arbeitszeit - bezogen jeweils auf den Monat - die Sollarbeitszeit, die erbrachte Arbeitszeit und einen Saldo. Letzterer betrug im Januar 2016 88 Stunden und 28 Minuten, im Februar 2016 81 Stunden und 26 Minuten, im März 2016 46 Stunden und 30 Minuten und im April 2016 39 Stunden und 22 Minuten. Die Zeiterfassungsbögen wurden in den ersten beiden Monaten vom Bezirksgeschäftsführer des ver.di-Bezirks M, in den Folgemonaten von dessen Stellvertreterin unter „Datum, Unterschrift: Vorgesetzte/r“ abgezeichnet.

6

Nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung hat der Kläger mit der am 28. September 2016 anhängig gemachten Klage unter Berufung auf die von seinen Vorgesetzten abgezeichneten Zeiterfassungsbögen vorgetragen, er habe im Zeitraum Januar bis April 2016 insgesamt 255,77 Überstunden geleistet. Er hat gemeint, die Auslegung von § 10 Abs. 3 bis Abs. 5 AAB ergebe, dass Abs. 5 nur die Zuschläge aus Abs. 3 pauschaliere, Gewerkschaftssekretäre wie er indes wie die anderen Beschäftigten nach Abs. 4 Anspruch auf Vergütung von Überstunden hätten. Eine andere Auslegung verletze den Bestimmtheitsgrundsatz und verstoße gegen Art. 3 GG.

7

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, 8  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.345,84 Euro brutto  
nebst Zinsen nach bestimmter Staffelung zu zahlen,  
hilfsweise,  
die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Ausgleich für  
Mehrarbeit in Höhe von 255,77 Stunden zu gewähren.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, bei Gewerk- 9  
schaftssekretären wie dem Kläger seien sämtliche Überstunden mit den neun  
Ausgleichstagen nach § 10 Abs. 5 AAB abgegolten. Der Kläger leiste Dienste  
höherer Art und könne im Wesentlichen seine Arbeitszeit frei einteilen und  
selbst Prioritäten setzen. Zudem hat die Beklagte bestritten, dass der Kläger  
Überstunden in dem von ihm behaupteten Umfang geleistet habe und diese von  
ihr angeordnet, gebilligt oder geduldet worden seien.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 10  
hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsge-  
richt zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter,  
während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers hat Erfolg. Mit der Begründung des Landes- 11  
arbeitsgerichts, § 10 Abs. 5 AAB schließe für unter die Norm fallende Gewerk-  
schaftssekretäre eine über die Pauschalvergütung von Überstunden in Form  
von neun Ausgleichstagen hinausgehende Überstundenvergütung wirksam aus,  
kann die Klage nicht abgewiesen werden. Vielmehr hat der Kläger für die im  
Streitzeitraum geleisteten Überstunden Anspruch auf Vergütung nach § 10  
Abs. 3 und Abs. 4 AAB. Über dessen Höhe kann der Senat auf der Grundlage  
der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden.  
Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache  
an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

I. Die Klage ist im Hauptantrag zulässig, insbesondere streitgegenständlich hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger begehrt für den Streitzeitraum Januar bis April 2016 die Vergütung von insgesamt 255,77 Überstunden in Form von Geld, hilfsweise in Form von Zeitausgleich. Er hat den Umfang der nach seinem Vorbringen geleisteten Überstunden anhand der auf den Zeiterfassungsbögen festgehaltenen Salden monatlich quantifiziert. Eine weitere Detailierung war im Rahmen der Zulässigkeit nicht erforderlich, denn es handelt sich für den streitbefangenen Zeitraum um eine abschließende Gesamtklage. 12

II. Die Klage ist nicht im Umfang von neun Ausgleichstagen, die bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden (§ 9 Abs. 1 AAB) 63 Arbeitsstunden und bei dem vom Kläger angesetzten Stundensatz (36,54 Euro brutto) rechnerisch 2.302,02 Euro brutto entsprechen, unschlüssig. 13

Zwar hat der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts jährlich und auch im Jahr 2016 neun Ausgleichstage nach § 10 Abs. 5 AAB erhalten. Doch muss er sich diese nicht von der Klageforderung abziehen lassen. Denn nach seinem Verständnis betrifft § 10 Abs. 5 AAB nur den Überstundenzuschlag nach § 10 Abs. 3 Buchst. a AAB. Für die geltend gemachten 255,77 Überstunden würde rechnerisch ein (Zeit-)Zuschlag von 30%, also von 76,73 Stunden anfallen, die den „Stundenwert“ der neun Ausgleichstage überschreiten. Entsprechend seiner Rechtsauffassung macht der Kläger konsequent nur die (Grund-)Vergütung für die von ihm behauptete Überstundenleistung, nicht aber den in § 10 Abs. 3 Buchst. a AAB vorgesehenen (Zeit-)Zuschlag geltend. 14

III. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts, § 10 Abs. 5 AAB schließe für unter die Norm fallende Gewerkschaftssekretäre eine über die Pauschalvergütung von Überstunden in Form von neun Ausgleichstagen hinausgehende Überstundenvergütung nach § 10 Abs. 3 AAB wirksam aus, kann die Klage nicht abgewiesen werden. 15

1. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht allerdings angenommen, der Kläger könne den Anspruch auf Überstundenvergütung nicht auf § 10 Abs. 4 AAB stützen. Das ergibt die Auslegung des § 10 Abs. 3 bis Abs. 5 AAB (*zu den Grundsätzen der Auslegung einer Betriebsvereinbarung vgl. etwa BAG 23. Oktober 2018 - 1 ABR 10/17 - Rn. 26 mwN*). 16
- a) Grundnorm für die Vergütung von Überstunden ist § 10 Abs. 3 AAB mit der Bestimmung, dass die Beschäftigten (ua.) für angeordnete und geleistete Überstunden einen Freizeitausgleich erhalten, der in bestimmter Weise („plus 30%“) zu fakturieren ist. Das bedeutet nichts anderes, als dass die Beschäftigten für jede Überstunde einen Freizeitausgleich von einer Stunde und 18 Minuten erhalten. § 10 Abs. 3 AAB ist damit einheitliche Anspruchsgrundlage für die Überstundenvergütung. 17
- b) Daran anknüpfend regelt § 10 Abs. 4 AAB die Modalitäten der Überstundenvergütung nach Abs. 3. Vorrangig ist danach ein Ausgleich durch „entsprechende Arbeitsbefreiung“ - also dem nach Abs. 3 ermittelten fakturierten Freizeitausgleich - innerhalb bestimmter Fristen; weiter wird festgelegt, welche Vergütung für die Zeit der Arbeitsbefreiung zu zahlen ist. Schließlich bestimmt § 10 Abs. 4 AAB die Rechtsfolge für den Fall, dass Überstunden nicht durch Arbeitsbefreiung innerhalb der vorgesehenen Fristen ausgeglichen werden (können). Dann ist „die Überstundenvergütung“ zu zahlen, wobei der Klammerzusatz „nach § 10 Absatz 3“ belegt, dass die Betriebsparteien die Anspruchsgrundlage für die Überstundenvergütung dort, und nicht in § 10 Abs. 4 AAB verorten. 18
- c) Von diesem „Regelfall“ werden Gewerkschaftssekretäre, die die Voraussetzungen des § 10 Abs. 5 AAB erfüllen, ausgenommen. Sie erhalten anstelle eines „spitz“ gerechneten Freizeitausgleichs (bzw. einem diesem entsprechenden Geldbetrag) für Überstunden eine pauschale Vergütung in Form von neun Ausgleichstagen im Kalenderjahr, an denen sie unter Fortzahlung der Vergütung von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt sind. 19

- d) Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass der Kläger ein Gewerkschaftssekretär ist, der die Voraussetzungen des § 10 Abs. 5 AAB erfüllt. Damit wäre - ist die Norm wirksam - eine über die Pauschalvergütung von Überstunden in Form von neun Ausgleichstagen jährlich hinausgehende Überstundenvergütung ausgeschlossen. 20
2. § 10 Abs. 5 AAB ist indes unwirksam. Dies hat das Landesarbeitsgericht verkannt. 21
- a) Bei den AAB handelt es sich um eine - tarifvertragsersetzende - Gesamtbetriebsvereinbarung (*zu deren Zulässigkeit vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 1 ABR 39/12 - Rn. 44 mwN, BAGE 147, 19*) zwischen dem ver.di-Bundesvorstand und dem Gesamtbetriebsrat von ver.di. Die in ihr enthaltenen Normen (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG) müssen dem Gebot der Bestimmtheit und Normenklarheit genügen (*vgl. BAG 26. Mai 2009 - 1 ABR 12/08 - Rn. 17; 11. Dezember 2018 - 1 ABR 12/17 - Rn. 18 mwN; zum Gebot der Normenklarheit bei Tarifnormen sh. auch BAG 12. März 2019 - 1 AZR 307/17 - Rn. 38*), anderenfalls sie unwirksam sind (*vgl. BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 450/17 - Rn. 85*). Weil der in § 10 Abs. 5 AAB genannte Personenkreis vom Anwendungsbereich des Abs. 3 ausgenommen und ihm damit bei der Vergütung von Überstunden eine „Spitzabrechnung“ verwehrt werden soll, muss sich der Anwendungsbereich des Abs. 5 hinreichend klar aus der betriebsverfassungsrechtlichen Norm selbst ergeben. Die normunterworfenen Arbeitnehmer müssen unschwer erkennen können, ob sie Anspruch auf eine nach der tatsächlichen Leistung berechnete Überstundenvergütung nach Abs. 3 haben oder auf eine Pauschalvergütung nach Abs. 5 verwiesen sind. 22
- b) Diesen Anforderungen genügt § 10 Abs. 5 AAB nicht. 23
- aa) Die Anwendungsvoraussetzung „regelmäßige Mehrarbeit“ lässt nach ihrem Wortlaut mannigfache Deutungsmöglichkeiten zu und sich mit einer Vielzahl denkbarer Inhalte ausfüllen. Weil die Norm selbst keine „Regel“ enthält, nach der sich bestimmen ließe, unter welchen Voraussetzungen Mehrarbeit „regelmäßig“ geleistet sein soll, ist ihr Regelungsgehalt auch durch Auslegung 24

nicht näher ermittelbar und für die Normunterworfenen nicht hinreichend klar ersichtlich, in welchem Falle bei der Leistung von Überstunden § 10 Abs. 5 AAB eingreift und in welchem Falle nicht. Zudem wirft die Verwendung des Begriffs „Mehrarbeit“ die Frage auf, ob damit die in den vorherigen Absätzen 3 und 4 genannten Überstunden gemeint sind, oder mit dem Wechsel der Begrifflichkeit verdeutlicht werden soll, dass Mehrarbeit nicht gleich Überstunde ist (*sh. zu den Begriffen etwa ErfK/Preis 19. Aufl. BGB § 611a Rn. 486; Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 69 Rn. 4*). Unklar bleibt auch die alternative Voraussetzung der „Arbeit zu ungünstigen Zeiten“, weil die Betriebsparteien diese in § 10 Abs. 5 AAB nicht näher definieren. Die Normunterworfenen können deshalb nur vermuten, dass es sich dabei um die in § 10 Abs. 3 Buchst. b bis Buchst. e AAB genannten „zuschlagspflichtigen“ Zeiten (Nachtarbeit, Arbeit an Wochenenden und an Feiertagen) handelt, Gewissheit darüber haben sie indes nicht.

bb) Die Niederschriftserklärung der Arbeitgeberseite zu § 10 Abs. 5 AAB 25  
vermag den Verstoß gegen das Gebot der Normklarheit nicht zu „heilen“. Es handelt sich dabei um eine nur einseitige Interpretation der Norm und eine Selbstbindung der Arbeitgeberseite, bei bestimmten Fachbereichssekretären das Vorliegen einer der Voraussetzungen des § 10 Abs. 5 AAB anzunehmen. Verbindlichkeit für die normunterworfenen Beschäftigten hat sie nicht. Zudem ist dieses (einseitige) Normverständnis geeignet, diejenigen Fachbereichssekretäre zu benachteiligen, die nur gelegentlich, dann aber in großem Umfang Überstunden leisten (*dazu Rn. 28*).

c) Darüber hinaus verstößt § 10 Abs. 5 AAB mit der Pauschalierung der 26  
Überstundenvergütung für gewisse Gewerkschaftssekretäre gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

aa) Die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien unterliegt Binnenschran- 27  
ken. Nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB findet zwar bei Betriebsvereinbarungen keine Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB statt (*zur Pauschalvergütung von Überstunden mittels AGB sh. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 331/11 - Rn. 20 ff., BAGE 141, 324*). Doch sind die Betriebsparteien beim Abschluss ihrer Vereinbarungen gemäß § 75 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BetrVG an die

Grundsätze von Recht und Billigkeit gebunden (*BAG 12. April 2011 - 1 AZR 412/09 - Rn. 20, BAGE 137, 300; 7. Juni 2011 - 1 AZR 807/09 - Rn. 36; vgl. zur Wahrung grundrechtlich geschützter Freiheitsrechte auch BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 450/17 - Rn. 71*) und müssen den auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zurückzuführenden betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz beachten (*vgl. BAG 15. Mai 2018 - 1 AZR 20/17 - Rn. 10 mwN*). Dieser zielt darauf ab, eine Gleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten sicherzustellen und eine gleichheitswidrige Gruppenbildung auszuschließen. Dabei ist bei einer personenbezogenen Ungleichbehandlung der Gleichheitssatz bereits dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass diese die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (*BAG 26. April 2016 - 1 AZR 435/14 - Rn. 21 mwN*).

bb) Gemessen daran verstößt die unterschiedliche Vergütung von Überstunden - Pauschalvergütung bei Arbeitnehmern, die „regelmäßig“ Überstunden leisten, und „Spitzabrechnung“ bei jenen, die „unregelmäßig“ Überstunden leisten, - gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn der Arbeitgeber wegen des Fehlens einer Obergrenze - wie bei § 10 Abs. 5 AAB - auch bei einer vorübergehend ungewöhnlich hohen Zahl von Überstunden dem Arbeitnehmer nur die Zahlung einer Pauschale schuldet, die deutlich unter der konkret berechneten Überstundenvergütung liegt, und der Arbeitnehmer tatsächlich nicht die Möglichkeit hat, einen wesentlichen Teil dieser außergewöhnlich hohen Zahl an Überstunden durch bezahlte Freizeit auszugleichen. Die Regelmäßigkeit der Leistung von Überstunden ist - unabhängig davon, wann von „regelmäßig“ anfallenden Überstunden konkret auszugehen ist - kein taugliches Differenzierungskriterium, weil der außergewöhnlich hohe Anfall von Überstunden jedenfalls außerhalb der Regelmäßigkeit liegt.

28

cc) Dass bei der Beklagten Gewerkschaftssekretäre - wie der Kläger - grundsätzlich ihre Arbeitszeit frei einteilen können, ändert daran nichts.

29

- (1) Der Kläger, der im Landesbezirk Bayern der Beklagten arbeitet, unterfällt als „Sekretär mit Betreuungsbereich“ nicht der Betriebsvereinbarung zur Regelung der Arbeitszeit zwischen dem ver.di-Landesbezirk Bayern und dem Betriebsrat des ver.di-Landesbezirks Bayern und nimmt unstreitig nicht an dortigen Regelungen zur Arbeitszeit und deren Erfassung teil. Vielmehr kann er Beginn und Ende seiner täglichen Arbeitszeit ohne Kontrolle grundsätzlich selbst bestimmen und arbeitet damit in Vertrauensarbeitszeit (*zum Begriff sh. etwa BAG 23. September 2015 - 5 AZR 767/13 - Rn. 31, BAGE 152, 315; 15. Mai 2013 - 10 AZR 325/12 - Rn. 26; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 17. Aufl. § 160 Rn. 33 ff., jeweils mwN*). 30
- (2) Vertrauensarbeitszeit schließt indes weder die Abgeltung eines aus Mehrarbeit des Arbeitnehmers resultierenden Zeitguthabens aus (*BAG 23. September 2015 - 5 AZR 767/13 - Rn. 31, BAGE 152, 315*), noch bedeutet sie, dass ein Anspruch auf Vergütung von Überstunden generell nicht bestünde. Hat der Arbeitnehmer es durch den Umfang der vom Arbeitgeber zugewiesenen Arbeit schlichtweg nicht mehr in der Hand, „Überstunden“ durch die Selbstbestimmung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit „auszugleichen“, sind diese - soweit sie nicht auf einem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben werden - nach § 611 Abs. 1, § 611a Abs. 2 BGB oder - fehlt es an einer ausdrücklichen Vergütungsvereinbarung - nach § 612 Abs. 1 BGB zu vergüten. 31
- (3) Vertrauensarbeitszeit könnte deshalb die ungleiche Vergütung von Überstunden bei den Gewerkschaftssekretären, die „regelmäßig“ Überstunden leisten und denjenigen, die „nicht regelmäßig“ Überstunden leisten, allenfalls dann rechtfertigen, wenn erstere es durch die Vertrauensarbeitszeit in der Hand hätten, einen „übermäßigen“ Überstundenanfall zu verhindern. Dazu hat die Beklagte aber nicht aufgezeigt, dass und in welcher Weise - gerade in Phasen übermäßiger Belastung - Gewerkschaftssekretäre wie der Kläger Überstunden in nennenswertem Umfang durch bezahlte Freizeit „vermeiden“ können und welche Regelungen dazu bei ihr bestehen. Ein solcher Vortrag war der Beklagten bereits deshalb nicht möglich, weil sie bei Gewerkschaftssekretären, wie dem Kläger, entgegen § 16 Abs. 2 ArbZG nicht deren über § 3 Satz 1 ArbZG 32

hinausgehende Arbeitszeit aufzeichnet (*zur Aufzeichnungspflicht auch bei Vertrauensarbeitszeit vgl. BAG 6. Mai 2003 - 1 ABR 13/02 - zu B II 2 d cc der Gründe, BAGE 106, 111; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 17. Aufl. § 160 Rn. 35; zu - arbeitszeitrechtlichen - Vorgaben des Unionsrechts sh. neuerdings EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - [CCOO] Rn. 40 ff.*). Dementsprechend hat sie sich auch nicht darauf berufen, die streitgegenständlichen Überstunden seien ganz oder teilweise in der Folgezeit vom Kläger durch seine Arbeitseinteilung ausgeglichen worden oder hätten von ihm ausgeglichen werden können. Soweit die Beklagte ganz allgemein behauptet hat, der Kläger hätte zB nach Abendveranstaltungen am Folgetag auch später ins Büro kommen können, dürfte damit wohl nur der aus § 5 Abs. 1 ArbZG folgenden Pflicht zur Gewährung einer Ruhezeit von elf Stunden genügt worden sein.

d) Die Unwirksamkeit von § 10 Abs. 5 AAB führt nicht dazu, dass die AAB als Gesamtbetriebsvereinbarung insgesamt nichtig wären. 33

aa) Nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB ist eine Betriebsvereinbarung nur teilunwirksam, wenn der verbleibende wirksame Teil auch ohne die unwirksame Bestimmung eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung darstellt. 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 entfalten kann (*BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 450/17 - Rn. 84; 23. Januar 2018 - 1 AZR 65/17 - Rn. 38 mwN, BAGE 161, 305*). 34

bb) Danach ist keine Gesamtnichtigkeit der AAB anzunehmen. Mit dem Wegfall von § 10 Abs. 5 AAB entfällt die Herausnahme bestimmter Gewerkschaftssekretäre aus dem Anwendungsbereich des § 10 Abs. 3 AAB mit der Folge, dass der Anspruch auf Überstundenvergütung und dessen Modalitäten sich einheitlich für alle Beschäftigten nach § 10 Abs. 3 und Abs. 4 AAB richtet. Auch ohne § 10 Abs. 5 AAB enthält die Gesamtbetriebsvereinbarung damit eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung zur Vergütung von Überstunden aller Beschäftigten der Beklagten. 35

IV. In welcher Höhe die Klage begründet ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - die Anzahl der vom Kläger geleisteten Überstunden nicht festgestellt. 36

1. Der Kläger hatte für geleistete, von der Beklagten veranlasste Überstunden zunächst einen Vergütungsanspruch in Form eines Freizeitausgleichs nach § 10 Abs. 3 AAB. Weil eine entsprechende Arbeitsbefreiung nicht spätestens zum Ende des dritten Kalendermonats nach Ableistung der Überstunden erfolgte, hat sich dieser gemäß § 10 Abs. 4 AAB in einen Geldanspruch gewandelt. Dass der Kläger in Vertrauensarbeitszeit arbeitet, schließt den Anspruch auf Überstundenvergütung nicht aus (*sh. oben Rn. 31*). Auf das Bestehen einer objektiven Vergütungserwartung kommt es entgegen der Auffassung der Beklagten nicht an. § 612 Abs. 1 BGB kann als Anspruchsgrundlage für die Vergütung von Überstunden nur dann herangezogen werden, wenn eine solche arbeitsvertraglich weder positiv noch negativ geregelt ist (*vgl. zB BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 18 mwN, BAGE 141, 330*). Im Streitfall ist indes - unbeschadet der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der AAB nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG - durch die dynamische Bezugnahme auf die AAB im Arbeitsvertrag die Vergütung von Überstunden positiv geregelt. 37

2. Der Kläger hat die Leistung der geltend gemachten Überstunden ausreichend dargelegt. 38

a) Im Überstundenprozess gilt - nicht anders als im Prozess auf Vergütung tatsächlich geleisteter Arbeit in der Normalarbeitszeit - eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast (*vgl. nur BAG 18. April 2012 - 5 AZR 248/11 - BAGE 141, 144 und 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - BAGE 141, 330, st. Rspr.*). Dabei genügt der Arbeitnehmer auf der ersten Stufe der Darlegung seiner Vortragslast, indem er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat. Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber substantiiert erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen - nicht - nachgekommen ist. Trägt er nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gel- 39

ten die vom Arbeitnehmer vorgetragene Arbeitsstunden als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

b) Im Streitfall kommt hinzu, dass der Kläger die behauptete Überstundenleistung - auch - auf Arbeitszeitanzeige stützt, die er im Streitzeitraum auf Weisung der Beklagten und auf von dieser zur Verfügung gestellten (elektronischen) Zeiterfassungsbögen geführt hat und die vom Bezirksgeschäftsführer oder dessen Stellvertreterin abgezeichnet wurden. Bei einer derartigen Zeiterfassung - unabhängig davon, welchem Zweck sie dienen soll - stellt der Arbeitgeber mit der Unterzeichnung der Aufzeichnungen eine sich daraus ergebende Überstundenleistung zunächst streitlos. Zwar wird ihm damit im Überstundenprozess regelmäßig nicht der Nachweis abgeschnitten, dass die von ihm abgezeichneten Arbeitsstunden vom Arbeitnehmer tatsächlich nicht wie festgehalten geleistet wurden. Jedoch genügt der Arbeitnehmer in einem solchen Falle der ihm im Überstundenprozess obliegenden Darlegungslast für die Leistung von Überstunden auf der ersten Stufe schon dadurch, dass er schriftsätzlich die vom Arbeitgeber abgezeichneten Arbeitsstunden und den sich daraus ergebenden Saldo darlegt. Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen der abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern, dass, aus welchen Gründen und in welchem Umfang die von ihm oder einem für ihn handelnden Vorgesetzten des Arbeitnehmers abgezeichneten Arbeitsstunden nicht geleistet wurden oder der behauptete Saldo sich durch konkret darzulegende Freizeitausgleich vermindert hat.

c) Nach diesen Grundsätzen wird das Landesarbeitsgericht im fortgesetzten Berufungsverfahren von Folgendem auszugehen haben: 41

aa) Es ist nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen, dass der Kläger im Streitzeitraum Überstunden geleistet hat. Denn die Beklagte hat die in den Zeiterfassungsbögen erfassten und abgezeichneten Arbeitszeiten bislang nicht in Gänze substantiiert bestritten und keinen Sachvortrag geleistet, aus dem sich ergeben könnte, dass die dort zu Gunsten des Klägers festgehaltenen Salden überhaupt nicht bestünden. 42

bb) Doch ist die konkrete Anzahl der geleisteten Überstunden streitig. Die Beklagte ist in der Berufungsbeantwortung für einzelne Tage dem Sachvortrag des Klägers substantiiert entgegengetreten, indem sie Diskrepanzen zwischen den Zeiterfassungsbögen und der schriftsätzlichen Darlegung der Arbeitszeiten in der Berufungsbegründung aufgezeigt und einzelne Tätigkeiten benannt hat, die dem Kläger angeblich nicht oblagen. Auch hat sie bestritten, dass der Kläger in den vier Monaten des Streitzeitraums keine Pause gemacht habe. Darauf hat der Kläger im Schriftsatz vom 13. Februar 2018 substantiiert und unter Be-weisantritt erwidert. Soweit danach die Behauptungen der Parteien divergieren, ist es Aufgabe des Landesarbeitsgerichts als Tatsachengericht, sich nach den Vorgaben des § 286 Abs. 1 ZPO die - revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbare (vgl. dazu etwa BAG 27. März 2018 - 4 AZR 151/15 - Rn. 63) - Überzeugung zu bilden, welche der tatsächlichen Behauptungen für wahr und welche für unwahr zu erachten seien und auf dieser Grundlage die Anzahl der vom Kläger im Streitzeitraum geleisteten Überstunden festzustellen. Es wird dabei ggf. angebotene Beweise zu erheben haben. Sollte die vollständige Aufklärung aller maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden sein, die zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen, ist die Anzahl der geleisteten Überstunden nach Maßgabe des § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO zu schätzen (zu den Anforderungen sh. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 21 ff., BAGE 151, 180).

43

3. Im Übrigen wird das Landesarbeitsgericht davon auszugehen haben, dass nach derzeitigem Verfahrensstand die weitere Voraussetzung für die Vergütung von Überstunden, nämlich die arbeitgeberseitige Veranlassung und Zu-rechnung (vgl. dazu im Einzelnen BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 13 ff.) gegeben ist. Denn die Beklagte hat die vom Kläger auf den Zeiterfassungsbögen festgehaltenen Arbeitszeiten durch den Bezirksgeschäftsführer oder dessen Stellvertreterin abgezeichnet und damit jedenfalls gebilligt (vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 19). Dabei ist es unerheblich, ob - wie das Landesarbeitsgericht ausführt - mit der Unterzeichnung eine „Vergütungspflicht konstituiert“ werden sollte oder nicht. Entscheidend ist allein, dass mit der Abzeichnung der erfassten Arbeitszeit und der monatlichen Salden der Arbeit-

44

geber dem Arbeitnehmer zu erkennen gibt, dass er mit der erfolgten Überstundenleistung einverstanden ist. Anhaltspunkte dafür, der Bezirksgeschäftsführer und/oder dessen Stellvertreterin hätten als Vorgesetzte des Klägers an einer Manipulierung der Zeiterfassung mitgewirkt, hat die Beklagte nicht vorgebracht.

V. Der Hilfsantrag ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. 45

Linck

Berger

Biebl

Hepper

Naumann