

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 4. Mai 2022
- 5 AZR 359/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:040522.U.5AZR359.21.0

I. Arbeitsgericht Emden

Teilurteil vom 9. November 2020
- 2 Ca 399/18 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 6. Mai 2021
- 5 Sa 1292/20 -

Entscheidungsstichwort:

Überstundenvergütung

Leitsatz:

Verlangt der Arbeitnehmer Überstundenvergütung, hat er im Prozess die Leistung solcher und deren Veranlassung durch den Arbeitgeber darzulegen. Vom Erfordernis der arbeitgeberseitigen Veranlassung ist nicht wegen der Entscheidung 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]*) abzurücken.

BUNDEsarbeitsgericht



5 AZR 359/21

5 Sa 1292/20

Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
4. Mai 2022

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin 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. Volk sowie die ehrenamtlichen Richter Mandrossa und Bormann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 6. Mai 2021 - 5 Sa 1292/20 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung von Überstunden. 1

Der Kläger war vom 1. Oktober 2014 bis zum 30. Juni 2019 bei der Beklagten, die ein Einzelhandelsunternehmen betreibt, als Auslieferungsfahrer für Lebensmittelbestellungen beschäftigt. 2

Die Arbeitszeiterfassung bei der Beklagten erfolgt mittels technischer Zeitaufzeichnung im Mmarkt Nord in L. Die Mitarbeiter erfassen damit Beginn und Ende ihrer Arbeitszeit, wobei die vor Ort im Markt Tätigen auch ihre Pausen mittels der Zeiterfassung registrieren. Fahrer - wie der Kläger - hatten im Streitzeitraum keine Möglichkeit, Pausenzeiten zu erfassen. 3

In der Zeit vom 4. Januar bis zum 12. Oktober 2016 fuhr der Kläger jeweils zunächst zum Mmarkt Süd in L und holte dort das von ihm geführte Fahrzeug ab. Mit diesem begab er sich zum Mmarkt Nord, betätigte die Zeiterfassung und startete seine Touren. Die Auswertung der Zeitaufzeichnungen des Klägers weist für den Streitzeitraum vom 4. Januar 2016 bis zum 16. Juli 2018 einen positiven Saldo von 348 Stunden aus. Die Beklagte rechnete für den Monat Juni 2019 ua. Vergütung für 78,25 Überstunden ab. 4

Der Kläger hat zunächst Klage auf Auskunft über von ihm geleistete Überstunden unter Vorlage der Zeitaufzeichnungen erhoben. Das Arbeitsgericht hat der Klage für die Zeit von Januar 2016 bis Oktober 2018 stattgegeben; dieses Teilurteil ist rechtskräftig. Die Beklagte hat dem Kläger die Zeitaufzeichnungen 5

vorgelegt, worauf dieser seine Klage dahingehend geändert hat, dass er Vergütung für in der Zeit vom 4. Januar 2016 bis zum 16. Juli 2018 geleistete 348 Überstunden begehrt. Die Zahl der Überstunden ergäbe sich aus dem positiven Saldo der Zeitaufzeichnungen. Er habe die gesamte aufgezeichnete Zeit gearbeitet, Pausen habe er nicht gemacht. Dies sei nicht möglich gewesen, weil sonst die Auslieferungsaufträge nicht hätten abgearbeitet werden können.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Belang - zuletzt beantragt, 6
die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 5.222,67 Euro
brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2018 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Die Zeitaufzeichnung dokumentiere nicht die zu vergütende Arbeitszeit. Es handele sich um sog. „Kommt- und Geht-Zeit“. Der Kläger sei angewiesen worden, arbeitstägliche Pausen zu nehmen und habe solche auch gemacht. Darüber hinaus habe er regelmäßig zusätzliche Raucherpausen genommen. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Bedeutung - fast vollständig stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte - bezogen auf die Überstundenvergütung - lediglich zur Zahlung von 1.165,14 Euro brutto nebst Zinsen für 78,25 Überstunden verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Mit der für den Kläger zugelassenen Revision verfolgt dieser seine Zahlungsklage auf Überstundenvergütung weiter. 8

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Klage auf Zahlung von Vergütung für 348 Überstunden abgewiesen. 9

- I. Die Revision des Klägers ist nicht bereits deshalb begründet, weil die Berufung der Beklagten unzulässig gewesen wäre. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht von der Zulässigkeit der Berufung ausgegangen, die von Amts wegen zu prüfen ist (*st. Rspr., vgl. nur BAG 31. März 2021 - 5 AZR 292/20 - Rn. 15*). Die Berufung der Beklagten ist hinreichend begründet (*zu den Anforderungen an eine Berufungsbegründung vgl. BAG 20. März 2018 - 3 AZR 861/16 - Rn. 38*). Sie setzt sich mit der Annahme des Arbeitsgerichts auseinander, aus der aus Unionsrecht fließenden Verpflichtung zur Aufzeichnung der Arbeitszeit folge eine Modifizierung der Darlegungslast im Überstundenvergütungsprozess. Gleichermaßen setzt sie sich mit den Erwägungen des Arbeitsgerichts in Bezug auf die für die Zeit vom 4. Januar bis zum 12. Oktober 2016 geltend gemachten Überstunden hinreichend auseinander, indem sie mit ihrem Vortrag zu den Pausen und Raucherpausen insgesamt das Vorliegen einer über die Normalarbeitszeit hinausgehenden Leistung bestreitet. Sie greift das erstinstanzliche Urteil auch insoweit an, als sie insgesamt die Veranlassung von Überstunden bestreitet. 10
- II. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Vergütung weiterer Überstunden. 11
1. Die Klage ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Zahlungsantrag ist auf konkrete Vergütungsbeträge für die Zeit vom 4. Januar 2016 bis zum 16. Juli 2018 gerichtet. 12
2. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Vergütung von weiteren Überstunden nach § 611a Abs. 2 BGB (bzw. bis 31. März 2017 § 611 Abs. 1 BGB) oder § 612 Abs. 1 BGB. Er hat zwar den Umfang der geleisteten Überstunden schlüssig dargelegt, nicht jedoch deren Veranlassung durch die Beklagte. 13
- a) Der Kläger hat die Leistung der geltend gemachten Überstunden ausreichend dargelegt. 14
- aa) Verlangt der Arbeitnehmer Arbeitsvergütung für Überstunden, hat er darzulegen und - im Bestreitensfall - zu beweisen, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang verrichtet hat. Dabei genügt der 15

Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, wenn 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*). Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat, und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen - nicht - nachgekommen ist. 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*).

bb) Diesen Anforderungen genügt der Sachvortrag des Klägers. Er hat mit der Auflistung der Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag des Streitzeitraums angegeben, von wann bis wann er gearbeitet haben will. Der Kläger hat vorgetragen, er habe keinerlei Pausen gemacht und damit behauptet, sämtliche von ihm angegebenen Zeiten seien zu vergütende Arbeitszeiten. Dabei hat er die behauptete Überstundenleistung auf die technische Zeitaufzeichnung der Beklagten gestützt (*vgl. zur ausreichenden Darlegung durch Bezugnahme auf vom Arbeitgeber abgezeichnete elektronische Arbeitszeitrachweise BAG 26. Juni 2019 - 5 AZR 452/18 - Rn. 40, BAGE 167, 158*). Aus dieser ergibt sich ein Saldo zugunsten des Klägers iHv. 348 Stunden. Dass der Kläger behauptet hat, keinerlei Pausen gemacht zu haben, mag für das Landesarbeitsgericht zwar „lebensfern“ sein, gleichwohl hat der Kläger damit zunächst in ausreichender Weise behauptet, dass sämtliche von ihm angegebenen Zeiten Arbeitszeiten im vergütungsrechtlichen Sinne seien. Von der Substantiierung des Tatsachenvortrags zu trennen ist dessen Glaubhaftigkeit und die Glaubwürdigkeit des Klägers. Auch ein substantiiertes Lügen änderte nichts an der Substanz des Tatsachenvortrags. Es

16

obliegt vornehmlich den Tatsacheninstanzen, unbeschadet einer etwaigen Einlassung des Arbeitgebers im Rahmen des § 286 Abs. 1 ZPO die Glaubhaftigkeit des Sachvortrags des Arbeitnehmers und dessen Glaubwürdigkeit zu beurteilen (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 11*). Diesen Fragen musste das Landesarbeitsgericht vorliegend nicht nachgehen, weil die Stundenzahl zwischen den Parteien nicht streitig ist.

b) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Kläger die Veranlassung der Überstundenleistung durch die Beklagte nicht dargelegt hat. Eine solche Veranlassung ist erforderlich. 17

aa) Der Arbeitgeber ist nach § 611a Abs. 2 BGB (bzw. bis 31. März 2017 nach § 611 Abs. 1 BGB) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung für die vereinbarte Arbeitsleistung verpflichtet. Legen die Parteien einen bestimmten zeitlichen Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung fest, betrifft die Entgeltzahlungspflicht zunächst (nur) die Vergütung der vereinbarten Normalarbeitszeit. Erbringt der Arbeitnehmer Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang, ist der Arbeitgeber zu deren Vergütung nur verpflichtet, wenn er die Leistung von Überstunden veranlasst hat oder sie ihm zumindest zuzurechnen ist. Denn der Arbeitgeber muss sich Leistung und Vergütung von Überstunden nicht aufdrängen lassen, und der Arbeitnehmer kann nicht durch überobligatorische Mehrarbeit seinen Vergütungsanspruch selbst bestimmen (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 13*). Es ist vielmehr grundsätzlich Sache des Arbeitgebers, im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen und seines Direktionsrechts nach § 106 GewO dem Arbeitnehmer in qualitativer und quantitativer Hinsicht die zu erbringende Arbeitsleistung zuzuweisen. Der Arbeitnehmer kann sich nicht über die vertraglichen Vereinbarungen hinaus selbst Arbeit „geben“ und seinen Arbeitsumfang erhöhen (*zutr. Reinfelder AuR 2018, 335, 338*). Für die arbeitgeberseitige Veranlassung und Zurechnung als - neben der Überstundenleistung - weitere Voraussetzung eines Anspruchs auf Überstundenvergütung müssen Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sein (*st. Rspr., vgl. nur BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 14 mwN*). Auch für 18

diese Voraussetzung trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 18, BAGE 151, 180; 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 15 ff.; teilweise kritisch zu den gestellten Anforderungen im Einzelfall Reinfelder AuR 2018, 335, 339).

bb) An dieser Rechtsprechung ist trotz der im Schrifttum geäußerten Kritik 19
(vgl. Heuschmid NJW 2019, 1853 f.; Temming NZA 2021, 1433, 1438 f.; ders. Anm. LAGE § 612 BGB 2002 Nr. 3 S. 28 ff.) festzuhalten.

(1) Das Erfordernis der Zurechnung folgt aus der synallagmatischen Ver- 20
knüpfung von Arbeitspflicht und Vergütungspflicht, wie sie in § 611a BGB (bzw. für Vergütungsansprüche bis zum 31. März 2017 in § 611 Abs. 1 BGB) zum Ausdruck kommt. Der einem Arbeitsverhältnis zugrundeliegende Arbeitsvertrag ist ein Austauschvertrag, dessen Hauptleistungspflichten im Synallagma stehen (vgl. nur ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 611a Rn. 1; MHdB ArbR/Krause 5. Aufl. § 60 Rn. 1). Dabei ist der Arbeitnehmer nach § 611a Abs. 1 BGB zur Leistung weisungsgebundener Arbeit und der Arbeitgeber nach § 611a Abs. 2 BGB zur Leistung der versprochenen Vergütung verpflichtet. Der Arbeitgeber verspricht die Vergütung aller Dienste, die er dem Arbeitnehmer aufgrund seines arbeitsvertraglich vermittelten Weisungsrechts abverlangt (vgl. BAG 27. Juli 2021 - 9 AZR 449/20 - Rn. 18; 12. Dezember 2012 - 5 AZR 355/12 - Rn. 17). Die Zurechenbarkeit der erbrachten Arbeitsleistung steht deshalb in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers (ebenso im Grundsatz Reinfelder AuR 2018, 335, 338).

(2) Das Erfordernis der Zurechenbarkeit zeigt sich auch in der Regelung des 21
§ 612 Abs. 1 BGB. Danach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Ohne dass die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung vom Arbeitgeber durch Anordnung, Duldung, Billigung oder zugewiesene Arbeitsmenge veranlasst ist und ihm deshalb zugerechnet werden kann, bestehen keine Umstände, die eine berechtigte Vergütungserwartung des Arbeitnehmers begründen, weil sich der Arbeitgeber keine zu vergütende Arbeitsleistung aufdrängen lassen muss (vgl. MüKoBGB/Müller-Glöge 8. Aufl. § 612 Rn. 15; Staudinger/

Richardi/Fischinger [2020] § 612 Rn. 36). Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede (Mehr-)Leistung zu vergüten ist, gibt es nicht (*vgl. zur Vergütung von Mehrarbeit BAG 15. November 2018 - 6 AZR 385/17 - Rn. 25; 23. September 2015 - 5 AZR 626/13 - Rn. 21*). Entscheidet sich der Arbeitnehmer aus freien Stücken ohne jede arbeitgeberseitige Veranlassung zu einer überobligatorischen Leistung, entspricht dies nicht dem vertraglich Vereinbarten und dem Konzept des Arbeitgebers, der den Betriebsablauf gestaltet, weshalb der Arbeitnehmer für eine solche Leistung keine zusätzliche Vergütung erwarten kann (*vgl. BAG 15. November 2018 - 6 AZR 385/17 - Rn. 34*).

cc) Vom Erfordernis der arbeitgeberseitigen Veranlassung und Zurechnung von Überstunden ist auch nicht vor dem Hintergrund der Entscheidung 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]*) abzurücken. Die Pflicht zur Messung der Arbeitszeit hat keine Auswirkung auf die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess. 22

(1) Dahinstehen kann, ob und inwieweit nach dieser Rechtsprechung eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung unmittelbar aus Art. 31 Abs. 2 GRC iVm. Vorschriften der Richtlinie 2003/88/EG folgt und nationale Vorschriften, die bisher kein System zur Messung aller Arbeitszeiten vorsehen, unangewendet bleiben müssen oder ob die unionsrechtlichen Vorgaben wegen des Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten erst der Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber bedürfen (*pars pro toto eine Direktwirkung bejahend Riegel RdA 2021, 152, 154; Heuschmid NJW 2019, 1853 f.; verneinend Bayreuther NZA 2020, 1, 3; Thüsing DB 2020, 1343 ff.; Giesen DB 2020, Nr. 20 M18 f.; Boemke jurisPR-ArbR 24/2020 Anm. 4; Fuhlrott NZA-RR 2020, 279; Methfessel/Weck DB 2020, 1346 f.; Richter/Schreynemackers ArbRB 2019, 288 f.; Sittard/Esser jM 2019, 284, 286 f.*) und ob § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG, der eine Aufzeichnungspflicht für die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit statuiert, einer unionsrechtskonformen Auslegung zugänglich ist (*bejahend etwa Oberthür MDR 2019, 1029 f.; zweifelnd Ulber NZA 2019, 677, 680*; 23

verneinend Bayreuther NZA 2020, 1 ff.; Baeck/Winzer/Launer NZG 2019, 858 f.; EuArbRK/Gallner 4. Aufl. RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 8 f.; dies. FS Preis 2021 S. 271, 287; Höpfner/Daum RdA 2019, 270, 276 f.; Riegel RdA 2021, 152, 153 f.; Richter/Schreynemackers ArbRB 2019, 288 f.; Sittard/Esser jM 2019, 284, 286), denn die Verpflichtung zur Arbeitszeitmessung hat keine Auswirkungen auf die in ständiger Rechtsprechung angewandten Grundsätze der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess. Dem steht entgegen, dass zwischen arbeitsschutzrechtlicher und vergütungsrechtlicher Einordnung als Arbeitszeit zu unterscheiden ist und unionsrechtliche Regelungen aus der Arbeitszeitrichtlinie grundsätzlich keine Anwendung auf die Vergütung von Arbeitnehmern finden. Selbst wenn man daher - entsprechend der Auffassung des Arbeitsgerichts - davon ausginge, aus Art. 31 Abs. 2 GRC ergebe sich unmittelbar die Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeitaufzeichnung, hätte diese unionsrechtliche Verpflichtung keine Auswirkungen auf das System der abgestuften Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess.

(a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gilt die Charta nach ihrem Art. 51 Abs. 1 für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Gemäß ihrem Art. 51 Abs. 2 dehnt die Charta den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Europäischen Union hinaus aus und begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben (*EuGH 19. November 2019 - C-609/17 und C-610/17 - [TSN, AKT] Rn. 42*). Der Begriff „Durchführung des Rechts der Union“ iSd. Art. 51 Abs. 1 GRC setzt dabei das Vorliegen eines Zusammenhangs zwischen einem Unionsrechtsakt und der fraglichen nationalen Maßnahme voraus, der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann (*EuGH 28. Oktober 2021 - C-319/19 - Rn. 44*).

24

(b) Hiervon ausgehend ist zu prüfen, ob die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Regeln zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Prozess über die Vergütung von Überstunden als Durchführung der Richtlinie 2003/88/EG iSv.

25

Art. 51 Abs. 1 GRC anzusehen sind, so dass Art. 31 Abs. 2 GRC anwendbar wäre. Das ist nicht der Fall. Das Recht eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in Art. 31 Abs. 2 GRC ausdrücklich verbürgt. Die Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG konkretisieren dieses Recht aus Art. 31 Abs. 2 GRC und sind daher in dessen Licht auszulegen (*EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - [CCOO] Rn. 30 f.*). Diese Richtlinie beschränkt sich jedoch mit Ausnahme des in ihrem Art. 7 Abs. 1 geregelten besonderen Falls des bezahlten Jahresurlaubs darauf, bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung zu regeln, um den Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Damit findet die Richtlinie nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich keine Anwendung auf die Vergütung der Arbeitnehmer (*st. Rspr., vgl. EuGH 9. März 2021 - C-344/19 - [Radiotelevizija Slovenija] Rn. 57; 9. März 2021 - C-580/19 - [Stadt Offenbach am Main] Rn. 56; 21. Februar 2018 - C-518/15 - [Matzak] Rn. 24*). Zweck der Arbeitszeitrichtlinie ist kein vergütungsrechtlicher, dieser liegt vielmehr allein in den Belangen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern begründet (*vgl. Preis/Sagan/Ulber EuArbR 2. Aufl. Rn. 7.93*). Dies zeigt sich bereits in Art. 1 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie, wonach diese Richtlinie Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung enthält, und spiegelt sich im Erwägungsgrund 4 wider, der als Zielsetzung die Verbesserung von Sicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit benennt (*auch aus EuGH 24. Februar 2022 - C-262/20 - [Glavna direktsia „Pozharna bezopasnost i zashtita na naselenieto“] Rn. 29 f. folgt nichts anderes, selbst wenn die Vergütung eine Vorfrage ist*). Auch Art. 31 Abs. 2 GRC selbst befasst sich mit dem Gesundheitsschutz, nicht hingegen mit der Vergütung geleisteter Arbeit (*EuArbRK/Schubert 4. Aufl. GRC Art. 31 Rn. 16a*). Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess betrifft auch offensichtlich nicht den Normbereich des Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie, der die Urlaubsvergütung regelt (*Sittard/Esser jM 2019, 284, 288*).

Wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Bereich einen bestimmten Aspekt nicht regeln und den Mitgliedstaaten im Hinblick auf einen bestimmten Sachverhalt keine bestimmten Verpflichtungen auferlegen, hat das zur Folge, dass die nationale Regelung eines solchen Aspekts durch einen Mitgliedstaat nicht in den Anwendungsbereich der Charta fällt. Deren Bestimmungen können dann für die Beurteilung des betreffenden Sachverhalts nicht herangezogen werden (*EuGH 19. November 2019 - C-609/17 und C-610/17 - [TSN, AKT] Rn. 53*). Das bedeutet, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Verpflichtung des Arbeitgebers, die Arbeitszeit zu erfassen, für die Beurteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess rechtlich ohne Belang ist. Zwischen dem durch das Unionsrecht verbürgten Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer und der Überstundenvergütung besteht auch kein funktionaler Zusammenhang in Gestalt eines Abhängigkeitsverhältnisses. Denn der Anspruch auf Überstundenvergütung besteht auch dann, wenn die Höchstarbeitszeit überschritten wird (*BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 48, BAGE 156, 157*).

26

(2) Die Entscheidungen des Gerichtshofs zeigen damit mit hinreichender Klarheit, dass unionsrechtliche Regelungen, die allein den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bezwecken, keine Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislastverteilung in einem Vergütungsrechtsstreit haben, der sich nach nationalem Prozessrecht und materiellem Recht gestaltet. Ein hierauf bezogenes Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV ist nicht geboten. Die vergütungsrechtliche Arbeitszeit bestimmt sich unabhängig davon, ob es sich um Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne handelt (*vgl. auch BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 24*). Dies hat das Arbeitsgericht rechtsfehlerhaft verkannt und das Landesarbeitsgericht dagegen zutreffend angenommen.

27

dd) Unbeschadet der Frage, ob eine Änderung der Rechtsprechung zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Arbeitszeiterfassung (*EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - [CCOO] Rn. 30 f.*) rechtlich geboten ist, verlangt auch

28

die Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien keine Revision dieser Rechtsprechung. 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 (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 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.

29

ee) Der Kläger hat die Veranlassung der geltend gemachten Überstunden nicht ausreichend dargelegt. Dies hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei angenommen. 30

(1) Für eine ausdrückliche Anordnung von Überstunden muss der Arbeitnehmer vortragen, wer wann auf welche Weise wie viele Überstunden angeordnet hat (*BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 16*). Zu einer ausdrücklichen Anordnung der Beklagten hat der Kläger keinen Vortrag gehalten. 31

(2) Konkludent ordnet der Arbeitgeber Überstunden an, wenn er dem Arbeitnehmer Arbeit in einem Umfang zuweist, der unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nur durch die Leistung von Überstunden zu bewältigen ist. Dazu muss der Arbeitnehmer darlegen, dass eine bestimmte angewiesene Arbeit innerhalb der Normalarbeitszeit nicht zu leisten oder ihm zur Erledigung der aufgetragenen Arbeiten ein bestimmter Zeitrahmen vorgegeben war, der nur durch die Leistung von Überstunden eingehalten werden konnte. Dabei begründet allein die Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb oder an einem Arbeitsort außerhalb des Betriebs keine Vermutung dafür, Überstunden seien zur Erbringung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 17 mwN*). 32

Anders als in dem vom Senat am selben Tag verhandelten Fall (*vgl. hierzu LAG Rheinland-Pfalz 19. Februar 2021 - 8 Sa 169/20 -, Revision - 5 AZR 451/21 - durch Vergleich erledigt*) hat der Kläger nicht vorgetragen, aus welchen konkreten in den Arbeitsabläufen liegenden Gründen er keine Pausen machen konnte. Er behauptet lediglich pauschal, keinerlei Pausen gemacht zu haben, weil sonst die Auslieferungsaufträge nicht hätten abgearbeitet werden können. Das genügt nicht. Einer Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht bedarf es insoweit nicht. Das Berufungsgericht hat angenommen, es sei nicht erkennbar, dass die Arbeit nur unter Ableistung von Überstunden zu bewältigen gewesen wäre, dazu fehle die Beschreibung der Arbeit im Detail. Diese Feststellung hat der Kläger in der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffen. 33

(3) Mit der Billigung von Überstunden ersetzt der Arbeitgeber gleichsam 34
durch eine nachträgliche Genehmigung die fehlende vorherige Anordnung schon
geleisteter Überstunden. Die Billigung von Überstunden setzt deshalb voraus,
dass der Arbeitgeber zu erkennen gibt, mit der schon erfolgten Leistung bestimm-
ter Überstunden einverstanden zu sein. Das muss nicht ausdrücklich erfolgen.
Eine solche Billigung kann anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber oder ein für
ihn handelnder Vorgesetzter des Arbeitnehmers eine bestimmte Anzahl von
Stunden abzeichnet und damit sein Einverständnis mit einer Überstundenleis-
tung ausdrückt (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 19*). So wie die
widerspruchslose Entgegennahme der vom Arbeitnehmer gefertigten Arbeitszeit-
aufzeichnungen nicht ausreicht (*vgl. BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 319/04 - zu II 1 c*
der Gründe; 3. November 2004 - 5 AZR 648/03 - zu III 2 der Gründe), genügt es
nicht, dass sich der Kläger auf die Zeitaufzeichnungen beruft.

Unstreitig konnte der Kläger lediglich Kommt- und Geht-Zeiten aufzeich- 35
nen, die Zeiterfassung jedoch nicht für etwaige Pausenzeiten unterbrechen. Dies
war den Arbeitsvertragsparteien auch während der gesamten Zeit der Nutzung
der Zeitaufzeichnung bekannt und bewusst. Die Nichtvornahme einer Korrektur
unter Berücksichtigung von Pausenzeiten durch die Beklagte stellt keine Billigung
von Überstunden dar, weil die bloße Erfassung von Kommt- und Geht-Zeiten kei-
nen Erklärungswert dahingehend beinhaltet, die Beklagte genehmige etwaige
geleistete Überstunden. Ein mit einer Abzeichnung von Überstunden vergleich-
barer Sachverhalt liegt nicht vor. Deshalb hätte der Kläger darlegen müssen, wer
wann auf welche Weise zu erkennen gegeben habe, mit der Leistung welcher
Überstunden einverstanden zu sein (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR*
122/12 - Rn. 19). Daran fehlt es. Hierfür genügt es auch nicht, dass die Beklagte
zum Ende des Arbeitsverhältnisses Vergütung für insgesamt 78,25 Überstunden
an den Kläger ausgezahlt hat. Damit gesteht die Beklagte nicht zu, sämtliche von
der Zeitaufzeichnung dokumentierten Zeiten seien als Arbeitszeiten von ihr ver-
anlasst und deshalb zu vergüten.

(4) Die Duldung von Überstunden bedeutet, dass der Arbeitgeber in Kennt- 36
nis einer Überstundenleistung diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, die

Leistung von Überstunden künftig zu unterbinden, er also nicht gegen die Leistung von Überstunden einschreitet, sie vielmehr weiterhin entgegennimmt. Dazu muss der Arbeitnehmer darlegen, von welchen wann geleisteten Überstunden der Arbeitgeber auf welche Weise wann Kenntnis erlangt haben soll und dass es im Anschluss daran zu einer weiteren Überstundenleistung gekommen ist. Erst wenn dieses feststeht, ist es Sache des Arbeitgebers, darzulegen, welche Maßnahmen er zur Unterbindung der von ihm nicht gewollten Überstundenleistung ergriffen hat (*vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 21 mwN*). Allein die technische Aufzeichnung der Kommt- und Geht-Zeiten des Klägers begründet keine Kenntnis der Beklagten von einer bestimmten Überstundenleistung. Erst wenn der Kläger diese Aufzeichnungen mit einem Hinweis auf eine Überstundenleistung verbunden hätte, insbesondere darüber informiert hätte, dass die Inanspruchnahme von Pausen nicht möglich gewesen sei, wäre die Beklagte gehalten gewesen, dem nachzugehen und ggf. gegen nicht gewollte Überstunden einzuschreiten.

(5) Der Vortrag des Klägers lässt auch nicht erkennen, dass die geltend gemachten Überstunden zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig waren. Der pauschale Hinweis, sämtliche Zeiten seien für die Erledigung der Auslieferungsaufträge erforderlich gewesen, erfüllt nicht die Voraussetzungen an einen substantiierten Sachvortrag. Zwar kann ein Kraftfahrer, dem vom Arbeitgeber bestimmte Touren zugewiesen werden, seiner Darlegungslast bereits dadurch genügen, dass er vorträgt, an welchen Tagen er welche Tour wann begonnen und wann beendet hat. Diese Grundsätze dürfen aber nicht gleichsam schematisch angewandt werden, sondern bedürfen stets der Berücksichtigung der im jeweiligen Streitfall zu verrichtenden Tätigkeit und der konkreten betrieblichen Abläufe (*BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 23, BAGE 157, 347*). Da dem Kläger nicht nur eine Tour täglich zugeteilt wurde, sondern zwischen vier und acht Touren, durfte er sich nicht darauf beschränken, lediglich die Uhrzeiten des Beginns und des Endes der Arbeit zu benennen. Der Kläger hätte vielmehr aufzeigen können und müssen, wie sich das jeweilige neue Beladen des Fahrzeugs gestaltet hat, inwieweit er selbst daran mitgewirkt hat und warum er aufgrund des

37

Tourenplans nicht in der Lage war, Pausen zu nehmen. Zu all diesen Punkten hat er keinen substantiierten Vortrag gehalten.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

38

Linck

Biebl

Volk

Mandrossa

Bormann