

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 23. September 2015
- 5 AZR 767/13 -
ECLI:DE:BAG:2015:230915.U.5AZR767.13.0

I. Arbeitsgericht Herford

Urteil vom 24. Oktober 2012
- 2 Ca 380/12 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 2. Juli 2013
- 14 Sa 1706/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Arbeitszeitkonto - Arbeitszeitguthaben - Darlegungslast

Bestimmungen:

BGB §§ 193, 195, 286 Abs. 1 Satz 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 3, § 288 Abs. 1, § 397 Abs. 1, § 611 Abs. 1; ZPO §§ 141, 253 Abs. 2 Nr. 2, § 448

Leitsatz:

Die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit steht weder der Führung eines Arbeitszeitkontos entgegen noch schließt sie die Abgeltung eines aus Mehrarbeit des Arbeitnehmers resultierenden Zeitguthabens aus.

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 767/13
14 Sa 1706/12
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. September 2015

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. September 2015 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Weber und Dr. Volk sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Dombrowsky und die ehrenamtliche Richterin Zorn für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 2. Juli 2013 - 14 Sa 1706/12 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen teilweise aufgehoben und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:
 1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 24. Oktober 2012 - 2 Ca 380/12 - teilweise abgeändert.
 2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 7.178,76 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 1. Mai 2012 zu zahlen.
 3. Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.
- II. Von den Kosten des Rechtsstreits I. Instanz haben die Klägerin 64 % und die Beklagte 36 % zu tragen, von denen des Berufungsverfahrens und der Revision die Klägerin 61 % und die Beklagte 39 %.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Auszahlung eines Arbeitszeitguthabens. 1
- Die Klägerin wurde von der Beklagten, die mehrere Textileinzelhandelsgeschäfte betreibt, zum 1. Juni 2007 als Bürofachkraft eingestellt. Sie erledigte Sekretariats- und Assistententätigkeiten für die Geschäftsführung und leitete zuletzt das sogenannte „Back Office“. Ihre Hauptaufgaben verrichtete sie im Vorzimmer der Geschäftsführung. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund einer von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung am 31. März 2012. 2
- Grundlage des Arbeitsverhältnisses war zunächst ein schriftlicher, von der Beklagten gestellter Arbeitsvertrag vom 28. April 2007 (im Folgenden Arbeitsvertrag 2007), der unter anderem folgende Regelungen enthielt: 3

„§ 3 Vergütung

Die monatliche Bruttovergütung beträgt 2.500 €. Die Vergütung wird jeweils am Letzten eines Monats fällig. Die Zahlung erfolgt bargeldlos auf das der Firma benannte Konto des Arbeitnehmers.

...

§ 7 Arbeitszeit

Die Arbeitszeit ist flexibel und richtet sich nach der betriebsüblichen Zeit. Vereinbart werden monatlich 163 Stunden ohne die Berücksichtigung von Pausen. Mehr bzw. Minderstunden werden über ein Zeitkonto abgerechnet. Bei Austritt aus dem Unternehmen wird der Saldo mit dem durchschnittlichen Stundenlohn verrechnet. Arbeitsbeginn und Arbeitsende richten sich nach der jeweiligen Personaleinsatzplanung. Die Firma ist berechtigt, aus dringenden betrieblichen Erfordernissen eine Änderung der Arbeitszeiteinteilung vorzunehmen.

...

§ 12 Tarifvertrag

Ergänzend gelten die Regelungen des Tarifvertrages für den Einzelhandel in NRW in seiner jeweils geltenden Fassung.

§ 13 Ausschlussklausel

Ansprüche aus dem Anstellungsverhältnis müssen innerhalb eines Monats nach Zugang der letzten Gehaltsabrechnung geltend gemacht werden; anderenfalls sind sie verwirkt.

§ 14 Nebenabreden

Nebenabreden und Änderungen des Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtsgültigkeit der Schriftform. Dieses Formerfordernis kann weder mündlich noch stillschweigend aufgehoben oder außer Kraft gesetzt werden. Eine etwaige Ungültigkeit einzelner Vertragsbestimmungen berührt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht.“

Am 22. Februar 2008 vereinbarten die Parteien in einem „Nachtrag 1 zum unbefristeten Arbeitsvertrag vom 28. April 2007“ unter Beibehaltung der übrigen vertraglichen Vereinbarungen eine Änderung der Kündigungsfrist und eine Erhöhung der Vergütung der Klägerin zum 1. März 2008 auf 2.750,00 Euro brutto und zum 1. Januar 2009 auf 3.000,00 Euro brutto.

4

Mit Formulararbeitsvertrag vom 13./27. November 2008 (im Folgenden Arbeitsvertrag 2008), der gemäß § 1 Abs. 1 mit Wirkung zum 1. Januar 2009 den Arbeitsvertrag vom 28. April 2007 sowie den Nachtrag 1 vom 22. Februar 2008 ersetzte, vereinbarten die Parteien ua. bei gleichbleibender Vergütung in § 7 Abs. 1 eine Verlängerung der monatlichen Arbeitszeit auf 173 Stunden. Im Übrigen blieb § 7 unverändert. Die §§ 12 bis 14 stimmen mit denen des Arbeitsvertrags 2007 überein. 5

Im Manteltarifvertrag für die Unternehmen des Einzelhandels in Nordrhein-Westfalen vom 25. Juli 2008 (im Folgenden MTV), abgeschlossen mit Wirkung zum 1. Januar 2007, ist ua. geregelt: 6

„§ 24 Verfallklausel

- (1) Die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen wie folgt:
 - a) 3 Monate nach Fälligkeit:
Ansprüche auf Abgeltung der Überstunden;
 - b) spätestens 3 Monate nach Ende des Urlaubsjahres bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses:
Ansprüche auf Urlaub, Urlaubsabgeltung und Sonderzahlungen;
 - c) 6 Monate nach Fälligkeit:
alle übrigen aus Tarifvertrag und Arbeitsverhältnis entstandenen finanziellen Ansprüche.
- (2) Die Ansprüche verfallen nicht, sofern sie innerhalb der vorgenannten Fristen schriftlich geltend gemacht worden sind.
- (3) Vorstehende Fristen gelten als Ausschlussfristen.
- (4) Unter die Verfallklausel fallen nicht solche Ansprüche eines Arbeitgebers oder eines Arbeitnehmers gegen einen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, die auf eine strafbare Handlung oder eine unerlaubte Handlung gestützt werden. Für diese Ansprüche gelten die gesetzlichen Vorschriften.“

Die Bestimmung wurde in der durch den Ergänzungstarifvertrag vom 29. Juni 2011 geänderten Fassung des MTV beibehalten. 7

Die Beklagte händigte der Klägerin für den Zeitraum 1. Juni 2007 bis 25. November 2008 mit „Bericht Arbeitszeit Verkäufer“ überschriebene Aufstellungen aus, in denen Beginn und Ende ihrer Arbeitszeit, die Gesamtstunden, die Pausen sowie die bezahlte Arbeitszeit ausgewiesen sind. Die Plus-Differenz zwischen geleisteten und vergüteten Stunden belief sich danach auf 414 Stunden. In der Folgezeit erfasste die Beklagte die Arbeitszeit der Klägerin nicht mehr und händigte ihr keine weiteren Berichte aus. 8

Die Klägerin führte ab dem 26. November 2008 eine eigene Arbeitszeitaufstellung. Darin hat sie für jeden Arbeitstag ihre Regelarbeitszeit, Beginn und Ende ihrer Arbeitszeit und Pausenzeiten festgehalten sowie Mehr- und Minderarbeit fortlaufend saldiert. Aus dieser Aufstellung ergeben sich für den Zeitraum 26. November 2008 bis 30. Dezember 2011 eine Plus-Differenz von 643 Stunden und 10 Minuten sowie - ergänzend zu den Berichten der Beklagten - für den 30. und 31. August 2008 zusätzlich 1,5 Gutstunden. Die Aufstellung legte die Klägerin der Beklagten nicht vor. 9

Mit Schreiben vom 24. Februar 2012 forderte die Klägerin die Beklagte unter Hinweis auf § 7 Arbeitsvertrag auf, ihr eine Abrechnung des Arbeitszeitkontos zu übersenden. Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 28. Februar 2012 mit der Begründung ab, das Arbeitszeitkonto stehe auf null. Ihre Ablehnung wiederholte sie auf eine nochmalige schriftliche Aufforderung vom 6. März 2012. 10

Mit ihrer am 23. März 2012 eingereichten Klage hat die Klägerin zuletzt die Abgeltung des von ihr für den Zeitraum 1. Juni 2007 bis 31. März 2012 behaupteten Zeitguthabens verlangt. Sie hat geltend gemacht, der Geschäftsführer der Beklagten habe sich am 26. Januar 2009, als er ihr das nicht vollständige Arbeitszeitkonto für November 2008 übergeben habe, geweigert ihre Arbeitszeitaufstellungen entgegen zu nehmen und auch für die Zukunft die Führung eines Arbeitszeitkontos abgelehnt. Er habe die Anweisung erteilt, ihre Arbeitszeiten nicht mehr zu erfassen. Zu den in ihren Arbeitszeitaufstellungen genannten Zeiten habe sie im Betrieb der Beklagten gearbeitet. Durch ihre Tätigkeit im Vorzimmer des Geschäftsführers sei dieser auch jederzeit über ihre Ar- 11

beitszeit orientiert gewesen. Sie habe Überstunden leisten müssen, weil sämtliche Geschäftsanfälle auf Weisung des Geschäftsführers sofort zu bearbeiten gewesen seien.

Die Klägerin hat - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung -
sinngemäß beantragt, 12

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin
18.357,28 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 1. Mai
2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend ge- 13
macht, das Arbeitszeitkonto stehe auf null. Ein Arbeitszeitkonto sei nicht mehr
zu führen gewesen, weil die Parteien bereits kurz nach Beginn des Arbeitsver-
hältnisses Vertrauensarbeitszeit vereinbart hätten. Überstunden seien von ihr
nicht angeordnet, gebilligt oder geduldet worden. Sie seien auch nicht zur Erle-
digung der Arbeit notwendig gewesen. Etwaige Ansprüche seien zudem verfal-
len und verjährt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 14
hat der Klage in dem noch anhängigen Umfang stattgegeben. Mit der vom Lan-
desarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Die Beklagte hat erstmals mit der Revisionsbegründung behauptet, mit 15
der Klägerin in einem Nachtrag zum Arbeitsvertrag 2008 vom 18. Februar 2011
eine auf die tarifliche Ausschlussfrist verweisende Regelung vereinbart zu ha-
ben.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist zum Teil begründet. Das Landesarbeits- 16
gericht hat der Berufung der Klägerin zu Unrecht in vollem Umfang stattgege-
ben. Die zulässige Klage ist nur zum Teil begründet. Die Klägerin hat gemäß

§ 611 Abs. 1 BGB iVm. § 7 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 Arbeitsvertrag Anspruch auf Vergütung in Höhe von 7.178,76 Euro brutto nebst Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe. Im Übrigen ist die Klage unbegründet.

I. Die Klage ist zulässig, insbesondere streitgegenständlich hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Streitgegenstand der Klage ist die Abgeltung eines bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis behaupteten Zeitguthabens. Zu dessen Bestimmung genügt der Vortrag der Klägerin, eine fortlaufende Saldierung von Mehr- und Minderstunden sei vereinbart worden sowie die Bezifferung des behaupteten Guthabens und des sich hieraus ergebenden Abgeltungsbetrags (*vgl. BAG 13. März 2002 - 5 AZR 43/01 - zu I der Gründe*). 17

II. Die Klage ist zum Teil begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin zur Abgeltung des bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehenden Zeitguthabens 7.178,76 Euro brutto nebst Zinsen in gesetzlicher Höhe zu zahlen. 18

1. Die Klägerin hat ein Zeitguthaben von 414 Stunden schlüssig dargelegt. 19

a) Ein Arbeitszeitkonto hält fest, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht nach § 611 Abs. 1 BGB erbracht hat oder aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestands nicht erbringen musste (*vgl. BAG 21. März 2012 - 5 AZR 676/11 - Rn. 20, BAGE 141, 88*) und deshalb Vergütung beanspruchen kann, bzw. in welchem Umfang er noch Arbeitsleistung für die vereinbarte Vergütung erbringen muss. Begehrt der Arbeitnehmer die Abgeltung eines Zeitguthabens, macht er den Vergütungsanspruch für vorgeleistete Arbeit geltend (*vgl. BAG 24. September 2003 - 10 AZR 640/02 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 108, 1; 28. Juli 2010 - 5 AZR 521/09 - Rn. 13, BAGE 135,197*). Da dieses Zeitguthaben nur in anderer Form den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers ausdrückt, genügt für die Schlüssigkeit einer Klage, die auf Ausgleich des Guthabens auf einem Arbeitszeitkonto gerichtet ist, dass der Kläger die Vereinbarung eines Arbeitszeitkontos und das Bestehen eines Guthabens zum vereinbarten Auszahlungszeitpunkt darlegt (*BAG* 20

13. März 2002 - 5 AZR 43/01 - zu II 1 der Gründe; 28. Juli 2010 - 5 AZR 521/09 - Rn. 13, aaO).

b) Die Klägerin hat mit den Regelungen in § 7 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 Arbeitsvertrag die Vereinbarung der Führung eines Arbeitszeitkontos und der Abgeltung eines ggf. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehenden Guthabens schlüssig vorgetragen. Mit Vorlage der von der Beklagten bis 25. November 2008 geführten Berichte und der Behauptung, sie habe in der Folgezeit (jedenfalls) nicht weniger Arbeitsstunden geleistet als geschuldet, hat sie zudem einen sich aus dem Arbeitszeitkonto bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu ihren Gunsten ergebenden Saldo von 414 Stunden schlüssig dargelegt. Dieser ist nach § 7 Abs. 1 Satz 4 Arbeitsvertrag mit dem rechnerisch unstreitigen Stundensatz von 17,34 Euro brutto abzugelten. 21

2. Die Beklagte hat keine Tatsachen dargelegt, die geeignet wären, den sich aus dem Arbeitszeitkonto ergebenden, mit den der Klägerin ausgehändigten Berichten „Arbeitszeit Verkäufer“ streitlos gestellten Saldo zu entkräften. 22

a) Die regelmäßigen Buchungen auf dem Arbeitszeitkonto stellen nicht rechtsgeschäftliche Erklärungen, sondern tatsächliche Handlungen im Sinne sogenannter Wissenserklärungen dar. Der Arbeitnehmer, der Kenntnis von der Buchung erhält, kann nicht annehmen, es handele sich um eine auf Bestätigung oder gar Veränderung der Rechtslage gerichtete Willenserklärung im Sinne eines deklaratorischen oder konstitutiven Schuldanerkenntnisses (vgl. BAG 19. März 2008 - 5 AZR 328/07 - Rn. 26). Der Arbeitgeber stellt jedoch mit der vorbehaltlosen Ausweisung von Guthabenstunden in einem für den einzelnen Arbeitnehmer geführten Arbeitszeitkonto dessen Saldo streitlos (vgl. BAG 28. Juli 2010 - 5 AZR 521/09 - Rn. 19, BAGE 135, 197). Er bringt damit regelmäßig zum Ausdruck, dass bestimmte Arbeitsstunden tatsächlich und mit seiner Billigung geleistet wurden. Will der Arbeitgeber im Nachhinein den sich aus dem Arbeitszeitkonto zugunsten des Arbeitnehmers ergebenden Saldo erheblich bestreiten, obliegt es ihm ausgehend von einer gestuften Darlegungslast, im Einzelnen darzulegen, aufgrund welcher Umstände der ausgewiesene Saldo unzutreffend sei oder sich bis zur vereinbarten Schließung des Arbeitszeitkon- 23

tos reduziert habe. Erst dann hat der Arbeitnehmer vorzutragen, wann er Arbeit verrichtet oder einer der Tatbestände vorgelegen habe, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt (vgl. BAG 18. April 2012 - 5 AZR 248/11 - Rn. 14 ff., BAGE 141, 144 zur Darlegungs- und Beweislast im Vergütungsprozess). Trägt der Arbeitgeber hingegen nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der im Arbeitszeitkonto vorbehaltlos ausgewiesene Saldo als zugestanden.

b) Ein zugunsten der Klägerin bestehendes Zeitguthaben von 414 Stunden gilt danach als zugestanden. 24

aa) Der Vortrag der Beklagten beschränkt sich auf die pauschale Behauptung, das Arbeitszeitkonto habe bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf null gestanden. In welcher Hinsicht die der Klägerin ausgehändigten Aufstellungen „Bericht Arbeitszeit Verkäufer“ unzutreffend sein sollen und zu welchen der darin angegebenen Zeiten die Klägerin nicht oder nicht auf arbeitgeberseitige Veranlassung gearbeitet haben soll, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Sie hat auch nicht behauptet, die Klägerin habe nach dem 25. November 2008 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses weniger als geschuldet gearbeitet, so dass sich das Guthaben reduziert hätte. 25

bb) Unbeachtlich ist, dass die Berichte basierend auf Arbeitszeitangaben der Klägerin erstellt wurden. Die Beklagte hat die Angaben nicht nur widerspruchslos zur Kenntnis genommen (vgl. hierzu BAG 3. November 2004 - 5 AZR 648/03 - zu III 2 der Gründe; 25. Mai 2005 - 5 AZR 319/04 - zu II 1 c der Gründe), sondern sich zu eigen gemacht, indem sie nach den in der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts der Klägerin - vergleichbar mit der Abzeichnung von Stunden durch den Arbeitgeber oder einen vertretungsberechtigten Vorgesetzten (vgl. hierzu BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 19) - die Berichte „Arbeitszeit Verkäufer“ aushändigte. Auch unterlassene Rückstellungen für Arbeitszeitguthaben der Klägerin in den Handelsbilanzen der Jahre 2008 bis 2011 - unterstellt man zugunsten der Beklagten, die Klägerin sei für deren Ermittlung verantwortlich gewesen - sind nicht geeignet, das zuvor streitlos gestellte Guthaben in Frage zu stellen. 26

3. Die Parteien haben den Abgeltungsanspruch der Klägerin nicht rechtsgeschäftlich durch Erlass zum Erlöschen gebracht. 27
- a) Ein Erlassvertrag (§ 397 Abs. 1 BGB) ist dann anzunehmen, wenn die Parteien vom Bestehen einer bestimmten Schuld ausgehen, diese aber übereinstimmend als nicht mehr zu erfüllen betrachten. Wenn feststeht, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im Allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. An die Feststellung eines Verzichtswillens sind hohe Anforderungen zu stellen. Ein Erlass liegt im Zweifel nicht vor (*vgl. BAG 7. November 2007 - 5 AZR 880/06 - Rn. 17 ff., BAGE 124, 349*). 28
- b) Es fehlt vorliegend bereits an einer auf einen Erlass gerichteten rechtsgeschäftlichen Erklärung der Klägerin. Eine solche kann nicht darin gesehen werden, dass die Klägerin die unterlassene Fortführung des Arbeitszeitkontos durch die Beklagte hingenommen hat. Sonstige Anhaltspunkte, die die Annahme rechtfertigten, die Klägerin habe den Bestand ihrer Rechte in irgendeiner Weise verändern und dabei auf Ansprüche verzichten wollen, ergeben sich weder aus den unstreitigen noch den von der Beklagten vorgetragenen Umständen. 29
4. Die Parteien haben auch keine von § 7 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 Arbeitsvertrag abweichende Vereinbarung getroffen. 30
- a) Soweit die Beklagte meint, eine solche sei aus einer mit der Klägerin vereinbarten „Vertrauensarbeitszeit“ abzuleiten, ist ihr Vortrag nicht erheblich. „Vertrauensarbeitszeit“ bedeutet nur, dass der Arbeitgeber auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verzichtet und darauf vertraut, der betreffende Arbeitnehmer werde seine Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht auch ohne Kontrolle erfüllen (*vgl. BAG 6. Mai 2003 - 1 ABR 13/02 - zu B II 2 d cc (2) der Gründe, BAGE 106, 111; 24. Mai 2012 - 2 AZR 124/11 - Rn. 34; 29. August 2013 - 2 AZR 273/12 - Rn. 35*). Die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit steht weder der Führung eines Arbeitszeitkontos entgegen 31

noch schließt sie die Abgeltung eines aus Mehrarbeit des Arbeitnehmers resultierenden Zeitguthabens aus.

b) Dass zwischen der Klägerin und dem Geschäftsführer mündlich vereinbart worden sei, ein Arbeitszeitkonto werde nicht mehr geführt und ein bestehendes Zeitguthaben nicht abgegolten, hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. Sie hat Zeit, Umstände und Inhalt eines nach ihrem Behaupten mit der Klägerin geführten Gesprächs unzureichend dargelegt. Der fehlende Sachvortrag konnte auch nicht durch eine Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten ersetzt werden. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht den Geschäftsführer der Beklagten nicht nach § 448 ZPO als Partei vernommen. Dessen Vernehmung hätte - unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen einer Parteivernehmung - einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dargestellt (*vgl. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 368/13 - Rn. 23*), zumal eine Präzisierung der Angaben durch den Geschäftsführer anlässlich seiner Anhörung gemäß § 141 ZPO im Berufungstermin nicht erfolgte. 32

5. Der Anspruch der Klägerin auf Abgeltung von 414 Stunden ist nicht verfallen. 33

Die Beklagte hat im Arbeitszeitkonto der Klägerin zum 25. November 2008 414 Guthabenstunden vorbehaltlos ausgewiesen. Damit war wie bei der vorbehaltlosen Ausweisung einer Vergütungsforderung in einer Lohnabrechnung der Zweck der Geltendmachung erreicht. Schon aus diesem Grund war die Klägerin weder nach Maßgabe von § 13 Arbeitsvertrag noch nach § 24 MTV zur Geltendmachung des streitlos gestellten Guthabens innerhalb einer Ausschlussfrist gehalten. Die Notwendigkeit zur Geltendmachung des auf dem Arbeitszeitkonto ausgewiesenen Guthabens lebte auch nicht wieder auf, als sich dieses nach § 7 Abs. 1 Satz 4 Arbeitsvertrag bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einen Zahlungsanspruch wandelte (*vgl. BAG 28. Juli 2010 - 5 AZR 521/09 - Rn. 20, BAGE 135, 197*). 34

6. Der Abgeltungsanspruch ist weder verjährt noch verwirkt. 35

- a) Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 Arbeitsvertrag war der sich aus dem Arbeitszeitkonto ergebende Saldo „bei Austritt aus dem Unternehmen“ mit dem durchschnittlichen Stundenlohn zu verrechnen. Der Abgeltungsanspruch ist danach bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, dh. mit Ablauf des 31. März 2012, entstanden und fällig geworden. Die von der Beklagten - entgegen den vertraglichen Vereinbarungen - unterlassene Fortführung des Arbeitszeitkontos führte nicht zu einer früheren Fälligkeit. 36
- b) Die Klägerin hat die Klage vor Ablauf der nach § 195 BGB für den Abgeltungsanspruch als Vergütungsanspruch einzuhaltenden regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren eingereicht. Das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment konnte vorliegend nicht ausgelöst werden, denn die zunächst als Stufenklage eingereichte Klage wurde der Beklagten vor Fälligkeit des Abgeltungsanspruchs zugestellt. Eine Verwirkung scheidet von vornherein aus, solange das geltend gemachte Recht noch nicht besteht (*vgl. BAG 10. März 2015 - 3 AZR 56/14 - Rn. 69 f.*). 37
7. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Landesarbeitsgericht konnte der Klägerin antragsgemäß Zinsen ab 1. Mai 2012 zusprechen, ohne § 193 BGB außer Acht zu lassen. Der 1. April 2012 war ein Sonntag. Die Leistung war nach § 193 BGB am 2. April 2012 zu bewirken. Die Beklagte befand sich ab dem Folgetag im Verzug, ohne dass es einer Mahnung iSv. § 286 Abs. 1 BGB bedurft hätte. Für die Abgeltung des Arbeitszeitguthabens war zwar nicht iSv. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Zeit nach dem Kalender bestimmt. Eine Mahnung war jedoch nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich. Die Klägerin forderte mit Schreiben vom 24. Februar 2012 und vom 5. März 2012 von der Beklagten wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 7 Arbeitsvertrag die „Abrechnung“ des Arbeitszeitkontos. Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 28. Februar 2012 und vom 6. März 2012 generell mit der Begründung ab, das Arbeitszeitkonto stehe auf null. Die Klägerin musste die Schreiben nicht nur bezogen auf eine den Abrechnungs-, sondern auch auf den sich aus § 7 Arbeits-
- 38

vertrag ergebenden Abgeltungsanspruch als ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung iSv. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB verstehen.

III. Im Übrigen ist die Klage unbegründet. Die Klägerin hat ein über 414 Stunden hinausgehendes Zeitguthaben bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht schlüssig dargelegt. Das von der Klägerin behauptete weitergehende Zeitguthaben soll nach ihrem Vortrag aus der Leistung vergütungspflichtiger Überstunden resultieren. Insofern hat die Klägerin zwar die Leistung von Überstunden schlüssig dargelegt, nicht aber eine Pflicht der Beklagten diese zu vergüten. 39

1. Die Grundsätze der Darlegungslast, die gelten, wenn der Arbeitgeber in einem von ihm geführten Arbeitszeitkonto ein Zeitguthaben vorbehaltlos ausgewiesen hat, können nicht übertragen werden, wenn sich der Arbeitnehmer zur Begründung seines Anspruchs auf selbst gefertigte Arbeitszeitaufstellungen beruft, die sich der Arbeitgeber nicht zu eigen gemacht hat. In diesem Fall sind zunächst vom Arbeitnehmer die den behaupteten Saldo begründenden Tatsachen im Einzelnen darzulegen. Erst wenn dies geschehen ist, hat sich der Arbeitgeber hierzu zu erklären. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Arbeitgeber die Führung eines Arbeitszeitkontos vertragswidrig unterlassen hat. 40

2. Die Klägerin stützt sich zur Darlegung des weitergehenden Zeitguthabens nicht auf ein von der Beklagten geführtes Arbeitszeitkonto, sondern auf die von ihr selbst erstellten, der Beklagten erst im Laufe des vorliegenden Rechtsstreits zur Kenntnis gebrachten Arbeitszeitaufstellungen. 41

a) Behauptet der Arbeitnehmer zur Begründung eines (abzugeltenden) Arbeitszeitguthabens, geleistete Überstunden seien in ein vereinbartes Arbeitszeitkonto einzustellen, kann er sich, hat der Arbeitgeber die Stunden und den sich unter ihrer Berücksichtigung ergebenden Saldo des Arbeitszeitkontos nicht streitlos gestellt, nicht auf die Darlegung der Überstundenleistung beschränken, sondern hat als weitere Voraussetzung für eine Gutschrift die arbeitgeberseitige Veranlassung und Zurechnung der behaupteten Überstunden darzulegen. 42

Wie im Überstundenprozess hat er darzulegen und - im Bestreitensfall - zu beweisen, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang verrichtet hat und geleistete Überstunden vom Arbeitgeber veranlasst wurden oder diesem zumindest zuzurechnen sind. 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*). 43

Der eine Zeitgutschrift für Überstunden beanspruchende Arbeitnehmer genügt deshalb seiner Darlegungslast nicht schon, wenn er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat. Er hat darüber hinaus darzulegen, dass Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen seien (*vgl. BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 319/04 - zu II 1 a der Gründe; 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 31, BAGE 141, 330; 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 16 ff.*). 44

b) Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Klägerin nicht. Sie hat zwar dargelegt, an welchen Tagen sie von wann bis wann Arbeit geleistet haben will, nicht aber, dass Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen wäre. 45

aa) Auf eine ausdrückliche Anordnung von Überstunden hat sich die Klägerin nicht berufen. Eine konkludente Anordnung von Überstunden hat sie nicht schlüssig dargelegt. Die Klägerin hat lediglich, ohne dies im Einzelnen zu substantiieren, behauptet, die Überstunden seien aufgrund des Umfangs der ihr übertragenen Aufgaben und auch deshalb angefallen, weil auf Weisung des Geschäftsführers sämtliche Geschäftsanfälle sofort zu bearbeiten gewesen seien. Dieser pauschale Vortrag ist ungeeignet, die Erforderlichkeit der einzelnen Arbeitsstunden darzulegen. Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich nicht, dass bestimmte angewiesene Arbeiten innerhalb der Normalarbeitszeit nicht zu leisten waren (*vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 31, BAGE 141,* 46

330). Allein die Anwesenheit der Klägerin im Betrieb begründet keine Vermutung dafür, Überstunden seien zur Erbringung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen (vgl. BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 17).

bb) Die Klägerin hat die Billigung geleisteter Überstunden durch die Beklagte nicht dargelegt. Auch nach dem Vortrag der Klägerin hat die Beklagte erst im vorliegenden Rechtsstreit Kenntnis davon erlangt hat, welche Überstundenleistungen die Klägerin im Einzelnen behauptet. 47

cc) Ebenso wenig ergibt sich eine Duldung von Überstunden aus dem Vorbringen der Klägerin. Die Duldung von Überstunden bedeutet, dass der Arbeitgeber in Kenntnis 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 (BAG 6. Mai 1981 - 5 AZR 73/79 - zu II 3 der Gründe). 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). 48

Die Klägerin hat nicht durch substantiierten Sachvortrag aufgezeigt, weshalb der Beklagten die behaupteten Überstunden als über die Normalarbeitszeit hinausgehend hätten bekannt sein müssen. Aus ihrer Tätigkeit im Vorzimmer der Geschäftsführung kann nicht geschlossen werden, der Geschäftsführer der Beklagten sei, wie die Klägerin behauptet, jederzeit über ihre Arbeitszeit orientiert gewesen. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass der Geschäftsführer sich zu den von ihr als Überstunden aufgelisteten Zeiten ausnahmslos und ohne Unterbrechungen in seinem Büro aufgehalten habe. 49

3. Dass die Beklagte die weitere Führung des Arbeitszeitkontos vertragswidrig unterlassen hat, rechtfertigt keine abweichende Verteilung der Darlegungslast. Auch bei Fortführung des Arbeitszeitkontos hätte es im Streitfall zu- 50

nächst der Klägerin oblegen, zur Rechtfertigung eines Guthabens, Tatsachen vorzutragen, die geeignet sind, einen Anspruch auf Einstellung behaupteter Überstunden in das Arbeitszeitkonto zu begründen. Sie hätte auch in diesem Fall nicht nur die Leistung von Überstunden, sondern zusätzlich schlüssig darlegen müssen, dass diese von der Beklagten veranlasst wurden oder ihr zuzurechnen seien.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

51

Müller-Glöge

Weber

Volk

Dombrowsky

Zorn