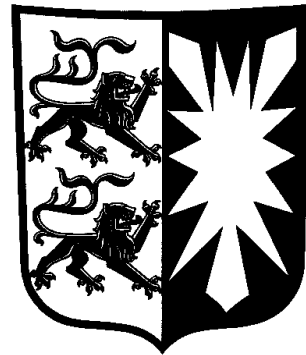


Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 278/20

1 Ca 2690/19 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer auf die mündliche Verhandlung vom 24.02.2021

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 27.08.2020 – 1 Ca 2690/19 – teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere Überstundenvergütung in Höhe von 706,50 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 25.12.2019 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den Kosten erster Instanz trägt der Kläger 54 % und die Beklagte 49 %.

Von den Kosten der Berufung trägt der Kläger 56 % und die Beklagte 44 %.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über Zahlungsansprüche aus einem beendeten Arbeitsverhältnis.

Der Kläger war vom 01.04. bis zum 28.11.2019 bei der Beklagten als Servicekraft tätig. Der Arbeitsvertrag vom 27.03.2019 enthält unter der Ziffer III. u.a. folgende Regelungen:

„1. Für die Tätigkeit des Arbeitnehmers ist die beim Arbeitgeber geltende regelmäßige Arbeitszeit maßgebend. Sie beträgt aufgrund der Tätigkeit derzeit 45 Stunden wöchentlich [...]

...

3. Während der Hauptsaison 01.04. bis 31.10. gilt eine 6-Tage-Woche. Der sechste Tag wird dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben und in der Vor- oder Nachsaison abgegolten. [...]"

Die Beklagte hielt den Kläger an, einen Tag in der Woche nicht zu arbeiten.

Die Parteien hatten in Ziffer IV. des Arbeitsvertrages ein monatliches Bruttofestgehalt in Höhe von 2.950,00 € vereinbart. Überstunden sollten dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben werden.

Unter Ziffer X. 6. des Arbeitsvertrags hatten die Parteien eine Vertragsstrafe mit folgendem Wortlaut vereinbart:

„Löst der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis vorsätzlich oder fahrlässig ohne Einhaltung der Kündigungsfrist auf oder veranlasst er vorsätzlich oder fahrlässig die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, so hat er dem Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsentgelten zu zahlen, maximal aber dasjenige Bruttoarbeitsentgelt, das er bei Einhaltung der Mindestkündigungsfrist erhalten hätte.“

Die Beklagte rechnete für den Monat Oktober 2019 das Bruttofestgehalt ab, zahlte jedoch nicht. Die Abrechnung weist u.a. 19 Resturlaubstage des Klägers aus. Für den Monat November 2019 erteilte die Beklagte keine Entgeltabrechnung und leistete ebenfalls keine Zahlungen.

Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos zum 28.11.2019. Ab dem 19.11.2019 und bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses war der Kläger arbeitsunfähig krank.

Der Kläger hat gemeint, er habe fristlos kündigen dürfen, weil die Beklagte ihm trotz mehrfacher Aufforderung das Entgelt für Oktober 2019 nicht gezahlt habe. Im Monat November 2019 habe er zunächst die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbracht. Ab dem 11.11.2019 habe ihn die Beklagte für eine Woche freigestellt. Urlaub sei ihm nicht gewährt worden.

Der Kläger hat behauptet, er habe im Zeitraum Mai bis Oktober 2019 insgesamt 803,5 Überstunden geleistet. Diese Überstunden habe die Beklagte angeordnet, gebilligt bzw. geduldet. Jedenfalls seien sie erforderlich gewesen. Die Überstunden seien mit 17,56 € pro Stunde zu vergüten. Dieser Lohn errechne sich auf Basis des

monatlichen Festgehalts geteilt durch die tarifvertraglich zulässigen 168 monatlichen Arbeitsstunden.

Aufrechenbare Gegenansprüche der Beklagten bestünden nicht.

Der Kläger hat zuletzt beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ausstehendes Arbeitsentgelt für den Monat Oktober 2019 in Höhe von 2.950,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 11.11.2019 zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ausstehendes Arbeitsentgelt für den Monat November 2019 in Höhe von 2.753,33 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 11.12.2019 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Urlaubsabgeltung für 19 Tage in Höhe von insgesamt 2.155,77 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Überstundenvergütung in Höhe von insgesamt 14.109,46 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Der Kläger habe keinen Urlaubsabgeltungsanspruch, denn er habe ab dem 10.11.2019 tatsächlich Urlaub genommen. Überstunden habe der Kläger nicht im behaupteten Umfang geleistet. Die aus den von ihm als Anlagen eingereichten Stundenzetteln hervorgehenden Pausen seien häufig zu kurz. Trotz entsprechender Aufforderung, mindestens einen Tag in der Woche nicht zu arbeiten, sei der Kläger häufig auch privat im Betrieb der Beklagten gewesen. Er habe nur 45 Stunden in der Woche arbeiten sollen. Etwaige bis einschließlich September 2019 geleistete Überstunden seien im Übrigen gemäß § 14 des allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrags für das Hotel- und Gaststättengewerbe des Landes Schleswig-Holstein vom 15.04.1994 (MTV) verfallen.

Für die in den Monaten Oktober und November 2019 geleistete Arbeit könne der Kläger keine Vergütung verlangen. Die Beklagte hat behauptet, ihr stünden aufrechenbare Gegenansprüche zu: Der Kläger habe aus der Trinkgeldkasse 1.900,00 € entnommen. Nachdem der Kläger seit August 2019 für das Trinkgeld verantwortlich gewesen sei, habe er nur insgesamt 600,00 € an Trinkgeld an die Belegschaft ausgezahlt. Aufgrund der erzielten Umsätze hätten sich am 10.11.2019 mindestens 1.900,00 € in der Kasse befinden müssen. Der Kläger habe vier Torten der Beklagten im Wert von 196,00 € bei seinem früheren Arbeitgeber in dessen Gastronomiebetrieb verkauft. Im November 2019 habe der Kläger 200,00 € aus der Barkasse entnommen, ohne diese zurückzulegen und 350,00 € an einen Künstler gezahlt, ohne eine Quittung in die Kasse einzulegen. Auch hätte der Kläger nicht außerordentlich fristlos kündigen dürfen. Deshalb habe er eine Vertragsstrafe entsprechend der vertraglichen Regelung an die Beklagte zu zahlen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Der Kläger habe Anspruch auf das Gehalt für Oktober 2019 in der begehrten Höhe. Für den Monat November 2019 könne er zunächst Entgelt für geleistete Arbeit, ab 11.11.2019 Entgelt für gewährten Freizeitausgleich und ab 19.11.2019 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in der jeweils begehrten Höhe beanspruchen. Unstreitig habe der Kläger bis zum 10.11.2019 gearbeitet. Für die Woche ab dem 11.11.2019 könne der Kläger auf Grundlage einer mündlich zwischen den Parteien getroffenen Freistellungsvereinbarung zum Ausgleich von Freizeitguthaben aus dem Arbeitszeitkonto anteilig die auf diesen Zeitraum entfallende Festvergütung verlangen. Dass ihm für diese Zeit Urlaub gewährt worden sei, habe die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Ab dem 19.11.2019 sei der Kläger arbeitsunfähig krank gewesen. Die Forderungen seien weder durch Erfüllung noch durch Aufrechnung erloschen. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung sei unzulässig und wäre zudem unbegründet. Die Beklagte habe aufrechenbare Gegenansprüche nicht schlüssig dargelegt. Das gelte für die behauptete Differenz in der Trinkgeldkasse, den Tortenverkauf und die Entnahme von 200,00 € aus der Kasse. Ein Schaden durch Zahlung von 350,00 € an einen Künstler sei nicht nachvollziehbar. Die Beklagte könne die Aufrechnung auch nicht mit einem Anspruch aus der arbeitsvertraglichen Vertragsstrafenregelung begründen.

Denn diese Regelung sei unwirksam, weil nicht hinreichend transparent i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB. Sie benachteilige den Kläger unangemessen.

Der Kläger könne die begehrte Urlaubsabgeltung verlangen. Unstreitig hätten ihm 19 Urlaubstage zugestanden. Zur Erfüllung dieses Anspruchs habe die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen.

Der Kläger habe Anspruch auf Vergütung von 225 geleisteten Überstunden. Ausgehend von der Regelung im Arbeitsvertrag habe der Kläger während der Hauptsaison über die regulären 45 Stunden an fünf Arbeitstagen hinaus einen sechsten Tag im Umfang von neun Stunden arbeiten müssen. Diese neun Stunden für den sechsten Arbeitstag hätten nach der vertraglichen Regelung dem Arbeitszeitkonto für einen späteren Ausgleich während der Vor- oder Nachsaison gutgebracht werden sollen. Auch nach dem Vortrag der Beklagten habe der Kläger nur an einem Tag in der Woche nicht arbeiten müssen. Während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses sei im Einvernehmen mit der Beklagten eine 6-Tage-Woche geleistet worden. Daraus ergäben sich für 30 Wochen in der Hauptsaison im Zeitraum April bis einschließlich Oktober 2019 mit jeweils einem zusätzlichen geleisteten Arbeitstag á 9 Stunden insgesamt 270 dem Arbeitszeitkonto gutgeschriebene Überstunden. Der Kläger sei nach seinem Vortrag im Umfang von 45 Stunden in der Woche ab dem 11.11.2019 zur Gewährung von Freizeitausgleich unter Entgeltfortzahlung freigestellt gewesen, so dass 225 zu vergütenden Überstunden verblieben. Das Arbeitsgericht hat (versehentlich) einen Stundenlohn von 12,00 € brutto zugrunde gelegt und so einen Vergütungsanspruch in Höhe von 2.700,00 € brutto ermittelt.

Weitere Überstundenvergütungsansprüche stünden dem Kläger nicht zu. Er habe nicht substantiiert vorgetragen, an welchen Tagen er über seine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat und inwieweit etwa geleistete Mehrarbeitsstunden durch die Beklagte angeordnet, gebilligt, geduldet oder zur Erledigung der Arbeit erforderlich gewesen seien. Entsprechend habe sich die Beklagte nicht substantiiert erklären können.

Gegen das beiden Parteien am 14.09.2020 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 11.10.2020 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 07.12.2020 am 04.12.2020 begründet. Der Kläger seinerseits hat am 06.10.2020 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 14.12.2020 am 14.12.2020 begründet. Er wendet sich gegen die teilweise Abweisung seiner Überstundenklage. Er habe nicht nur 225 Überstunden geleistet, sondern 803,5. Die Überstunden seien angesichts der monatlichen Arbeitszeit von 168 Stunden zudem mit 17,56 € die Stunde zu vergüten und nicht mit 12,00 € (wie im angefochtenen Urteil) oder 15,14 €. Zu Unrecht gehe das Arbeitsgericht davon aus, dass durch die Freistellung im November 2019 bereits 45 Überstunden abgegolten seien. Die Freistellung habe nicht dem Überstundenausgleich gedient.

Der Kläger ist der Ansicht, er habe bereits im ersten Rechtszug die Leistung von 803,5 Überstunden dargelegt. Er verweist auf seine Schriftsätze vom 11.03.2020 sowie 08.06.2020 und wiederholt seinen dortigen Vortrag.

Der Zeuge S. und die Beklagte hätten den Kläger aufgefordert, die entsprechenden Stunden zu leisten. Der Kläger behauptet, die Überstundenleistung sei zudem sachdienlich bzw. notwendig gewesen, da die Beklagte zu wenig Personal beschäftigt habe. Der Kläger habe daher verschiedene Tätigkeiten übernehmen müssen. Die Beklagte habe seiner weiteren Arbeitsleistung nicht widersprochen, die Überstunden also hingenommen und gebilligt, zumindest geduldet.

Der Kläger sei mit der Geltendmachung der Überstunden nicht ausgeschlossen, da er in seiner Kündigung vom 27.11.2019 auf die Überstunden hingewiesen habe. Außerdem habe mit den Überstunden das erste Quartal 2020 überbrückt werden sollen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 27.08.2020, Az. 1 Ca 2690/19, teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger weitere Überstundenvergütung in Höhe von 11.409,46 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5

Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 25.12.2019 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen,
das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 27.08.2020, Az. 1 Ca 2690/19, teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit das Arbeitsgericht mit den Ziffern 1 – 3 des Tenors der Klage stattgegeben hat.

Der Kläger könne keine weitere Überstundenvergütung verlangen. Das Arbeitsgericht habe die Freistellung des Klägers im November 2019 zum Abbau des Überstundenguthabens (45 Stunden) zu Recht berücksichtigt. Nach dem Arbeitsvertrag habe der Kläger 45 Stunden in der Woche, mithin 195 Stunden im Monat, arbeiten müssen. Die Beklagte bestreitet auch im zweiten Rechtszug, dass der Kläger die von ihm behaupteten Überstunden geleistet hat und dass Überstunden angeordnet oder notwendig waren. Die vom Kläger gefertigten Stundennachweise spiegelten nicht die tatsächlich gearbeiteten Stunden. Der Umstand, dass der Kläger auch andere Tätigkeiten übernommen habe, zeige, dass er in seinem Bereich zu wenig zu tun gehabt habe. Die Beklagte habe zu viel Personal beschäftigt, weshalb das Betriebskonzept gescheitert sei.

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht dem Kläger Vergütung für die Monate Oktober und November 2019 zugesprochen. Lohnsteuer- und Sozialversicherungsabgaben seien für Oktober abgeführt worden.

Die Aufrechnung gegen die Vergütungsforderungen sei zulässig und begründet. Der Betrag von 1.900,00 € errechne sich aus den konkreten Umsätzen der Beklagten. Zu dem Verkauf der Torten durch den Kläger behauptet die Beklagte, dass am fraglichen Tag keine weiteren Torten verkauft worden seien. Der Kläger habe im November 2019 200,00 € in Gegenwart des Zeugen S. der Kasse entnommen. Die Vertragsstrafe sei wirksam vereinbart worden. Schließlich habe das Arbeitsgericht den im Schriftsatz vom 20.02.2020 genannten Betrag von 75,00 € zu Unrecht nicht von der Klageforderung abgezogen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts und beruft sich auf Präklusion.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Entscheidungsgründe

A. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Sie ist teilweise bereits unzulässig und im Übrigen unbegründet.

I. Die statthafte Berufung der Beklagten ist zwar frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 1 ArbGG, § 519 ZPO. Die Berufungsbegründung genügt aber nur insoweit den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 - 4 ZPO, als sich die Beklagte gegen die Verurteilung zur Zahlung von Vergütung für die Monate Oktober und November 2019 (Ziffern 1 und 2 des Tenors des arbeitsgerichtlichen Urteils) wendet. Die Berufung gegen die Verurteilung zur Zahlung von Urlaubsabgeltung für 19 Tage in Höhe von 2.155,77 € brutto nebst Zinsen ist dagegen unzulässig, weil es bezüglich dieses Streitgegenstand an einer hinreichenden Auseinandersetzung mit dem Urteil des Arbeitsgerichts fehlt. Greift der Berufungsführer die Erstentscheidung – wie hier – hinsichtlich mehrerer Streitgegenstände an, so muss für jeden Streitgegenstand eine den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO entsprechende Auseinandersetzung erfolgen; soweit sie fehlt, ist die Berufung hinsichtlich des betreffenden Streitgegenstands unzulässig, ein erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist erfolgtes Vorbringen kann nicht berücksichtigt werden (BAG 08.05.2008 – 6 AZR 517/07 – Rn. 29).

Die Beklagte hat ihre Berufung gegen die Verurteilung zur Zahlung von Urlaubsabgeltung mit keinem Wort begründet. Sie setzt sich in der Berufungsbegründung vom

04.12.2020 ausschließlich mit der Verurteilung zur Zahlung der Vergütung für die Monate Oktober und November 2019 auseinander.

II. Soweit die Berufung der Beklagten zulässig ist, ist sie unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung von Vergütung für die Monate Oktober und (teilweise) November 2019 verurteilt.

1. Die Beklagte ist gemäß § 611a Abs. 2 BGB zur Zahlung der vereinbarten Festvergütung in Höhe von 2.950,00 € brutto verpflichtet, denn der Kläger hat unstreitig zumindest die vertraglich geschuldeten Normalarbeitsstunden geleistet.

a) Die Beklagte hat diesen Anspruch auch nicht teilweise durch Zahlung erfüllt (§ 362 BGB). Sie behauptet zwar, Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben für den Kläger abgeführt zu haben. Sie trägt aber nicht einlassungsfähig dazu vor, wann sie welche Beträge an die Einzugsstellen abgeführt hat. Auch in der Berufungsverhandlung konnte sie dazu keine Angaben machen, obwohl sie mit Verfügung vom 28.01.2021 auf diesen Mangel hingewiesen worden war. Dafür, dass bislang keine Zahlungen geleistet worden sind, spricht ferner das Schreiben der Staatsanwaltschaft Lübeck vom 12.02.2021, das der Kläger in der Berufungsverhandlung vorgelegt hat und ausweislich dessen der Geschäftsführerin der Beklagten aufgegeben worden ist, Geldbeträge an die Sozialversicherungsträger zu zahlen.

b) Das Arbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Vergütungsanspruch nicht durch Aufrechnung erloschen ist.

Mit einem Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatsgehalts kann die Beklagte gegen den Vergütungsanspruch nicht aufrechnen. Das Arbeitsgericht hat zutreffend festgestellt, dass die Regelung in Ziffer X. 6. des Formulararbeitsvertrags gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Sie ist nicht hinreichend transparent, denn sie erweckt aufgrund des Wortlauts und der Systematik den unzutreffenden Eindruck, dass für die Vertragsstrafe allein die arbeitsvertraglichen Kündigungsfristen nach Ziffer X. 1. und 2. einschlägig sind, obwohl bei Kündigung durch den Kläger die kürzeren Kündigungsfristen des allgemeinverbindlichen

MTV maßgeblich sind. Ob der Kläger um die Allgemeinverbindlichkeit des MTV wusste, ist nicht entscheidend, weil damit noch nicht gesagt ist, wie sich das auf die Berechnung der Vertragsstrafe auswirkt.

Im Übrigen ist die Aufrechnung bereits unzulässig. Es besteht keine Aufrechnungslage. Die Aufrechnungslage setzt gemäß § 387 BGB Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen im Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung voraus. Das ist bei einer Aufrechnung von Nettoforderungen gegen einen Bruttolohnanspruch nicht der Fall (vgl. BAG 22.03.2000 – 4 AZR 120/99 – Rn. 12 f.; BAG 26.10.2016 – 5 AZR 465/15 -). Sowohl bei der Rückforderung der angeblich unterschlagenen 1.900,00 € aus der Trinkgeldkasse als auch bei dem herausverlangten Erlös aus dem Tortenverkauf, der Rückzahlung der (angeblich) aus der Kasse entnommenen 200,00 €, des Honorars des Künstlers in Höhe von 350,00 € und der weiteren 75,00 € handelt es sich um Nettoforderungen.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die Aufrechnung auch gegen das Aufrechnungsverbot des § 394 Satz 1 BGB verstößt. Danach ist eine Aufrechnung gegen eine Forderung ausgeschlossen und führt nicht zum Erlöschen der Forderung (§ 389 BGB), soweit diese nicht der Pfändung unterworfen ist. Rechnet die Arbeitgeberin, wie hier die Beklagte, mit Erstattungsansprüchen gegen Arbeitseinkommen auf, obliegt es ihr, unabhängig von einer entsprechenden Rüge des Arbeitnehmers, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Aufrechnung unter Beachtung der Pfändungsschutzvorschriften erfolgt ist (BAG 22.09.2015 – 9 AZR 143/14 -; BAG 18.11.2020 – 5 AZR 57/20 – Rn. 38). Dieser Obliegenheit, auf die sie mit Verfügung vom 28.01.2021 hingewiesen worden ist, hat die Beklagte nicht genügt. Es ist nicht Sache der Gerichte, die pfändbaren Teile des Arbeitseinkommens zu ermitteln; genügt der Arbeitgeber seiner Obliegenheit nicht, ist der Erfüllungseinwand unbeachtlich (BAG 22.09.2015 – 9 AZR 143/14 – Rn. 13; BAG 18.11.2020 – 5 AZR 57/20 – Rn. 38).

2. Für den Monat November 2019 kann der Kläger Zahlung von 2.753,33 € brutto nebst Zinsen verlangen. Für die Zeit vom 01. bis 10.11.2019 schuldet die Beklagte dem Kläger gemäß § 611a Abs. 2 BGB Zahlung der vereinbarten Vergütung, denn

der Kläger hat unstreitig zumindest die vertraglich geschuldeten Normalarbeitsstunden geleistet. Zwischen dem 11. und 17.11.2019 war er unter Fortzahlung der Vergütung freigestellt. Auf diese Weise sollte das Zeitguthaben auf dem Arbeitskonto abgebaut werden. Diese Feststellung des Arbeitsgerichts greift die Beklagte in der Berufung nicht an, nachdem sie zuvor behauptet hatte, dem Kläger sei Urlaub gewährt worden. Vom 18. bis zum 28.11.2019 war der Kläger arbeitsunfähig krank, so dass er gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hat.

Der Anspruch des Klägers auf Zahlung von 2.753,33 € brutto ist nicht durch Aufrechnung erloschen. Auf die Ausführungen unter A. II. 1 b) wird verwiesen.

B. Die zulässige Berufung des Klägers, mit der er weitere Überstundenvergütung in Höhe von 11.409,46 € brutto begehrt, ist nur zu einem geringen Teil begründet.

I. Der Kläger kann Zahlung weiterer 706,50 € brutto verlangen.

1. Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 2.700,00 € brutto nebst Zinsen für 225 im Arbeitsverhältnis geleistete Überstunden verurteilt. Insoweit ist die Entscheidung rechtskräftig.

2. Allerdings hat das Arbeitsgericht versehentlich einen Stundenlohn von 12,00 € brutto zugrunde gelegt, obwohl sich bei einem festen Monatsgehalt von 2.950,00 € brutto und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 45 Stunden ein Stundenlohn von 15,14 € brutto ergibt. Bei diesem Stundenlohn errechnet sich für 225 Überstunden ein Anspruch in Höhe von 3.406,50 € brutto, mithin 706,50 € brutto mehr, als die vom Arbeitsgericht zugesprochenen 2.700,00 € brutto. Dieser Betrag steht dem Kläger noch zu.

II. Anders als der Kläger meint, hat er keinen Anspruch auf einen Stundenlohn von 17,56 € brutto und somit auf Zahlung weiterer 544,50 € brutto für die 225 vom Arbeitsgericht anerkannten und im zweiten Rechtszug nicht mehr streitigen Überstunden. Denn das Arbeitsgericht ist zu Recht von einer monatlichen Arbeitszeit von 195 und nicht von 168 Stunden ausgegangen. Die Parteien haben im Arbeitsvertrag eine

wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden vereinbart und damit von der in § 3 MTV vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die regelmäßige Arbeitszeit innerhalb des in § 3 ArbZG festgelegten Rahmens zu verlängern. Derartiges kann nach dem MTV durch Betriebsvereinbarung oder – wie hier – durch Einzelarbeitsvertrag vereinbart werden.

III. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Zahlung von 790,20 € brutto für 45 mit 17,56 € brutto/Stunde zu vergütende Überstunden, die das Arbeitsgericht – aus Sicht des Klägers zu Unrecht – als im Zeitraum 11. bis 17.11.2019 durch Freizeitgewährung ausgeglichen angesehen hat. Soweit der Kläger in der Berufung die Auffassung vertritt, die unstreitige Freistellung bei Fortzahlung der Vergütung habe nicht unter Anrechnung auf das Überstundenguthaben erfolgen sollen, setzt er sich in Widerspruch zu seinem Vortrag aus dem ersten Rechtszug. Dort hat er im Schriftsatz vom 11.03.2020 auf Seite 5 selbst vom „Abbummeln“ der Stunden gesprochen. Diesen Widerspruch vermochte er auch in der Berufungsverhandlung nicht aufzulösen.

IV. Schließlich hat der Kläger keinen Anspruch nach §§ 611a, 612 BGB darauf, dass ihm 533,5 weitere Überstunden mit 17,56 € brutto/Stunde vergütet werden. Er behauptet, er habe von Mai bis Oktober 2019 insgesamt 1.811,50 Stunden für die Beklagte gearbeitet. Bei einer monatlichen Sollarbeitszeit von 168 Stunden ergäben sich in den sechs Monaten 1.008 Sollstunden, mithin 803,5 Überstunden. Abzüglich der vom Arbeitsgericht (rechtskräftig) anerkannten 225 Überstunden und der 45 bereits geltend gemachten Überstunden müssten noch 533,5 Stunden mit 17,56 € brutto die Stunde vergütet werden, so dass er Anspruch auf Zahlung weiterer 9.368,26 € brutto habe. Die Überstunden seien von der Beklagten bzw. dem Zeugen S. angeordnet worden. Außerdem seien die Überstunden wegen der Personalsituation notwendig gewesen und von der Beklagten gebilligt, zumindest aber geduldet worden.

Mit seinem Vortrag genügt der Kläger auch in der zweiten Instanz nicht den Darlegungsanforderungen an eine Überstundenvergütungsklage.

1. Verlangt der Arbeitnehmer aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung, tarifvertraglicher Verpflichtung des Arbeitgebers oder § 612 Abs. 1 BGB 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 Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, 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 im Rahmen einer gestuften 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 (BAG 10.04.2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 11; 16.05.2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 27). Weitere Voraussetzung eines Anspruchs auf Überstundenvergütung ist, dass die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sind (vgl. BAG 10.04.2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 13 mwN). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass geleistete Überstunden angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit erforderlich waren, trägt der Arbeitnehmer als derjenige, der den Anspruch erhebt (BAG 10.04.2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 15; BAG 18.04.2012 - 5 AZR 248/11 - Rn. 15 mwN).

2. Ausgehend hiervon ist der Kläger der ihm obliegenden Darlegungslast hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Vergütung von weiteren Überstunden im Zeitraum vom Mai bis Oktober 2019 nicht nachgekommen.

a) Es ist bereits zweifelhaft, ob und wenn ja in welchem Umfang der Kläger - in der ersten Stufe der Darlegung - ausreichend dargetan hat, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum die von ihm behaupteten und von der Beklagten bestrittenen Überstunden geleistet hat.

aa) Ob ein Arbeitnehmer Überstunden geleistet hat, ist durch einen Vergleich der von ihm geschuldeten mit der von ihm tatsächlich geleisteten Arbeitszeit zu ermitteln. Er muss also darlegen, von welcher Normalarbeitszeit er ausgeht und vortragen, an welchen Tagen er von wann bis wann tatsächlich Arbeit geleistet oder sich

auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat. Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen einer gestuften 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. Lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der Sachvortrag des Arbeitnehmers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Diese Grundsätze dürfen nicht gleichsam schematisch angewandt werden, sondern bedürfen stets der Berücksichtigung der im jeweiligen Streitfall zu verrichtenden Tätigkeit und der konkreten betrieblichen Abläufe (BAG 21.12.2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 23, mwN).

bb) Wie unter B. II festgestellt, geht der Kläger bereits von einer zu niedrigen Normalarbeitszeit aus. Er schuldete nicht nur 168, sondern 195 Stunden im Monat. Unabhängig davon hat der Kläger nicht für jeden einzelnen Tag dargelegt, von wann bis wann er während der von ihm geltend gemachten Stunden, die die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit bei weitem übersteigen, Arbeitsleistungen erbracht haben will. Schriftsätzlicher Vortrag dazu fehlt. Der Kläger hat lediglich als Anlagen von der Beklagten nicht abgezeichnete Stundenaufstellungen vorgelegt (Bl. 64 ff. d.A.). Der Darlegungslast genügt der Arbeitnehmer aber grundsätzlich nicht durch die bloße Bezugnahme auf die den Schriftsätzen als Anlagen beigefügten Stundenaufstellungen oder sonstigen Aufzeichnungen (Schaub/Linck, 18. Aufl. § 69 Rn. 14). Anlagen können lediglich zur Erläuterung des schriftsätzlichen Vortrags dienen, diesen aber nicht ersetzen (BAG 16.05.2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 29). Anlagen verpflichten das Gericht nicht, sich die unstreitigen oder streitigen Arbeitszeiten aus den Anlagen selbst zusammenzusuchen (BAG 19.09.2012 – 5 AZR 627/11 – Rn. 37). Etwas anderes gilt allenfalls, wenn auf vom Arbeitgeber bzw. vom Vorgesetzten abgezeichnete Aufzeichnungen Bezug genommen wird (vgl. BAG 26.06.2019 – 5 AZR 452/18 – Rn. 40).

Der Kläger hat nur für die Monate Mai (ohne Pausen) und Oktober 2019 Listen vorgelegt, aus denen sich Beginn und Ende der Arbeitszeit ergeben. Für die weiteren Monate fehlen Listen mit den entsprechenden Angaben. Aber auch die Listen für Mai und Oktober 2019 können keinen Vortrag zur geleisteten Arbeitszeit ersetzen,

da sie nicht von der Geschäftsführerin der Beklagten oder einem Vorgesetzten des Klägers abgezeichnet sind.

b) Selbst, wenn der Vortag zu den tatsächlichen Arbeitszeiten im Mai und Oktober 2019 den Stundenaufstellungen zu entnehmen wäre, scheidet ein Anspruch des Klägers auf Vergütung von Überstunden jedenfalls daran, dass er nicht dargetan hat, dass die Beklagte etwaige Überstunden veranlasst hätte oder sie ihr zumindest zuzurechnen wären.

aa) 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 die Leistung von Überstunden nicht aufdrängen lassen, und der Arbeitnehmer kann nicht durch überobligatorische Mehrarbeit seinen Vergütungsanspruch selbst bestimmen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Vergütungspflicht für Überstunden auf arbeitsvertraglicher Vereinbarung, tarifvertraglicher Verpflichtung des Arbeitgebers oder § 612 Abs. 1 BGB beruht. Für diese arbeitgeberseitige Veranlassung und Zurechnung als - neben der Überstundenleistung - weitere Voraussetzung eines Anspruchs auf Überstundenvergütung formuliert das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung, Überstunden müssten vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sein (vgl. BAG 10.04.2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 13 f. mwN).

bb) Dass diese Anforderungen erfüllt sind, lässt sich dem Vortrag des Klägers nicht entnehmen.

(1) Ausreichend ist es zunächst nicht, lediglich darzulegen, an welchen Tagen die Überstunden tatsächlich geleistet worden sind oder sich der Arbeitnehmer zur Arbeit bereitgehalten hat. Derartiger Vortrag kann lediglich der Darlegungslast für Überstunden auf der ersten Stufe hinsichtlich der Leistung von Überstunden genügen (vgl. BAG 21.12.2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 22).

(2) Die Kläger hat nicht dargelegt, dass die Beklagte die von ihm behaupteten Überstunden ausdrücklich oder konkludent angeordnet hat.

(a) Für eine ausdrückliche Anordnung von Überstunden muss der Arbeitnehmer vortragen, wer wann auf welche Weise wie viele Überstunden angeordnet hat. 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. insgesamt BAG 10.04.2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 16 f., mwN).

(b) Der Kläger hat lediglich pauschal behauptet, die Beklagte oder Herr S. hätten ihn jeweils aufgefordert, entsprechende Überstunden zu leisten. Diese stereotyp wiederholte Behauptung reicht nicht aus. Für eine ausdrückliche Anordnung von Überstunden muss der Arbeitnehmer konkret und substantiiert vortragen, wer wann auf welche Weise wie viele Überstunden angeordnet hat (BAG 10.04.2013 – 5 AZR 122/12).

Der Kläger hat auch nicht substantiiert vorgetragen, dass die Beklagte stillschweigend Überstunden angeordnet hätte. Der Kläger hat lediglich pauschal behauptet, welche vielfältigen Arbeiten er für die Beklagte habe erledigen müssen, bei denen ihr habe klar sein müssen, dass erhebliche Überstunden anfallen würden. Die bloße Anwesenheit des Klägers in dem Lokal genügt aber nicht, um von einer Überstundenanordnung ausgehen zu können. Auch dass die Beklagte ihm unstreitig einen Schlüssel überlassen hat, führt hierzu nicht. Dass der Klägerin bisweilen auch Bürotätigkeiten vorgenommen hat, bestreitet die Beklagte nicht, über den Umfang der Tätigkeiten des Klägers und die Veranlassung von Überstunden sagt dies indes

nichts aus. Der Kläger hat nicht darzulegen vermocht, dass eine bestimmte angewiesene Arbeit innerhalb seiner Normalarbeitszeit von durchschnittlich neun Stunden am Tag nicht zu leisten war oder ihm zur Erledigung der aufgetragenen Arbeiten ein bestimmter Zeitrahmen vorgegeben war, der nur durch Leistung von Überstunden von ihm eingehalten werden konnte.

(3) Der Kläger hat auch nicht ausreichend dargetan, dass die Beklagte die von ihm behaupteten Überstunden gebilligt oder geduldet hätte.

(a) Mit der Billigung von Überstunden ersetzt der Arbeitgeber gleichsam 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 bestimmter Überstunden einverstanden zu sein. Die Duldung von Überstunden bedeutet, dass der Arbeitgeber in Kenntnis einer Überstundenleistung diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, die Leistung von Überstunden fürderhin 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. insgesamt BAG 10.04.2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 19, 21, mwN).

(b) Der Kläger hat bereits nicht vorgetragen, dass die Beklagte Kenntnis von der Vielzahl der von ihm behaupteten Überstunden gehabt hätte, geschweige denn, wann sie von welchen Überstunden (wann geleistet?) auf welche Weise erfahren hat. Die Berufungskammer vermag daher von einer Billigung oder einer Duldung geleisteter Überstunden im dargestellten Sinne in keiner Weise auszugehen.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht erfüllt sind.