

Ein auf den ersten Blick vielleicht profan anmutendes Thema beschäftigte jüngst das LAG Niedersachsen: Überstunden eines Arbeitnehmers. Bei näherer Betrachtung weist die sich darüber verhaltende Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 6.5.2021 – 5 Sa 1292/20 (PM des LAG vom 10.5.2021) aber sehr wohl vielfältige, insbesondere auch europarechtliche Bezüge mit Blick auf eine jüngere Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18 auf. Das LAG Niedersachsen hatte über die Berufung gegen ein Urteil des ArbG Emden (9.11.2020 – 2 Ca 399/18) betreffend die Auslegung des § 618 BGB zur Erfassung und Kontrolle der Arbeitszeiten zu entscheiden. Kläger war ein Arbeitnehmer, der bis zum 30.9.2019 als Auslieferungsfahrer bei der Beklagten gearbeitet hatte. Der Kläger machte Überstundenvergütung für einen Zeitraum von 1,5 Jahren geltend. Als Grundlage für den geltend gemachten Anspruch stützte sich der Kläger auf von der Beklagten erstellte technische Zeitaufzeichnungen. Ob diese Aufzeichnungen zur Erfassung der vergütungspflichtigen Arbeitszeit erstellt worden waren, war zwischen den Parteien streitig. Das ArbG hatte der Klage insoweit stattgegeben. Zur Begründung hatte das ArbG ausgeführt, dass die Beklagte in europarechtskonformer Auslegung des § 618 BGB zur Erfassung und Kontrolle der Arbeitszeiten des Klägers verpflichtet gewesen sei. Da die Beklagte dieser Verpflichtung nach ihrem eigenen Vortrag nicht nachgekommen sei, reichten die vorgelegten technischen Aufzeichnungen als Indiz für die geleistete Arbeitszeit aus. Diese Indizien habe die Beklagte nicht, etwa durch Darlegung von Pausenzeiten, entkräften können. Diese Auffassung teilte das LAG nicht. Das LAG ist vielmehr der Ansicht, dass das vorgenannte Urteil des EuGH vom 14.5.2019 keine Aussagekraft für die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess im Hinblick auf die Frage der Anordnung, Duldung oder Betriebsnotwendigkeit von Überstunden habe. Maßgeblich dafür sei vielmehr, ob der Arbeitnehmer dies beweisen könne. Dem EuGH komme keine Kompetenz zur Entscheidung über Fragen der Vergütung zu. Dies ergebe sich aus Art. 153 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Überstundenvergütung habe der Kläger daher nicht dargelegt. Das LAG hat die Revision zum BAG zugelassen, so dass eine zu erwartende Entscheidung des BAG zu der Entscheidung des EuGH, dass ein Arbeitgeber verpflichtet sei, sämtliche Arbeitsstunden zu erfassen und dessen Aussagekraft für einen Anspruch auf die Vergütung von Überstunden mit Interesse abzuwarten bleibt.



Dr. Christian Pelke,  
Redakteur Arbeitsrecht

## Entscheidungen

### **BAG: Arbeitnehmerüberlassung – Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt („equal pay“) – Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag – Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern**

1. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit gestattet den Mitgliedsstaaten, den Sozialpartnern die Möglichkeit einzuräumen, Tarifverträge zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern beim Arbeitsentgelt und den sonstigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von dem in Art. 5 Abs. 1 der genannten Richtlinie verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung abweichen. Davon hat der deutsche Gesetzgeber mit § 8 Abs. 2 AÜG, § 9 Nr. 2 AÜG af Gebrauch gemacht.

2. Eine Definition des „Gesamtschutzes“ von Leiharbeitnehmern enthält die Richtlinie nicht, sein Inhalt und die Voraussetzungen für seine „Achtung“ sind im Schrifttum umstritten. Zur Klärung der sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen hat der Senat entsprechend seiner Verpflichtung aus Art. 267 AEUV den Gerichtshof der Europäischen Union um eine Vorabentscheidung ersucht.

**BAG**, Beschluss vom 16.12.2020 – 5 AZR 143/19 (A)

(Orientierungssätze)

Volltext: **BB-ONLINE BBL2021-1267-1**  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### **BAG: Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel – Verweisung auf betriebsverfassungsrechtliche Tarifregelungen – tariflicher Freistellungsanspruch – Wahlrecht – Erörterungsverfahren zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat – Ablehnungsrecht des Arbeitgebers**

1. Ein Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, dass eine von ihm selbst gestellte Bezugnahmeklausel unter dem Blickwinkel der AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) die Einbeziehung einer dem Arbeitnehmer günstigen Tarifbestimmung ausschließt (Rn. 19).

2. Bei den Bestimmungen über ein tarifliches Zusatzgeld nach dem TV T-ZUG und dem (begrenzten) Wahlrecht, einen Teil des Zusatzgeldes nach § 25 MTV in bezahlte freie Tage umzuwandeln, handelt es sich nicht um besonders überraschende oder fernliegende Regelungen, mit denen die Arbeitsvertragsparteien in Tarifverträgen nicht zu rechnen brauchten (Rn. 22).

3. Die Arbeitsvertragsparteien haben mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nicht die Kompetenz, betriebsverfassungsrechtliche Regelungen zu vereinbaren. Die Schaffung von Rechtsnormen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen bleibt den Tarifvertragsparteien vorbehalten (§ 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG). Dies gilt auch, soweit betriebsverfassungsrechtliche Normen eines Tarifvertrags über eine allgemeine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag Anwendung finden sollen (Rn. 26).

4. Gleichwohl arbeitsvertraglich vereinbarte betriebsverfassungsrechtliche Regelungen sind

nach § 134 BGB nichtig. Eine Bezugnahmeklausel ist aber entgegen § 139 BGB nur insoweit nichtig, als von ihr betriebsverfassungsrechtliche Regelungen erfasst werden. Die Inbezugnahme der tariflichen Inhaltsnormen bleibt wirksam (Rn. 27 ff.).

5. Bei § 25.5 MTV handelt es sich um eine betriebsverfassungsrechtliche Regelung, die nicht wirksam arbeitsvertraglich in Bezug genommen werden kann. Das dort enthaltene Ablehnungsrecht wegen fehlender innerbetrieblicher Kompensationsmöglichkeit ist untrennbar mit dem vorgeschalteten Erörterungsverfahren zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat verbunden. Der nicht tarifgebundene Arbeitgeber kann Anträge auf die Gewährung tariflicher Freistellungstage deshalb nicht nach § 25.5 MTV ablehnen. Das ist die Folge der rechtlichen Begrenzung der Reichweite von Bezugnahmeklauseln im Hinblick auf betriebsverfassungsrechtliche Regelungen (Rn. 35 ff.).

6. Der Anspruch auf die Gewährung tariflicher Freistellungstage nach § 25 MTV geht nur dann am Jahresende unter, wenn diese aus personenbedingten Gründen ganz oder teilweise nicht im Kalenderjahr genommen werden können. Ein Fall der objektiven oder subjektiven Unmöglichkeit iSv. § 275 BGB allein durch Zeitablauf liegt nicht vor (Rn. 49).

**BAG**, Urteil vom 20.1.2021 – 4 AZR 283/20

(Orientierungssätze)

Volltext: **BB-ONLINE BBL2021-1267-2**  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)