

## **Klausel in AGB über Abgeltung von Mehrarbeit durch Bruttomonatsvergütung muss zeitlichen Umfang benennen**

**Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Arbeitgebers enthaltene Klausel, etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit sei mit der Bruttomonatsvergütung abgegolten, ist intransparent, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag nicht ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es - gerade bei Diensten höherer Art  nicht, BAG, Urt. v. 17.08.2011 - 5 AZR 406/10**

BGB § 307 Abs. 1 Satz 2, § 612 Abs. 1; § 307 Abs. 3 S. 2 BGB; § 612 Abs. 1 BGB  
[LAG Berlin-Brandenburg - 03.06.2010 - AZ: 15 Sa 166/10](#)  
ArbG Berlin - 23.09.2009 - AZ: 20 Ca 19044/08

1.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des [Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 3. Juni 2010 - 15 Sa 166/10](#) - aufgehoben, soweit es der Berufung des Klägers gegen das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 23. September 2009 - 20 Ca 19044/08 - stattgegeben hat, und die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

2.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.  
Tatbestand

Die Parteien streiten - soweit für die Revision von Interesse - über die Vergütung von Überstunden.

Der 1968 geborene Kläger war seit dem 16. Oktober 2006 bei der Beklagten als Rechtsanwalt beschäftigt. Im Arbeitsvertrag vom 16. Juli/8. August 2006 heißt es ua.:  
"§ 1 Tätigkeit

(1) Der Mitarbeiter wird als Rechtsanwalt eingestellt. Sein Arbeitsgebiet umfasst alle damit verbundenen Tätigkeiten.

(2) Der Mitarbeiter verpflichtet sich, die Tätigkeit gewissenhaft und nach bestem Vermögen zu erfüllen, die Interessen des Arbeitgebers zu wahren und seine ganze Arbeitskraft ausschließlich der vereinbarten Tätigkeit zu widmen.

Nebenbeschäftigungen, gleich welcher Art, bedürfen der Genehmigung seitens des Arbeitgebers.

...

§ 3 Vergütung

(1) Der Mitarbeiter erhält für die vertragliche Tätigkeit ein monatliches Bruttogehalt i. H. v. 5.833,33 EURO. Die Vergütung ist jeweils am Letzten eines Monats fällig und wird auf ein von dem Mitarbeiter noch zu benennendes Bankkonto überwiesen.

...

(3) Durch die zu zahlende Bruttovergütung ist eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten.

§ 4 Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt 40 Stunden wöchentlich.

(2) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen richten sich nach den Bürozeiten, die derzeit von 8.30 Uhr bis 19.00 Uhr sind."

Mit Schreiben vom 3. August 2006 hatte die Beklagte dem Kläger auf dessen Anfrage Folgendes bestätigt:

"Anlässlich unserer gemeinsamen Besprechungen hatten wir uns darauf verständigt, dass die Partner jeweils nach Ablauf eines Geschäftsjahres prüfen werden, ob sie Ihnen neben der vereinbarten festen Vergütung einen Bonus gewähren wollen. Ein solcher Bonus steht allerdings dem Grunde und der Höhe nach im alleinigen freien Ermessen der Partner. Ein Anspruch hierauf besteht daher grundsätzlich nicht. Ferner ist es unser gemeinsames Verständnis, dass die Partner nach etwa einem bis anderthalb Jahren mit Ihnen Gespräche darüber aufnehmen werden, ob und ggf. ab welchem Zeitpunkt Ihnen eine Partnerschaft in Aussicht gestellt werden kann."

Ab März 2007 erhielt der Kläger ein Jahresgehalt iHv. 80.000,00 Euro brutto. Ende März 2008 gewährte ihm die Beklagte für das Jahr 2007 einen Bonus iHv. 8.000,00 Euro brutto. In einem Personalgespräch am 30. September 2008 teilte die Beklagte dem Kläger mit, eine Aufnahme als Partner komme nicht in Betracht.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Januar 2009. Auf die Kündigungsschutzklage des Klägers hat das Arbeitsgericht mit rechtskräftig gewordenem Anerkenntnisurteil vom 27. Februar 2009 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Es endete aufgrund einer ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 18. März 2009 mit Ablauf des 30. Juni 2009.

Mit einer am 2. März 2009 im Kündigungsschutzprozess eingereichten Klageerweiterung hat der Kläger zuletzt noch Überstundenvergütung für die Zeit vom 16. Oktober 2006 bis zum 30. September 2008 iHv. 39.362,26 Euro brutto geltend gemacht und vorgetragen, in diesem Zeitraum ausweislich einer Stundenliste sowie von ihm geführter Zeitrachweise unter Einschluss der Lektüre von Fachliteratur und des Besuchs eines Notargrundkurses 930,33 Überstunden geleistet zu haben, die mit 42,31 Euro brutto je Stunde zu vergüten seien. Er hat die Auffassung vertreten, § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags sei jedenfalls nach § 307 BGB unwirksam. Die Beklagte habe bereits mit dem Arbeitsvertrag Überstunden angeordnet, zudem seien die angestellten Anwälte aufgefordert worden, deutlich mehr als 40 Wochenstunden zu arbeiten. Die Partner hätten darauf geachtet, dass kein Leerlauf entstehe und ein kontinuierlicher Fluss von zwei bis zweieinhalb Überstunden pro Arbeitstag nicht abrisse. Jedenfalls habe die Beklagte die Leistung von Überstunden geduldet. Eine Verwirkung des Anspruchs auf Überstundenvergütung scheitere schon daran, dass er bis zum 30. September 2008 fest von einer zeitnahen Aufnahme in die Partnerschaft ausgegangen sei. Die in Aussicht gestellte Partnerschaft sei die Gegenleistung für die erbrachten Überstunden gewesen. Erst nachdem die Beklagte sich einseitig von ihrer Zusage gelöst habe, sei der Anlass, Überstundenvergütung nicht geltend zu machen, entfallen.

Der Kläger hat zuletzt - soweit für die Revision von Belang - sinngemäß beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 39.362,26 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach bestimmter zeitlicher Staffelung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, bis zu acht Überstunden wöchentlich seien durch § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags wirksam mit der regulären Vergütung abgegolten. Der Kläger habe die Leistung von Überstunden nicht substantiiert dargelegt, Anwesenheitszeit sei nicht mit Arbeitszeit gleichzusetzen. Die Lektüre von Fachzeitschriften gehöre nicht zu der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit eines Rechtsanwalts, der Besuch des Notargrundkurses habe überwiegend im persönlichen Interesse des Klägers gelegen. Im Übrigen habe der Kläger etwaige Überstunden nicht auf Anordnung geleistet, ihm sei auch keine Arbeit zugewiesen worden, die er nur unter Überschreitung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit hätte erledigen können. Überstunden seien von der Beklagten weder gebilligt noch geduldet worden. Jedenfalls seien etwaige Ansprüche des Klägers verwirkt. Selbst wenn die Aussicht auf eine Aufnahme als Partner für den Kläger Anlass für die angebliche Leistung von Überstunden gewesen sein sollte, berechne ihn das nicht, diese eigenverantwortlich getätigte Investition in seine berufliche Zukunft der Beklagten "in Rechnung zu stellen".

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Schlussurteil abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers durch Teilurteil der Klage iHv. 30.229,12 Euro nebst Zinsen stattgegeben. Über die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens hat das Landesarbeitsgericht durch Schlussurteil entschieden, das nicht angefochten worden ist. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Schlussurteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht teilweise stattgegeben. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Vergütung von Überstunden.

I.

Das ergibt sich allerdings nicht bereits aus § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags. Danach ist durch die zu zahlende Bruttovergütung eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten. Die Klausel ist unwirksam, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

1.

Bei § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags handelt es sich nach der von der Revision nicht angegriffenen rechtlichen Wertung des Landesarbeitsgerichts um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB). Dafür begründet auch das äußere Erscheinungsbild eine tatsächliche Vermutung (vgl. [BAG 1. März 2006 - 5 AZR 363/05](#) - Rn. 20 ff., [BAGE 117, 155](#); [24. September 2008 - 6 AZR 76/07](#) - Rn. 18, [BAGE 128, 73](#)), der keine der Parteien entgegengetreten ist.

2.

Die in § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags geregelte Pauschalabgeltung von Überstunden ist mangels hinreichender Transparenz unwirksam.

a)

Unbeschadet der Frage, ob eine Regelung wie die streitbefangene die Hauptleistungspflichten der Parteien betrifft, unterliegt sie jedenfalls gem. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach kann sich die zur Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führende unangemessene Benachteiligung aus der mangelnden Klarheit und Verständlichkeit der Bedingung ergeben. Dieses Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Es müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner des Klauselverwenders soll ohne fremde Hilfe Gewissheit über den Inhalt der vertraglichen Rechte und Pflichten erlangen können und nicht von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werden. Eine Klausel muss im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben. Sie verletzt das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält ([BAG 31. August 2005 - 5 AZR 545/04](#) - Rn. 45, BAGE 115, 372; [BGH 26. Oktober 2005 - VIII ZR 48/05](#) -Rn. 23, BGHZ 165, 12).

b)

Eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was ggf. "auf ihn zukommt" und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss ([BAG 1. September 2010 - 5 AZR 517/09](#) -Rn. 15, AP BGB § 307 Nr. 47 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 50; [20. April 2011 - 5 AZR 200/10](#) - Rn. 16, DB 2011, 1639 - jeweils m.w.N.; vgl. auch *ErfK/Preis* 11. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 91; *HWK/Gotthardt* 4. Aufl. Anh. §§ 305 - 310 BGB Rn. 39).

3.

§ 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags ist nicht klar und verständlich. Diese Klausel soll etwaig notwendig werdende Arbeitsstunden erfassen, die die vereinbarten 40 Wochenstunden überschreiten. Deren Umfang ist im Arbeitsvertrag ebenso wenig bestimmt wie die Voraussetzungen, unter denen Überstunden "etwaig notwendig" sein sollen. Insbesondere lässt sich weder der Klausel selbst noch den arbeitsvertraglichen Bestimmungen im Übrigen eine Begrenzung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit (zu einer solchen Auslegungsmöglichkeit [BAG 28. September 2005 - 5 AZR 52/05](#) -BAGE 116, 66) entnehmen. Aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 ergibt sich eine derartige Beschränkung jedenfalls nicht. Die Verwendung des Begriffs "Mehrarbeit" deutet im Gegenteil darauf hin, dass auch eine Überschreitung der gesetzlichen Arbeitszeit von der Klausel erfasst sein soll (zum Verständnis der im Arbeitszeitgesetz nicht verwendeten Begriffe Über- und Mehrarbeit siehe *ErfK/Preis* § 611 BGB Rn. 486; *HWK/Thüsing* § 611 BGB Rn. 134). Zudem haben die Parteien die Klausel übereinstimmend nicht mit einer Beschränkung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit verstanden. Erst im Laufe des Verfahrens ist die Beklagte zu einem solchen Verständnis der Klausel gekommen.

Selbst wenn man der Auffassung der Beklagten folgte, § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags könne dahingehend ausgelegt werden, mit der vereinbarten Vergütung sollten (*nur*) bis zu acht Überstunden wöchentlich abgegolten sein, bliebe die Klausel intransparent. Sie enthielte vermeidbare Unklarheiten und Spielräume. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führt zwar nicht gleichsam automatisch zu deren Intransparenz (*vgl. ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 44; Däubler/Bonin/Deinert/Bonin AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht 3. Aufl. § 307 BGB Rn. 157 - jeweils m.w.N.*). Lässt sich aber eine Klausel unschwer so formulieren, dass das Gewollte klar zu erkennen ist, führt eine Formulierung, bei der das Gewollte allenfalls durch eine umfassende Auslegung ermittelbar ist, zu vermeidbaren Unklarheiten. Wäre eine Einschränkung des Umfangs der Abgeltungsklausel auf bis zu acht Stunden wöchentlich gewollt gewesen, so hätte die Beklagte das unschwer im Klauseltext durch die Aufnahme dieser Zahl oder zumindest mit einem ausdrücklichen Hinweis auf das Arbeitszeitgesetz und eine danach zulässige wöchentliche Höchst Arbeitszeit formulieren können.

## II.

Mithin enthält der Arbeitsvertrag weder eine positive noch eine negative Regelung zur Vergütung von Überstunden. Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers kann deshalb, wie das Landesarbeitsgericht insoweit zutreffend erkannt hat, nur § 612 Abs. 1 BGB sein. Dessen Voraussetzungen liegen aber nicht vor.

### 1.

Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Die zwischen den Parteien streitige Frage, ob der Kläger mit dem Studium von Fachliteratur und dem Besuch eines Notargrundkurses Arbeit im Sinne einer Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (*zum Begriff der Arbeit siehe [BAG 20. April 2011 - 5 AZR 200/10](#) - Rn. 21 m.w.N., DB 2011, 1639*), geleistet hat, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Es fehlt jedenfalls an der weiteren Voraussetzung des § 612 Abs. 1 BGB, dass die Leistung der streitgegenständlichen Überstunden den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

#### a)

Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche - objektive - Vergütungserwartung wird zwar in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es jedoch gerade bei Diensten höherer Art nicht (*ErfK/Preis § 612 BGB Rn. 18; HWK/Thüsing § 612 BGB Rn. 23 - jeweils m.w.N.; vgl. auch - zu leitenden Angestellten - [BAG 17. November 1966 - 5 AZR 225/66](#) - BAGE 19, 126 und - zu Chefärzten - [BAG 17. März 1982 - 5 AZR 1047/79](#) - BAGE 38, 194*). Die Vergütungserwartung ist deshalb stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme (*[BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 122/99](#) - zu IV 4 a der Gründe, BAGE 96, 45*). Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen.

Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehrt.

b)

Aus dem Sachvortrag des Klägers lässt sich das Bestehen einer 21 Vergütungserwartung nicht begründen. Auf einen Tarifvertrag, der eine Vergütungspflicht für Überstunden angestellter Rechtsanwälte vorsieht, beruft sich der Kläger nicht. Er hat auch nicht einmal ansatzweise Tatsachen dafür vorgetragen, angestellte Rechtsanwälte in vergleichbarer Stellung als potentielle Partner der Arbeitgeberin und mit einem vergleichbaren, deutlich herausgehobenen Gehalt würden Überstunden nur gegen zusätzliche Vergütung leisten oder Überstunden stets vergütet erhalten. Ebenso wenig hat der Senat Anhaltspunkte für eine entsprechende Verkehrssitte. Dieses Ergebnis bestätigt die subjektive Einstellung des Klägers, der nach seinem Vortrag für Überstunden keine Vergütung im Sinne einer Geldzahlung erwartete. Er erhoffte sich vielmehr die Aufnahme in die Partnerschaft und dass sich damit die Leistung von Überstunden "bezahlt" machen werde.

2.

Eine Vergütungspflicht der Beklagten für die vom Kläger geleisteten Überstunden ergibt sich nicht in entsprechender Anwendung des § 612 Abs. 1 BGB nach den Grundsätzen der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur der fehlgeschlagenen - subjektiven - Vergütungserwartung. Danach wird ein (*nachträglicher*) Vergütungsanspruch bejaht, wenn die dem durch die Dienstleistungen Begünstigten erkennbare Erwartung des die Dienste Leistenden bestand, durch eine in Zukunft erfolgende Übertragung eines Vermögens oder Vermögensbestandteils würden die in der Vergangenheit geleisteten Dienste abgegolten werden, sofern für die geleisteten Dienste entweder keine oder doch nur eine deutlich unterwertige Bezahlung erfolgte und ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der unterwertigen oder fehlenden Zahlung und der Erwartung bestand (*BAG 14. Juli 1966 - 5 AZR 2/66 - AP BGB § 612 Nr. 24; 13. Mai 1969 - 5 AZR 457/68 - AP BGB § 612 Nr. 25; vgl. auch ErfK/Preis § 612 BGB Rn. 21 ff.; DFL/Kamanabrou 4. Aufl. § 612 BGB Rn. 16 ff. - jeweils m.w.N.*).

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Wenn der Kläger 23 in der Hoffnung, seine Aufnahme in die Partnerschaft zu befördern, Überstunden leistete, handelte er gleichsam auf eigenes Risiko. Die Beklagte hat zwar mit der Klausel des § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags ihre Erwartung zum Ausdruck gebracht, der Kläger werde bei Bedarf "kostenlos" Überstunden leisten. Sie hat dafür aber nicht die Aufnahme in die Partnerschaft als sicher oder auch nur wahrscheinlich hingestellt. In ihrem Schreiben vom 3. August 2006 ist nur von der Aufnahme von Gesprächen der Parteien darüber die Rede, ob und ggf. wann dem Kläger eine Partnerschaft in Aussicht gestellt werden könnte. Dass die Beklagte davon unabhängig zumindest die Aufnahme in die Partnerschaft mit der Leistung von Überstunden verknüpft hätte, etwa indem sie solche vom Kläger unter Hinweis auf die von ihm angestrebte Partnerschaft verlangte oder eine Aufnahme in die Partnerschaft bei der Nichtleistung von Überstunden als gefährdet darstellte, kann dem Sachvortrag des Klägers nicht entnommen werden.

III.

Der Kläger hat gem. § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. Über die die Klage auf Überstundenvergütung betreffenden erst- und zweitinstanzlichen Kosten hat das Landesarbeitsgericht, ohne den Ausgang des Revisionsverfahrens abzuwarten, in einem rechtskräftigen Schlussurteil vom 18. August 2010 mitentschieden. Daran ist der Senat gebunden (vgl. [BGH 9. April 1956 - II ZR 135/55](#) - BGHZ 20, 253; 9. November 1977 - VIII ZB 36/77 -WM 1977, 1428 und [26. Juni 1986 - V ZB 15/86](#) - VersR 1986, 1210; noch a.A. RAG 7. August 1940 - RAG 258/39 - RAGE 23, 289).