

14 Sa 296/20
2 Ca 2043/19
Arbeitsgericht Duisburg

Beglaubigte Abschrift



Verkündet am 22.09.2020

Hülpert
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Ge-
schäftsstelle

**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES**

URTEIL

In dem Rechtsstreit

E. T., Am I. weg 49d, E.

Kläger und Berufungskläger

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte I. und P.-K., G. Straße 276, F.

g e g e n

1. B. Auto-Teile-V. Handels GmbH & Co. KG vertreten durch die B. Autofahrerfachmarkt Geschäftsführungs GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer N. G. und T. K., Dr.-L.-Straße 11, X.

Beklagte und Berufungsbeklagte

2. B. Auto-Teile-V. GmbH & Co. KG vertreten durch die B. Auto-Teile-V. GmbH vertreten durch die Geschäftsführer N. G., T. K., D. N., Dr.-L.-Straße 11, X.

Beklagte und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte

zu 1-2: F. T. (Germany) LLP, C.Straße 12, N.

hat die 14. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 22.09.2020 durch die Richterin am Arbeitsgericht Goetzeler als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter Michel und den ehrenamtlichen Richter Zeise

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 10.03.2020 – 2 Ca 2043/19 – abgeändert:**

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 26.442,40 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.01.2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

- 2. Der Kläger hat 77 % der Kosten des Rechtsstreits zu tragen, die Beklagten haben 23 % der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**
- 3. Die Revision wird sowohl für den Kläger als auch für die Beklagten zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten im beendeten Arbeitsverhältnis über Überstundenvergütung.

Die Beklagten betreiben Autowerkstätten. Die Öffnungszeiten der Filialen sind Montag bis Freitag von morgens 7:30 Uhr bis abends 19:00 Uhr sowie am Samstag von 8:00 Uhr bis 16:00 Uhr.

Der Kläger wurde mit Wirkung zum 01.07.2002 bei der Beklagten zu 2. als Gebietsverkaufsleiter eingestellt. Das monatliche Bruttogrundgehalt des Klägers betrug zuletzt 6.657,08 € (vgl. Gehaltsabrechnung für November 2019, Anlage K 15, Blatt 387 der Akte). Darüber hinaus erhielt der Kläger eine jährliche Prämie sowie einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung. Das Gehalt erhielt der Kläger laut Verdienstabrechnung zuletzt von der Beklagten zu 1. Der Kläger war in der 40-Stunden-Woche beschäftigt. Als Gebietsverkaufsleiter oblag dem Kläger die Betreuung von 12 Filialen in der Region L., C. H. und E., die der Kläger von seinem Wohnsitz aus anfuhr. Bürotätigkeiten führte der Kläger im Home Office aus. Der Kläger berichtete an den Regionalleiter Herrn W., der bei der Beklagten zu 1. beschäftigt war. Die Mitarbeiter in den einzelnen Filialen waren dem Kläger fachlich unterstellt und sind bei der Beklagten zu 2. beschäftigt.

In dem zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2 geschlossenen Anstellungsvertrag heißt es unter anderem wie folgt:

„§ 2 Gehalt

...

Mit dem Gehalt ist etwaige Mehrarbeit, soweit sie gelegentlich oder regelmäßig anfällt, abgegolten. ...“

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des schriftlichen Anstellungsvertrages wird auf die Anlage K 1 (Blatt 56ff. der Akte) Bezug genommen.

Der Kläger erfasste seine wöchentlichen Einsätze in dem von den Beklagten zur Verfügung gestellten Programm AWIS, wobei die Einzelheiten der Aufzeichnung der Arbeitszeit sowie die rechtliche Bewertung zwischen den Parteien streitig sind. Der Kläger hatte über sein Firmenlaptop Zugriff auf das Programm AWIS, welches sowohl von der Beklagten zu 1. als auch von der Beklagten zu 2. genutzt wurde. Die Eintragungen im System AWIS zeigen für die datumsmäßig benannten einzelnen Arbeitstage in Form von Balken den Beginn sowie das Ende der täglichen Arbeitszeit, wobei schlagwortartig Art und Ort der Tätigkeit angegeben sind (z.B. „Büro zu Hause“, „Büro L.“, „Schulung Car Garantie“). Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf Anlage K 3 (Blatt 44 ff. der Akte) Bezug genommen.

Die Beklagte zu 1. kündigte das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2020 aus betriebsbedingten Gründen. Ab dem 17.09.2019 wurde der Kläger zunächst widerruflich, ab dem 24.11.2019 dann unwiderruflich, freigestellt. Das Kündigungsschutzverfahren beim Arbeitsgericht Duisburg unter dem Az. 1 Ca 1572/19 endete durch Vergleich, in dem sich die Parteien auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.06.2021 verständigten. Die zwischen den Parteien streitigen Überstundenansprüche wurden in dem Vergleich ausdrücklich nicht miterledigt. Diesbezüglich vereinbarten der Kläger und die Beklagte zu 1. folgendes:

„(...)

4. In der Zeit der Freistellung vom 24.11.2019 bis zum 31.03.2020 werden Resturlaubsansprüche aus dem Jahr 2019 angerechnet, soweit möglich darüber hinaus etwaige Freizeitausgleichsansprüche wegen geleisteter Überstunden. In der Zeit ab dem 01.04.2020 erfolgt die Freistellung unter Anrechnung auf Urlaubsansprüche.

(...)

7. Mit Erfüllung dieses Vergleiches sind alle wechselseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, seien sie bekannt oder unbekannt, gleich welchen

...

Rechtsgrundes, erledigt. Dies gilt nicht für die etwaigen Überstundenansprüche, die über die in vorgenannter Freistellungsklausel geregelte Verrechnung hinausgehen. ... (...)“

Der Kläger hat behauptet, er habe in den Jahren 2016 bis 2019 insgesamt 3010,5 Überstunden geleistet, die mit einem Stundensatz von 38,41 € brutto zu vergüten seien. Er hat vorgetragen, dass er seine voraussichtlichen Einsätze jeweils zum Ende einer Arbeitswoche oder zum Beginn der neuen Woche über AWIS geplant habe und dann täglich aktualisiert habe. Zum Ende einer Woche sei der Einsatzplan über AWIS aktuell gewesen und dem Regionalleiter sowie der Zentrale übermittelt worden. Der Kläger hat nicht nur auf die Aufzeichnungen aus dem System AWIS, sondern auch auf eigene Aufzeichnungen verwiesen (Anlage K4, Blatt 102 ff. der Akte). Des Weiteren hat der Kläger schriftsätzlich zu den datumsmäßig benannten Arbeitstagen vorgetragen. Auf die Ausführungen des Klägers auf Seite 9-53 in der Klageschrift vom 20.12.2019 wird Bezug genommen.

Die Kläger hat die Auffassung vertreten, dass von einer konkludenten Anordnung der Überstunden auszugehen sei und diesbezüglich auf seine Darstellungen zu seinem Arbeitsalltag sowie das sogenannte Handbuch für Gebietsleiter (Anlage K6, Blatt 217 ff. der Akte) Bezug genommen. Den Beklagten sei bekannt gewesen, dass die Tätigkeit des Gebietsverkaufsleiters aufgrund des Umfangs der Aufgaben in der Normalarbeitszeit nicht zu schaffen gewesen sei. Sie hätten darüber hinaus auch die tatsächlich angefallenen Überstunden in jedem Einzelfall gekannt. Der Kläger sei verpflichtet gewesen, seine tägliche Arbeitszeit einschließlich Pausenzeit sowie die Orte der Tätigkeit mit Hinweis auf die Aufgaben auf die halbe Stunde genau im System AWIS einzupflegen. Diese Verpflichtung folge auch aus dem Handbuch für Gebietsleiter. Die Eintragungen seien nicht zur bloßen Orientierung erfolgt, sondern hätten für die zurückliegende Woche am Montag der Folgewoche spätestens um 10:00 Uhr beim Regionalleiter, also dem unmittelbaren Vorgesetzten des Klägers, zur Prüfung vorliegen müssen. Dieser habe die Tätigkeiten und Einsatzzeiten des Klägers wöchentlich überprüft. Auch die Zentrale der Beklagten in X. habe neben dem Regionalbüro X. Zugriff auf und Einblick in die Arbeitszeiten und die Tätigkeiten des Klägers. Die Überstunden des Klägers seien jedenfalls gebilligt und geduldet worden. Für Abhilfe sei trotz entsprechender Gespräche nicht gesorgt worden. Es sei auch regelmäßig Samstagsarbeit und eine Anwesenheit in den Filialen von mindestens 60 % der Arbeitszeit erwartet worden.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er könne eine Vergütung für die Überstunden erwarten, da er weder Dienste höherer Art geleistet habe noch zu den sogenannten Besserverdienern zähle. Für die Vergütung würden die Beklagten als Gesamtschuldner haften. Es bestehe ein Arbeitsverhältnis zu beiden Beklagten. Dies folge daraus, dass er -wie unstreitig ist- einen schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu 2. habe, aber als Arbeitnehmer der Beklagten zu 1. geführt worden sei.

Der Kläger hat beantragt,

...

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 115.633,30 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben auf die Überstundenabgeltungsklausel gemäß § 2 des Arbeitsvertrages verwiesen und im Übrigen die Auffassung vertreten, der Kläger genüge nicht der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast. Die vom Kläger behaupteten Überstunden haben sie bestritten. Das Programm AWIS stelle lediglich einen groben Wochenplan dar. Dieser werde nicht geändert. Wenn es zu kurzfristigen Änderungen komme, könne dies, müsse aber nicht zwingend in AWIS eingetragen werden. Es handele sich nicht um ein Zeiterfassungssystem, welches die Arbeitszeiten realitätsgetreu aufzeichne. Hinsichtlich des Handbuchs für Gebietsleiter haben die Beklagten darauf verwiesen, dass dieses seit mehr als drei Jahren nicht mehr verwendet werde. Die Beklagten haben weiter ausgeführt, dass keine regelmäßige Kontrolle der im Programm AWIS erfassten Zeiten erfolgt sei. Den vom Kläger vorgelegten Excel Tabellen komme nur ein geringer Beweiswert zu, da es sich um eigene Aufzeichnungen des Klägers handele. Der Kläger habe keine Anordnung, Billigung oder Duldung der Überstunden dargelegt. Die Beklagten haben insbesondere darauf verwiesen, dass die vom Kläger vorgelegten AWIS Unterlagen von den Beklagten nicht abgezeichnet worden seien. Es bestehe zudem keine Vergütungserwartung gemäß § 612 Abs. 1 BGB, da die Vergütung des Klägers die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreite.

Mit Urteil vom 10.03.2020 hat das Arbeitsgericht Duisburg die Klage insgesamt abgewiesen. Dies hat es damit begründet, dass der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen sei. Es handele sich bei den Eintragungen in AWIS nicht um ein Arbeitszeitkonto. Zur genauen Aufzeichnung der Arbeitszeit seien die Eintragungen auch völlig ungeeignet, da die Balkendiagramme die reale Arbeitszeit des Klägers überhaupt nicht widerspiegeln würden. Es handele sich vielmehr um einen Einsatzplan. Es sei unstrittig, dass kurzfristige Änderungen in das System überhaupt nicht eingepflegt worden seien. Die eigenen Aufzeichnungen des Klägers würden nicht der Darlegungslast genügen, da dieser nur schlagwortartig seine Tätigkeiten wiedergegeben habe, was insgesamt wenig aussagekräftig sei. Es sei zudem realitätsfern, dass der Kläger regelmäßig genau 30 Minuten Pause pro Tag gemacht haben wolle. Die Freistellung des Klägers ab dem 17.09.2019 sei überhaupt nicht bei der Berechnung der Überstunden berücksichtigt.

Der Kläger hat gegen das ihm am 03.04.2020 zugestellte Urteil am 24.04.2020 beim Landesarbeitsgericht Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 19.05.2020, beim Landesarbeitsgericht am gleichen Tag eingegangen, begründet.

Mit seiner Berufung rügt der Kläger unter Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens, das Arbeitsgericht habe unzutreffende Feststellungen zum Zeiterfassungssystem AWIS getroffen. Unstreitig sei die Software AWIS kein ausschließliches Arbeitszeiterfassungssystem vergleichbar einer Stechuhr. Es handle sich vielmehr um eine Software, mit der unterschiedlichste Aspekte der Unternehmensorganisation und Personalsteuerung abgedeckt würden, aber eben auch die Frage beantwortet werde, wer was wann wie und wieso im Betrieb mache. Der Kläger sei verpflichtet gewesen, seinen Arbeitsplan als Wochenplan dem Regionalleiter montags bis 10.00 h zu übermitteln. Er habe diese vorgelegten Pläne dann täglich aktualisieren müssen und die aktualisierten Einträge am Montag der Folgewoche zusammen mit dem Wochenplan für die Folgewoche an den Vorgesetzten übermitteln müssen. Ansonsten habe ihn die Assistentin des Regionalleiters an die Eintragung erinnert. Das System erfasse Tätigkeiten und Arbeitszeiten, wobei die eingetragenen Tagesbalken nicht vom Kläger eingeführt, sondern von den Beklagten so vorgegeben worden seien. Es sei somit Vorgabe der Beklagten, dass auf die Zeiteinheit 0,30 und nicht auf eine minutengenaue Erfassung abzustellen sei. Ein Arbeitnehmer, der wiederholt auf seine umfangreiche Berichtspflicht hingewiesen werde und darüber hinaus aufgefordert werde, seine täglichen Arbeiten einem Zeitstrahl zuzuordnen, in ein Datenerfassungssystem des Arbeitgebers einzutragen und wöchentlich dem Vorgesetzten vorzulegen, dürfe darauf vertrauen, dass seine so dargelegte Arbeitszeit vom Arbeitgeber zur Kenntnis genommen und geprüft werde. Der Kläger genüge damit im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast seiner diesbezüglichen Pflicht auf der ersten Stufe. Der zuständige Regionalleiter, Herr W., habe die AWIS Tages- und Wochenberichte für die zurückliegende Woche jeden Montag zur Kenntnis genommen. Er und damit auch die Beklagten hätten dies hingenommen und keine Vorkehrungen getroffen, die Überstunden zu unterbinden. Im Übrigen seien in AWIS Excel-Formeln hinterlegt, die eine Auswertung der eingegebenen Daten problemlos ermöglichen würden. Diese Prüfungen seien auch erfolgt, und zwar nicht nur durch den Regionalleiter, sondern auch durch die Zentrale in X..

Soweit das Arbeitsgericht darauf abgestellt habe, dass der Kläger die Freistellung bei der Berechnung seiner Ansprüche nicht berücksichtigt habe, verweist der Kläger darauf, dass es sich hierbei um eine Einwendung handle, die von den Beklagten geltend gemacht werden müsse. Die Freistellung sei zunächst widerruflich und dann unwiderruflich, aber nur unter Anrechnung auf Urlaubsansprüche ausgesprochen worden. Die dann im Kündigungsschutzprozess getroffene Regelung sehe zunächst eine Anrechnung auf Urlaubsansprüche vor. Da die Beklagten ihrerseits die Urlaubsansprüche nicht beziffert hätten, dürfe der Kläger davon ausgehen, dass für eine darüber hinaus stattfindende Anrechnung von Überstunden kein Raum sei.

Der Kläger vertritt weiterhin die Auffassung, dass er kein sogenannter Besserverdiener sei, sodass eine Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB gegeben sei. Es sei nur ein Gehalt von insgesamt 6497,00 € brutto zu betrachten. Vom Bruttogrundgehalt seien 160,00 € abzuziehen, da Beträge, die einer Entgeltumwandlung unterliegen, bei

der Ermittlung der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung herauszurechnen seien. Eine ungewisse Prämie, auf die kein Anspruch bestehe, sei ebenfalls nicht berücksichtigungsfähig. Auch die Nutzung eines Dienstwagens mache einen Arbeitnehmer nicht zum Besserverdiener, vor allem nicht im Außendienst, da hier eindeutig die tätigkeitsbezogene Nutzung im Vordergrund stehe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 10.03.2020 - Az. 2 Ca 2043/19 - aufzuheben und die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 115.633,30 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagten verteidigen das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens. Die Beklagten sind nach wie vor der Auffassung, der Kläger genüge seiner Darlegungslast nicht. Die AWIS Unterlagen würden keinen Aufschluss darüber geben, welche Tätigkeiten der Kläger als Gebietsleiter konkret an welchem Tag und zu welchem Zeitpunkt erbracht habe. Der Vortrag des Klägers erschöpfe sich in reinen Angaben von Filialnummern oder z.B. der Angabe „Schulung“ oder „Kundentermin“. Welche Arbeitszeit der Kläger tatsächlich an den jeweiligen Tagen erbracht habe, ergebe sich hieraus nicht. Ebenso wenig ergebe sich aus dem Vortrag des Klägers, wie ein Arbeitstag bei ihm ablaufe, von wann bis wann er im Home Office oder in den Filialen tätig gewesen sei. Die AWIS Eintragungen enthielten lediglich eine Zeitspanne, in welche der Kläger vor Beginn einer jeden Arbeitswoche seine geplanten Einsätze habe eintragen müssen. Es habe lediglich eine Anweisung der Beklagten zu 1. gegeben, die anstehende Arbeitswoche im Voraus durch Eintragung in AWIS zu planen. Diese Einträge würden aber gerade nicht die tatsächlich geleistete Arbeitszeit des Klägers widerspiegeln. Es sei ausdrücklich zu bestreiten, dass der Kläger seine Einsatzzeiten in AWIS nachträglich entsprechend der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit angepasst habe. Soweit der Kläger zu einzelnen Tagen schriftsätzlich vorgetragen habe, bestreiten die Beklagten die Ausführungen des Klägers mit Nichtwissen. Die Beklagten bestreiten, dass sie gewusst hätten, dass die Aufgaben des Klägers ohne Leistung von Überstunden nicht zu bewältigen seien. Die Überstunden seien auch nicht gebilligt oder geduldet worden, da die Arbeitsunterlagen von den Beklagten nicht abgezeichnet oder auf andere Weise gebilligt worden seien. Es sei auch unzutreffend, dass durch den Regionalleiter eine regelmäßige Kontrolle erfolgt sei.

Die Beklagten haben vorgetragen, dass Arbeitgeberin des Klägers die Beklagte zu 1. sei. Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei nicht auf die Beklagte zu 2. übergegangen.

Die Vorsitzende hat am 04.09.2020 einen rechtlichen Hinweis erteilt. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das gerichtliche Schreiben vom 04.09.2020 (Blatt 495 ff. der Akte) Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle in beiden Instanzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

Auf die Berufung des Klägers war das erstinstanzliche Urteil unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abzuändern. Die Beklagten waren zu verurteilen, an den Kläger gesamtschuldnerisch 26.442,40 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.01.2020 zu zahlen.

A. Die Berufung ist zulässig. Das Rechtsmittel der Berufung ist nach § 64 Abs.1 ArbGG statthaft. Die Berufung ist gemäß §§ 64 Abs. 2b), 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 ZPO nach dem Wert der Beschwerdegegenstände zulässig sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

B. Die Berufung des Klägers ist teilweise begründet.

I. Die Klage ist zulässig, insbesondere mangelt es dem Klageantrag nicht an der erforderlichen Bestimmtheit nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Klageantrag war ohne weiteres dahingehend auszulegen, dass der Kläger die Verurteilung zur Zahlung eines Bruttobetragtes begehrt. Insofern war im Tenor der Zusatz brutto zu ergänzen (BAG vom 17.02.2016 – 5 AZN 981/15, NZA 2016, 574, Rn. 5).

II. Die Klage ist zum Teil begründet. Der Kläger kann von den Beklagten gemäß § 612, 421 BGB gesamtschuldnerisch die Vergütung der Überstunden verlangen, soweit die gesetzlich zulässige Arbeitszeit im Ausgleichszeitraum nach § 3 ArbZG überschritten wurde. Er hat daher gegenüber den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 26.442,40 € brutto nebst Prozesszinsen. Ein weitergehender Anspruch steht dem Kläger nicht zu, da im Übrigen keine Vergütungserwartung nach § 612 BGB bestand. Insoweit unterlag die Berufung der Zurückweisung.

1. Ein Anspruch auf Vergütung von Überstunden ist zunächst nicht gemäß § 2 Absatz 3 des Arbeitsvertrages ausgeschlossen.

a) Gemäß § 2 Abs. 3 ist mit dem Gehalt etwaige Mehrarbeit, soweit sie gelegentlich oder regelmäßig anfällt, abgegolten. Die genannte Regelung unterliegt der Kontrolle

anhand § 307 BGB. Der Arbeitsvertrag des Klägers stellt sich nach dem vereinbarten Inhalt und der äußeren Gestaltung als ein zur Mehrfachverwendung formuliertes Arbeitsvertragsmuster der Beklagten dar (vgl. BAG vom 20.05.2008 - 9 AZR 382/07, AP BGB § 307 Nr. 35; BAG vom 14.08.2007 - 8 AZR 973/06, AP BGB § 307 Nr. 28; BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 81/08, juris, Rn. 18). Die Regelung in § 2 Abs. 3 des Arbeitsvertrages ist mangels hinreichender Transparenz unwirksam, § 307 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel 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 Vertragsabschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss (BAG vom 01.09.2010 – 5 AZR 517/09, juris, Rn. 14ff.; vom 17.08.2011 - 5 AZR 406/10, juris, Rn. 14; vom 22.02.2012 - 5 AZR 765/10, juris, Rn. 16; vom 27.06.2012 – 5 AZR 530/11, juris, Rn. 14 – 17; vgl. auch ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, §§ 305 - 310 BGB).

b) Nach diesen Grundsätzen ist § 2 Abs. 3 des Arbeitsvertrages nicht klar und verständlich. Der Umfang der davon erfassten Überstunden lässt sich weder der Klausel selbst noch den arbeitsvertraglichen Bestimmungen im Übrigen entnehmen. Dies folgt ohne weiteres bereits daraus, dass der Anstellungsvertrag nicht einmal die regelmäßige Arbeitszeit definiert. Auch lässt sich der Klausel nicht eine Begrenzung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit entnehmen. Die Begrifflichkeit „Mehrarbeit“ deutet im Gegenteil darauf hin, dass auch eine Überschreitung der gesetzlichen Arbeitszeit von der Klausel erfasst sein soll (vergleiche vom BAG vom 17.08.2011 - 5 AZR 406/10, juris, Rn. 15). Im Übrigen bleibt unklar, was unter „etwaiger“ Mehrarbeit zu verstehen ist.

2. Der Kläger hat zumindest teilweise eine Vergütungserwartung nach § 612 BGB.

a) Da § 2 Abs. 3 des Arbeitsvertrages unwirksam ist, fehlt es an einer Vereinbarung zur Vergütung der Überstunden. Insoweit ist § 612 Abs. 1 BGB entsprechend anzuwenden, was jedoch nicht zwangsläufig zu einer Vergütung für die Überstunden führt (Roloff in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl. 2020, ABC der Klauseltypen, Rn. 34; BAG vom 17.08.2011 – 5 AZR 406/10, juris, Rn. 17; BAG vom 27.06.2012 – 5 AZR 530/11, juris, Rn. 18). Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es nicht. Die Vergütungserwartung ist 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 ankommt. Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen. Die - objektive - Vergütungserwartung wird deshalb in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben

sein (BAG vom 17.08.2011 – 5 AZR 406/10, juris, Rn. 20; BAG vom 21.09.2011 - 5 AZR 629/10, juris, Rn. 31). Sie wird aber fehlen, wenn arbeitszeitbezogene und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen zeitlich verschränkt sind (vgl. BAG vom 21.09.2011 - 5 AZR 629/10, juris, Rn. 32) oder wenn Dienste höherer Art geschuldet sind oder insgesamt eine deutlich herausgehobene Vergütung gezahlt wird (BAG vom 17.08.2011 – 5 AZR 406/10, juris, Rn. 20, 21). Von letztem Fall wird regelmäßig ausgegangen werden können, wenn das Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet. Mit dieser dynamischen Verdienstgrenze gibt der Gesetzgeber alljährlich zu erkennen, welche Einkommen so aus dem in der Solidargemeinschaft aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten herausragen, dass damit keine weitere Rentensteigerung mehr zu rechtfertigen ist. Wer mit seinem aus abhängiger Beschäftigung erzielten Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet, gehört zu den Besserverdienern, die aus der Sicht der beteiligten Kreise nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt werden. Ihnen und ihren Arbeitgebern fehlt regelmäßig die objektive Vergütungserwartung für ein besonderes Entgelt als Gegenleistung für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit (BAG vom 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, juris, Rn. 20 – 21; BAG vom 27.06.2012 – 5 AZR 530/11, juris, Rn. 19). Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehrt (BAG vom 27.06.2012 – 5 AZR 530/11, juris, Rn. 19).

Soweit in den behaupteten Überstunden Fahrtzeiten enthalten sind, muss auch insoweit eine Vergütungserwartung nach § 612 BGB geprüft werden. Nach dem Verständnis der Berufungskammer ergibt sich aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Fahrt- und Umkleidezeiten (vgl. nur BAG vom 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 und BAG vom 19.09.2012 – 5 AZR 678/11, NZA-RR 2013, 63) nichts anderes. In den dort entschiedenen Fällen wurde eine Vergütungserwartung nach § 612 BGB in den Entscheidungsgründen zwar nicht ausdrücklich erwähnt, eine solche war allerdings auch nicht problematisch. Dieses Verständnis wird durch die Entscheidung des BAG vom 26.06.2019 (5 AZR 452/18) bestätigt, welche beim Fehlen einer ausdrücklichen Vergütungsvereinbarung für Überstunden offensichtlich nach wie vor auf die Voraussetzungen des § 612 BGB abstellt (vgl. Rn. 37). Bei den in den Überstunden enthaltenen Fahrtzeiten stellt sich neben der Frage der Fremdnützigkeit der Fahrt- oder Umkleidezeiten (qualitative Zuordnung zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit) die weitere Frage der Vergütungserwartung nach § 612 BGB (quantitative Zuordnung zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit) (vgl. ebenso Salamon/Groffy, Die Vergütung von Überstunden im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BAG, NZA 2020, 159ff.). Insofern unterliegt die Vergütung der in den Überstunden enthaltenen Fahrt- oder Umkleidezeiten in quantitativer Hinsicht den gleichen Voraussetzungen wie die übrige Arbeitsleistung. Für eine andere Bewertung besteht kein Anlass, dies würde vielmehr zu einem Wertungswiderspruch führen.

b) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe besteht eine Vergütungserwartung nach § 612 BGB nicht, soweit die Überstunden sich im Rahmen der gesetzlich zulässigen

Höchsttarifbewegungen. Der Kläger erhält eine deutlich herausgehobene, die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitende Vergütung.

aa) Die Beitragsbemessungsgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung betrug im Jahr 2019 6700 € brutto. Zwar unterschreitet das zuletzt vom Kläger bezogene Grundgehalt von 6657,08 € brutto monatlich knapp diese Grenze. Entgegen der Auffassung des Klägers können aber die weiter vom Kläger bezogenen Entgeltleistungen nicht außer Betracht bleiben. Aus der Verdienstabrechnung für den Monat November 2019 ergibt sich insgesamt eine Jahressumme von 78.894,75 €, mithin ein monatlicher Durchschnitt von 7172,25 € brutto. Dies entspricht auch etwa dem Betrag, den der Kläger im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens zwischen den Parteien als Durchschnitt angegeben hatte (7202,08 € brutto). Damit überschreitet die dem Kläger tatsächlich gezahlte Vergütung deutlich die im Jahr 2019 geltende Grenze von 6700 € brutto.

bb) Entgegen der Auffassung des Klägers ist der geldwerte Vorteil aus der Überlassung des Dienstwagens zu berücksichtigen. Der Kläger erhielt den Dienstwagen auch zur privaten Nutzung. Die Überlassung des Dienstwagens auch zur privaten Nutzung ist Teil des arbeitsvertraglich vereinbarten Entgelts nach § 611a Abs. 2 BGB. Sie stellt einen geldwerten Vorteil und Sachbezug und damit einen steuer- und abgabenpflichtigen Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts dar (BAG vom 19.12.2006 - 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809, Rn. 15; BAG vom 21.03.2012 - 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616, Rn. 15; ErfKomm ArbR/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 522). Auf die Tatsache, dass der Kläger im Außendienst beschäftigt war und die Nutzung des Dienstwagens weitgehend beruflich erfolgte, kommt es nicht an. Die private Nutzungsmöglichkeit verbleibt dem Arbeitnehmer auch dann, wenn die Fahrt zur ersten Arbeitsstätte als fremdnützig zu bewerten ist, denn die Anfahrt zur Arbeit stellt nur einen Aspekt der Privatnutzung dar.

cc) Es ist auch unerheblich, dass der Kläger einen Anteil von 160,00 € monatlich im Wege der Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersvorsorge nach § 1a Abs. 1 BetrAVG verwandte. Wie sich schon aus der Bezeichnung „Entgeltumwandlung“ ergibt, handelt es sich auch hierbei um einen Teil des Arbeitsentgelts, welcher dem Kläger als geldwerter Vorteil zugutekommt. Darauf, ob dieser Betrag für die Ermittlung der Höhe der Sozialversicherungsbeiträge herangezogen wird, kommt es für die Zuordnung zu den Besserverdienern, die aus der Sicht der beteiligten Kreise nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt werden, nicht an.

dd) Es kann dahinstehen, ob auch die zusätzlich zum Grundgehalt gezahlte Prämie für die Ermittlung der Vergütung des Klägers im Vergleich zur Beitragsbemessungsgrenze zu berücksichtigen ist. Es bedurfte keiner weiteren Aufklärung, ob und inwiefern ein Anspruch des Klägers auf Zahlung der Prämie besteht und keiner Bewertung, ob dies bei der Berechnung des maßgeblichen Entgelts von Belang ist. Die Vergütung des Klägers (Grundgehalt zuzüglich geldwerter Vorteil für den PKW) würde auch ohne

Berücksichtigung der Prämie die Beitragsbemessungsgrenze überschreiten, da der monatliche geldwerte Vorteil nach der Abrechnung für November 2019 495,45 € beträgt (1.090 € + 4.360 € : 11).

c) Die Vergütung des Klägers schließt allerdings die Vergütungserwartung nur für die gesetzlich zulässige Höchst Arbeitszeit im Ausgleichszeitraum nach § 3 ArbZG aus.

aa) Wer mit seinem aus abhängiger Beschäftigung erzielten Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet, gehört zu den Besserverdienern, die aus der Sicht der beteiligten Kreise nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt werden. Ihnen und ihren Arbeitgebern fehlt regelmäßig die objektive Vergütungserwartung für ein besonderes Entgelt als Gegenleistung für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit (BAG vom 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, juris, Rn. 20 – 21; vom 27.06.2012 – 5 AZR 530/11, juris, Rn. 19). Dies kann allerdings nach Auffassung der Kammer nicht für die im Ausgleichszeitraum nach § 3 ArbZG über 48 Stunden wöchentlich hinausgehende Arbeitsleistung des Klägers gelten. Der Kläger musste zwar erwarten, dass er für die vereinbarte vergleichsweise hohe Vergütung Überstunden leisten musste, ohne hierfür eine gesonderte Vergütung zu erhalten. Er durfte aber erwarten, dass die Gegenleistung für die vereinbarte Vergütung maximal die gesetzlich zulässige Höchst Arbeitszeit nach § 3 ArbZG ist, denn der Arbeitgeber kann Arbeitsleistung nur im Rahmen des gesetzlich Zulässigen verlangen. Das vereinbarte Bruttojahresentgelt stellt die Gegenleistung für die wirksam vereinbarte Arbeitszeit dar (BAG vom 24.08.2016 – 5 AZR 129/16, juris, Rn. 44). Eine Arbeitszeit oberhalb der gesetzlichen Grenze des § 3 ArbZG kann wirksam nicht vereinbart werden. § 3 ArbZG ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB, das den Arbeitnehmer vor Überforderung durch übermäßige zeitliche Inanspruchnahme schützen soll. Die Vorschrift begründet ein gesetzliches Beschäftigungsverbot, aufgrund dessen es dem Arbeitgeber untersagt ist, Arbeitsleistungen in einem die gesetzlichen Höchstgrenzen übersteigenden Umfang anzuordnen oder entgegenzunehmen (BAG vom 20.11.2018 – 9 AZR 327/18, NZA 2019, 535, Rn. 15). Daher kann mit der Vereinbarung einer deutlich herausgehobenen Vergütung auch nur die Vergütungserwartung für die gesetzlich zulässige Höchst Arbeitszeit ausgeschlossen werden, denn nur diese kann die maximale denkbare Gegenleistung der vereinbarten Vergütung sein. Im vorliegenden Fall haben die Parteien keine feste Arbeitszeit im Sinne eines Stundensolls vereinbart. Gegenleistung für die oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze liegende Vergütung ist nicht ein Stundensoll, sondern die vereinbarten Arbeitsaufgaben. Es kann aber auch dann nicht unterstellt werden, dass mit dem vereinbarten Arbeitsentgelt Arbeitsleistung abgegolten werden soll, die arbeitsschutzrechtlich unzulässig ist.

Dabei verkennt die Berufungskammer nicht, dass § 3 ArbZG eine arbeitszeitschutzrechtliche Norm ist. Ein Verstoß gegen § 3 ArbZG führt aber nicht zum Ausschluss eines Vergütungsanspruchs. Der Schutzzweck des § 3 ArbZG gebietet es nicht, dem Arbeitnehmer Vergütung für Arbeitsleistungen zu versagen, die der Arbeitgeber trotz des Beschäftigungsverbots in Anspruch genommen hat (BAG vom 24.08.2016 – 5

AZR 129/16, juris, Rn. 48). Vorliegend geht es auch nicht darum, die Vergütungserwartung aus einem Verstoß gegen § 3 ArbZG abzuleiten. Vielmehr kann nur die grundsätzlich gegebene Vergütungserwartung nach § 612 BGB nicht unter Verweis auf eine deutlich herausgehobene Vergütung ausgeschlossen sein, sofern die gesetzliche Höchst Arbeitszeit überschritten wird.

bb) Andere Umstände, die eine Vergütungserwartung nach § 612 BGB ausschließen, sind nicht ersichtlich. Der Kläger leistete keine Dienste höherer Art. Auch die Tatsache, dass der Kläger weitgehend Arbeitszeitsouveränität genoss, gebietet keine andere Bewertung. Vertrauensarbeitszeit kann eine Vergütungserwartung allenfalls dann ausschließen, wenn die Arbeitnehmer es durch die Vertrauensarbeitszeit in der Hand hätten, einen „übermäßigen“ Überstundenanfall zu verhindern (BAG vom 26.06.2019 – 5 AZR 452/18, juris, Rn. 31f). Das ist aber angesichts der vom Kläger dargelegten Arbeitszeiten (siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen) nicht ersichtlich.

d) Der Kläger ist entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts seiner Darlegungslast mit Blick auf die geleisteten Überstunden nachgekommen. Die von ihm im Einzelnen dargelegten Überstunden gelten sogar mangels hinreichender Erwidern der Beklagten als zugestanden nach § 138 Abs. 3 ZPO.

aa) Im Überstundenprozess gilt - nicht anders als im Prozess auf Vergütung tatsächlich geleisteter Arbeit in der Normalarbeitszeit - eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast (BAG vom 18.04.2012 - 5 AZR 248/11, juris, Rn. 14; BAG vom 16.05.2012 - 5 AZR 347/11, juris, Rn. 25; BAG vom 26.06.2019 – 5 AZR 452/18, juris, Rn. 39). Dabei genügt der Arbeitnehmer grundsätzlich auf der ersten Stufe der Darlegung seiner Vortragslast, 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 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 als zugestanden (BAG vom 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, juris, Rn. 23; BAG vom 26.06.2019 – 5 AZR 452/18, juris, Rn. 39). Diese Grundsätze dürfen aber nicht gleichsam schematisch angewendet werden, sondern bedürfen stets der Berücksichtigung der im jeweiligen Streitfall zu verrichtenden Tätigkeit und der konkreten betrieblichen Abläufe (BAG vom 16.05.2012 - 5 AZR 347/11, juris, Rn. 28; BAG vom 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, juris, Rn. 23). Die Darlegung der Leistung von Überstunden durch den Arbeitnehmer und die substantiierte Erwidern hierauf durch den Arbeitgeber haben entsprechend § 130 Nr. 3 und Nr. 4 ZPO schriftsätzlich zu erfolgen. Beigefügte Anlagen können den schriftsätzlichen Vortrag lediglich erläutern oder belegen, verpflichten das Gericht aber nicht, sich die unstreitigen oder streitigen Arbeitszeiten aus den Anlagen selbst zusammenzusuchen (BAG vom 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, juris, Rn. 10). Darüber hinaus muss der Arbeitnehmer, wenn streitig ist, ob Arbeitsleistungen erbracht wurden, beim Bestreiten der Überstunden im Einzelnen darlegen, welche konkrete geschuldete Arbeit er ausgeführt hat

(BAG vom 25.05.2005 – 5 AZR 319/04, juris, Rn. 20). Geringere Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast sind nur dann zu stellen, wenn sich der Arbeitnehmer auf Aufzeichnungen eines Arbeitszeitkontos beruft. In diesen Fällen genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- und Beweislast, indem er sich auf den ausgewiesenen Stundensaldo des Arbeitszeitkontos beruft. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, darzulegen, aus welchen Gründen die Arbeitszeitaufzeichnungen unzutreffend sein sollen (BAG vom 26.06.2019 – 5 AZR 452/18, juris, Rn. 40).

bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Vortrag des Klägers ausreichend.

Das Arbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass es sich bei den Eintragungen im AWIS-System nicht um Aufzeichnungen im Rahmen eines Arbeitszeitkontos handelt.

Dies ändert aber nichts daran, dass der Kläger für jeden einzelnen Arbeitstag datumsmäßig bezeichnet seine Arbeitszeit angegeben hat. Die Darlegungen des Klägers ergeben sich auch nicht nur aus den Anlagen, insbesondere den Auszügen aus dem Programm AWIS, sondern unmittelbar aus den schriftsätzlichen Ausführungen des Klägers. Die Seiten 9ff. der Klageschrift enthalten detaillierte Angaben zu Beginn und Ende der Arbeitszeit sowie eine grobe Bezeichnung der Tätigkeit. Der Kläger hat hier in tabellarischer Form für jeden einzelnen datumsmäßig bezeichneten Tag zwischen dem 01.01.2016 sowie dem 30.09.2019 in den Spalte „Start“ und „Ende“ den Beginn und das Ende seiner Arbeitszeit angegeben. Der Einwand der Beklagten, es sei nicht glaubhaft, dass der Kläger keinerlei Pausen oder immer genau eine halbe Stunde Pause gemacht habe, greift nicht durch. Dies ist keine Frage der substantiierten Darlegung. Gibt der Arbeitnehmer an, keine Pausen gemacht zu haben, so ist dies ohne weiteres eine substantiierte Darlegung (vgl. auch BAG vom 16.05.2012 – 5 AZR 347/11, juris, Rn. 11 zu der Nichtangabe von Pausenzeiten). Der Kläger hat angegeben, dass er selten bis gar nicht 30 Minuten Pause gemacht habe, aber 30 Minuten fiktiv pro Arbeitstag berücksichtigt habe (vgl. Anlage K 4, z.B. Blatt 103 der Akte). Dies ist ein ausreichend substantiiertes Vortrag.

Dass mit der Angabe der Dezimalzahlen (beispielsweise 7,5) jeweils halbstündliche Uhrzeiten gemeint sind (beispielsweise 7:30 Uhr), erschließt sich bereits von selbst, wurde vom Kläger auf Seite 4 seines Schriftsatzes vom 10.02.2020 aber auch erläutert.

Auch die Ausführungen des Klägers zu den geleisteten Tätigkeiten sind ausreichend. Bereits im schriftsätzlichen Vortrag des Klägers und der tabellarischen Auflistung auf Seite 9 ff. der Klageschrift ist eine schlagwortartige Beschreibung der Tätigkeit enthalten. Den Listen lässt sich entnehmen, welche Filialen der Kläger jeweils aufsuchte oder welche Schulungen er an welchen Orten besuchte. Darüber hinaus hat der Kläger generell seinen Arbeitsablauf auf Seite 3 ff. der Klageschrift beschrieben, wonach er üblicherweise morgens zunächst die Filialumsätze und die To-do-Listen aus der Zent-

rale in X. erhielt und Bürotätigkeiten erledigte sowie anschließend die Filialen in seinem Gebiet von zu Hause aus anfuhr. Die dem Kläger grundsätzlich in den Filialen obliegenden Aufgaben beschreibt er auf Seite 4 der Klageschrift. Ergänzend zu diesen schriftsätzlichen Ausführungen in tabellarischer Form für jeden einzelnen Arbeitstag enthalten die vom Kläger in Bezug genommenen Aufzeichnungen aus dem System AWIS weitere Einzelheiten zu der Aufteilung der Arbeitstage. So lassen sich den Balkendiagrammen ohne weiteres die Länge und Lage der Bürotätigkeit im Home Office, die Länge und Lage der Fahrtzeiten sowie die Länge und Lage der Anwesenheitszeiten in den einzelnen Filialen der Beklagten entnehmen. Auf Seite 3 ff. seines Schriftsatzes vom 10.02.2020 hat der Kläger erläutert, dass die weißen Balken Arbeitszeiten in Form von Bürozeiten, Filialbesuchen, Meetings oder Schulungen darstellen, die hellgrauen Balken Urlaub oder Krankheit sowie die dunkelgrauen Balken Fahrtzeiten. Die Balken lassen sich auch ohne weiteres den oberhalb angeordneten Uhrzeiten 6:00 bis 21:00 Uhr zuordnen. Insofern ist der Einwand der Beklagten, aus dem Vortrag des Klägers ergebe sich nicht, von wann bis wann er im Home Office oder in den Filialen tätig gewesen sei, unverständlich. So lässt sich beispielsweise exemplarisch dem AWIS Auszug für den 10.02.2016 entnehmen, dass der Kläger von 7:30 bis 8:30 Uhr im Büro zu Hause tätig war, sodann von 8:30 bis 10:00 Uhr Fahrtzeit aufgewandt hat, sich sodann von 10:00 bis 12:00 Uhr in der Filiale Nr. 330 befunden hat, anschließend von 13:00 bis 16:00 Uhr in der Filiale 246, zwischen 16:00 und 18:00 Uhr zu einem Kundentermin in Neuss und anschließend von 18:00 bis 19:00 Uhr erneut Fahrtzeit abgeleistet hat. Für sämtliche Daten zwischen dem 01.01.2016 und den 30.09.2019 lassen sich den AWIS-Ausdrucken vergleichbare Daten entnehmen. Der Kläger genügt daher bereits mit den tabellarischen Auflistungen in der Klageschrift auf Seite 9 ff. und den ergänzenden generellen Erläuterungen in seinem Schriftsatz vom 10.02.2020 sowie der ergänzenden Bezugnahme auf die AWIS - Ausdrücke als Anlage K3 der ersten Stufe der Darlegungslast im Hinblick auf die geleisteten Stunden. Mit seinem detaillierten Vortrag hat der Kläger es den Beklagten ohne weiteres ermöglicht, konkret auf die von ihm vorgetragene Arbeitszeiten zu erwidern, was Sinn und Zweck der abgestuften Darlegungs- und Beweislast ist.

Darauf, dass der Kläger noch für einzelne Zeiträume auf Seite 17 ff. seines Schriftsatzes vom 10.02.2020 umfangreiche ergänzende schriftsätzliche Ausführungen machte, kommt es daher nicht mehr an.

cc) Die Beklagten haben auf den detaillierten Vortrag des Klägers zu den geleisteten Arbeitszeiten nicht ausreichend erwidert. Sie haben sich darauf beschränkt, darauf hinzuweisen, dass der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast nicht genüge und im Übrigen die behaupteten Überstunden mit Nichtwissen bestritten. Das Gericht hat am 04.09.2020 (Bl. 495 ff. der Akte) darauf hingewiesen, dass die Berufungskammer zu einer abweichenden Bewertung gegenüber der Vorinstanz neigt. Die Beklagten haben ihren Vortrag dennoch nicht ergänzt und auch keinen Schriftsatznachlass beantragt. Insofern gilt der Vortrag des Klägers bezüglich der geleisteten Arbeitszeiten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (vergleiche BAG vom 21.12.2016 - 5 AZR 452/18, juris, Rn. 23).

dd) Darüber hinaus fehlt es entgegen der Einschätzung des Arbeitsgerichts nach Auffassung der Berufungskammer nicht an der Darlegung einer Anordnung, Duldung oder Billigung der behaupteten Überstunden durch die Beklagte.

(1) 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 vom 10.04.2013 – 5 AZR 122/12, juris, Rn. 15 ff. mwN).

(2) Es liegt jedenfalls eine Duldung der geleisteten Überstunden vor.

(a) Die Duldung von Überstunden bedeutet, dass der Arbeitgeber in Kenntnis einer Überstundenleistung diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, die Leistung von Überstunden 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 dies feststeht, ist es Sache des Arbeitgebers, darzulegen, welche Maßnahmen er zur Unterbindung der von ihm nicht gewollten Überstundenleistung ergriffen hat (BAG vom 10.04.2013 – 5 AZR 122/12, juris, Rn. 21). Allein die Entgegennahme von Aufschrieben der Anwesenheitszeiten seiner Beschäftigten vermag eine Kenntnis des Arbeitgebers von einer bestimmten Überstundenleistung nicht zu begründen. Erst wenn der Arbeitnehmer seine Aufzeichnungen hinsichtlich der Arbeitsleistung konkretisiert und mit einem Hinweis auf eine Überstundenleistung verbindet, ist der Arbeitgeber gehalten, dem nachzugehen und gegebenenfalls gegen nicht gewollte Überstunden einzuschreiten (BAG vom 10.04.2013 – 5 AZR 122/12, juris, Rn. 22; LAG Rheinland-Pfalz vom 08.05.2018 – 8 Sa 14/18, juris, Rn. 35). Der Arbeitgeber muss sich die Duldung von Überstunden durch den direktionsbefugten Vorgesetzten des Arbeitnehmers zurechnen lassen (LAG Berlin-Brandenburg vom 23.12.2011 – 6 Sa 1941/11, BeckRS 2012, 65701, Rn. 23).

(b) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Aufzeichnungen im Programm AWIS lediglich als eine Wochenplanung oder als eine tatsächliche Aufzeichnung der Arbeitszeit genutzt wurden. Zumindest wurden die Aufzeichnungen des Klägers den Beklagten laufend, nämlich wochenweise auf deren Weisung hin bekannt gegeben. Die Beklagten gestehen selbst ein, dass der Kläger vor Beginn einer jeden Arbeitswoche seine geplanten Einsätze eintragen musste. Es gab jedenfalls eine dahingehende Anweisung der Beklagten zu 1., die anstehende Arbeitswoche im Voraus durch Eintragung in AWIS zu planen. Da die Beklagten somit selbst angegeben, dass die Zuleitung der -mindestens geplanten- Arbeitszeiten auf Weisung der Beklagten erfolgte, können diese sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie von den Aufzeichnungen des Klägers keine Kenntnis gehabt hätten. Es ist vielmehr anzunehmen, dass sie diese zur Kenntnis genommen haben, denn ansonsten wäre die Anweisung der wöchentlichen

Einreichung der Planung sinnentleert. Die Beklagten haben offenbar auch keine eigenen Aufzeichnungen nach § 16 Abs. 2 ArbZG geführt, jedenfalls haben sie den Vortrag des Klägers, die Aufzeichnungen in AWIS würden auch der Aufzeichnungspflicht nach § 16 Abs. 2 ArbZG dienen, nicht bestritten.

Es kann auch nicht darauf ankommen, ob es sich lediglich um eine Planung oder um die Abbildung der tatsächlichen Arbeitszeiten handelte. Ein Arbeitgeber, der von seinen Arbeitnehmern eine Arbeitsplanung erhält, aus welcher sich die Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG geradezu aufdrängt, duldet die vom Arbeitnehmer im Rahmen seiner Planung bekannt gegebenen Arbeitszeiten. Dazu bedarf es nach Auffassung der Berufungskammer nicht der Abzeichnung der vom Arbeitnehmer eingereichten Planung. Der Sachverhalt stellt sich grundlegend anders dar als in dem vom BAG mit Urteil vom 10.04.2013 (5 AZR 122/12) entschiedenen Fall. Es geht hier nicht um die Entgegennahme von handschriftlichen Aufzeichnungen, die die Arbeitnehmer auf eigene Veranlassung gefertigt haben. Vielmehr haben die Beklagten mit dem Programm AWIS ein System zur Verfügung gestellt, welches nach ihrem eigenen Vortrag von den Arbeitnehmern jedenfalls im Rahmen einer Arbeitsplanung zu nutzen war und an den zuständigen Vorgesetzten, den Regionalleiter Herrn W., zu übersenden war. Aus diesem Grund war es auch nicht erforderlich, dass der Kläger noch gesondert darauf hinwies, dass die gesetzliche Höchstarbeitszeit überschritten ist. Der Arbeitnehmer, der geplante Arbeitszeiten in ein solches Programm einpflegt, darf davon ausgehen, dass der Arbeitgeber seine Eingaben auch zur Kenntnis nimmt und gegebenenfalls Einwände von sich aus erhebt. Dies gilt erst recht, wenn wie im vorliegenden Fall auf den ersten Blick erkennbar war, dass nicht nur die vertragliche Arbeitszeit, sondern sogar die gesetzliche Höchstarbeitszeit regelmäßig überschritten wurde. Nach den Darlegungen des Klägers (vgl. die tabellarischen Übersichten ab Seite 9ff. der Klageschrift) wurde eine durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 48 Stunden im Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 31.08.2019 nur in 5 Monaten nicht überschritten. Dabei handelte es sich in der Regel um Monate, in denen der Kläger überwiegend Urlaub hatte oder krank war. Zudem arbeitete der Kläger nach seinen Darlegungen nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig über 10 Stunden pro Arbeitstag.

Die Beklagten verweisen zu Recht darauf, dass der Arbeitnehmer darlegen muss, 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 (BAG vom 10.04.2013 – 5 AZR 122/12, juris, Rn. 21). Genau dies hat der Kläger aber dargelegt, da er angegeben hat, die in AWIS eingetragenen geplanten Arbeitszeiten wöchentlich seinem Vorgesetzten übermittelt zu haben, der die Überstunden, welche nach den Aufzeichnungen des Klägers in jedem Monat anfielen, nicht unterbunden, sondern vielmehr in der Folgewoche laufend entgegengenommen hat. Allein der Verweis darauf, dass es sich nur um eine grobe Wochenplanung handele, ändert am Ergebnis nichts. Es sind keine Tatsachen ersichtlich, die nahelegen, dass die Planung des Klägers überzogen war und die tatsächlichen Arbeitszeiten von der Planung wesentlich abwichen.

Da somit jedenfalls von einer Duldung der Überstunden auszugehen ist, kommt es nicht mehr darauf an, ob gegebenenfalls von einer konkludenten Anordnung der Überstunden aufgrund der zugewiesenen Tätigkeit auszugehen ist. Es spricht allerdings einiges dafür, dass die dem Kläger obliegenden Tätigkeiten nicht in einer wöchentlichen Arbeitszeit von 48 Stunden zu schaffen waren, wenn man sich vergegenwärtigt, dass vom Kläger 12 Filialen zu betreuen waren, die von Montag bis Freitag von morgens 7:30 Uhr bis abends 19:00 Uhr sowie am Samstag von 8:00 Uhr bis 16:00 Uhr geöffnet waren. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Filialen relativ weit voneinander entfernt waren und vom Home Office des Klägers aus 46-119 km in einem verkehrsreichen Ballungsgebiet für die einzelne Anfahrt zurückzulegen waren. Darüber hinaus hatte der Kläger die Filialen mindestens einmal pro Woche aufzusuchen und früh morgens die Mitarbeiter zu zählen und abends den Umsatz.

3. Im Hinblick auf die in den Überstunden enthaltenen Fahrtzeiten scheidet ein Vergütungsanspruch auch nicht an der fehlenden Fremdnützigkeit.

a) Arbeit ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient. Keine Arbeit wird für den Arbeitgeber durch den Weg zur Arbeit erbracht. Dagegen gehört die Reisetätigkeit bei Außendienstmitarbeitern zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten. Mangels festen Arbeitsortes können sie ihre vertraglich geschuldete Arbeit ohne dauernde Reisetätigkeit nicht erfüllen. Das wirtschaftliche Ziel der Gesamttätigkeit ist darauf gerichtet, verschiedene Kunden zu besuchen, wozu die jeweilige Anreise zwingend gehört. Das gilt nicht nur für die Fahrten zwischen den Kunden. Die Fahrten zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück bilden mit der übrigen Tätigkeit eine Einheit und stellen nach der Verkehrsanschauung jedenfalls bei Außendienstmitarbeitern, Vertretern, „Reisenden“ u.Ä. insgesamt die Dienstleistung i.S. der §§ 611, 612 BGB dar. Das ist unabhängig davon, ob der Fahrtantritt ab der Betriebsstätte des Arbeitgebers oder ab der Wohnung des Arbeitnehmers erfolgt. Solche Fahrten sind nicht mit Fahrten zu mehrwöchigen Einsätzen in anderen Betrieben gleichzusetzen. In jedem Falle ist eine dem Arbeitgeber zugute kommende Arbeitsleistung dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer bei An- und Abreise selbst tätig werden muss und die Fahrt vom Arbeitgeber kraft Direktionsrechts bestimmt wird (BAG vom 22.04.2009 – 5 AZR 292/08, NZA-RR 2010, 231, m.w.N.; BAG vom 18.03.2020 – 5 AZR 36/19, NZA 2020, 868; Däubler, Tarifvertragsgesetz, § 5 TVG Anhang 1: Staatliche Vergütungskontrolle im Arbeitsrecht Rn. 161).

b) Nach diesen Grundsätzen stellen sich die Fahrtzeiten des Klägers zu den von ihm betreuten Filialen insgesamt als Arbeitszeit dar. Dies folgt bereits daraus, dass er bei der An- und Abreise selbst tätig werden muss und die Fahrt vom Arbeitgeber kraft Direktionsrecht bestimmt ist. Der Kläger kann seine vertraglich geschuldete Tätigkeit der Betreuung der zugewiesenen Filialen auch vor Ort ohne die dauernde Reisetätigkeit nicht erfüllen.

4. Bei der Berechnung der Ansprüche im Einzelnen ist die Kammer von folgenden Grundsätzen ausgegangen:

a) Die Überstunden sind mit einem Stundensatz von 38,41 € brutto zu vergüten. Zur Ermittlung des Stundensatzes ist auf die regelmäßige Arbeitszeit abzustellen (BAG vom 28.09.2005 - 5 AZR 52/05, juris, Rn. 16), also vorliegend 173,3 Stunden (40 Stunden pro Woche x 52 Wochen im Jahr: 12 Monate).

b) Bei der Ermittlung der zu vergütenden Stunden ist zunächst im Ausgangspunkt festzuhalten, dass der Kläger mit seiner Klage den Ausgleichszeitraum nach § 3 ArbZG festlegt (BAG vom 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233, Rn. 35). Die Kammer hat den Ausgleichszeitraum von 6 Kalendermonaten zugrunde gelegt. Die Summe der zu vergütenden Stunden ergibt sich aus dem Vergleich der gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeit im Ausgleichszeitraum (Werktage im Ausgleichszeitraum x 8 Stunden) und der tatsächlich geleisteten Stundenzahl. Urlaubs- und Krankheitszeiten wurden neutral berücksichtigt, also mit der regelmäßigen Arbeitszeit von 8 Stunden gewertet (vgl. Baeck/Deutsch/Winzer/Baeck/Deutsch/Winzer, 4. Aufl. 2020, ArbZG § 3 Rn. 43-44).

5. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze errechnet sich die dem Kläger zugesprochene Summe wie folgt:

a) Nach den Darlegungen des Klägers hat dieser im Zeitraum 01.01.2016 bis 31.12.2019 insgesamt 1381,5 Stunden erbracht, die unter Berücksichtigung der Ausgleichszeiträume von jeweils sechs Kalendermonaten nach § 3 ArbZG hinausgingen.

aa) Im ersten Ausgleichszeitraum (01.01.2016 – 30.06.2016) leistete der Kläger ausweislich seiner Aufstellung die in der untenstehenden Tabelle aufgeführten Stunden. Da die Zeiten für den 19. – 21.01.2016 nicht in den AWIS Auszügen enthalten sind, kann allerdings bezüglich dieser Zeiten keine Duldung der Überstunden angenommen werden. Insofern waren 12,5 Stunden in Abzug zu bringen, so dass insgesamt 1467,5 Stunden anzusetzen sind. Die Differenz zur zulässigen Höchstarbeitszeit von 1.248 Stunden beträgt 219,5 Stunden:

Monat	Geleistete Arbeitszeit	Zulässige Höchstarbeitszeit	Differenz
Januar 2016	204,5		
Februar 2016	197,5		
März 2016	279		
April 2016	292		
Mai 2016	238,5		
Juni 2016	268,5		
abzüglich	12,5		
Summe	1467,5 Stunden	1248 Stunden (156 Werktage)	219,5

bb) Für den 2. Ausgleichszeitraum (01.07.2016 – 31.12.2016) besteht eine Differenz von 260,5 Stunden:

Monat	Geleistete Arbeitszeit	Zulässige Höchstarbeitszeit	Differenz
Juli 2016	267		
August 2016	283,5		
September 2016	211,5		
Oktober 2016	279		
November 2016	265		
Dezember 2016	218,5		
Summe	1524,5 Stunden	1264 Stunden (158 Werktage)	260,5

cc) Für den 3. Ausgleichszeitraum (01.01.2017 – 30.06.2017) beträgt die Differenz 234 Stunden:

Monat	Geleistete Arbeitszeit	Zulässige Höchstarbeitszeit	Differenz
Januar 2017	260		
Februar 2017	258,5		
März 2017	295		
April 2017	241		
Mai 2017	203		
Juni 2017	216,5		
Summe	1474 Stunden	1240 Stunden (155 Werktage)	234

dd) Für den 4. Ausgleichszeitraum (01.07.2017 – 31.12.2017) beträgt die Differenz 247 Stunden:

Monat	Geleistete Arbeitszeit	Zulässige Höchstarbeitszeit	Differenz
Juli 2017	244,5		
August 2017	274,5		
September 2017	217,5		
Oktober 2017	254,5		
November 2017	282		
Dezember 2017	230		
Summe	1503 Stunden	1256 Stunden (157 Werktage)	247

ee) Für den 5. Ausgleichszeitraum (01.01.2018 – 30.06.2018) beträgt die Differenz 158 Stunden:

Monat	Geleistete Arbeitszeit	Zulässige Höchstarbeitszeit	Differenz
Januar 2018	235		
Februar 2018	228		
März 2018	256		
April 2018	239,5		

Mai 2018	207		
Juni 2018	240,5		
Summe	1406 Stunden	1248 Stunden (156 Werktage)	158

ff) Für den 6. Ausgleichszeitraum (01.07.2018 – 31.12.2018) beträgt die Differenz 73 Stunden:

Monat	Geleistete Arbeitszeit	Zulässige Höchstarbeitszeit	Differenz
Juli 2018	247		
August 2018	245		
September 2018	174		
Oktober 2018	243,5		
November 2018	230		
Dezember 2018	189,5		
Summe	1329	1256 (157 Werktage)	73

gg) Für den 7. Ausgleichszeitraum (01.01.2019 – 30.06.2019) beträgt die Differenz 189,5 Stunden:

Monat	Geleistete Arbeitszeit	Zulässige Höchstarbeitszeit	Differenz
Januar 2019	249,5		
Februar 2019	241,5		
März 2019	253,5		
April 2019	229		
Mai 2019	276,5		
Juni 2019	179,5		
Summe	1429,5 Stunden	1240 Stunden (155 Werktage)	189,5

hh) Für den 8. Ausgleichszeitraum (01.07.2019 – 31.12.2019) verbleibt keine Differenz, da der Kläger ab dem 17.09.2019 freigestellt war. Die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit betrug allein bis Ende September 2019 632 Stunden, so dass die bis dahin geleisteten 613,5 Stunden die gesetzliche Höchstarbeitszeit bereits Ende September 2019 nicht überschritten.

b) Die Summe von insgesamt 1381,5 Überstunden gilt im Grundsatz nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, da die Beklagte dem Vortrag des Klägers nicht hinreichend entgegengetreten ist. Im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO war aber ein Abschlag von insgesamt 5 % zu machen, sodass 1312,43 Stunden verbleiben.

aa) Nach § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet der Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach seiner Überzeugung, ob ein Schaden entstanden und wie hoch er ist. Das Gesetz nimmt dabei in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt; allerdings soll die Schätzung möglichst nahe an diese

heranführen. Der Tatrichter muss nach pflichtgemäßem Ermessen auch beurteilen, ob nach § 287 Abs. 1 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist. Eine Schätzung darf nur dann unterbleiben, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte vollkommen „in der Luft hänge“ und daher willkürlich wäre. Die für eine Schätzung unabdingbaren Anknüpfungstatsachen muss der Geschädigte im Regelfall darlegen und beweisen (BAG vom 26.09.2012 -10 AZR 370/10, AP ZPO § 287 Nr. 27, Rn. 20 mwN, BGH vom 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934, Rn. 46 mwN zur st. Rspr. des BGH). Nach § 287 Abs. 2 ZPO gelten die Vorschriften des § 287 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten entsprechend. Die Vorschrift erlaubt damit unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen auch die Schätzung des Umfangs von Erfüllungsansprüchen (BAG vom 21.05.1980 - 5 AZR 194/78, BeckRS 1980, 108784, Rn. 17ff.; BAG vom 25.03.2015 – 5 AZR 602/13, BeckRS 2015, 70150, Rn. 18-21 mwN).

Nach diesen Grundsätzen kommt eine „Überstundenschätzung“ in Betracht, wenn aufgrund unstreitigen Parteivorbringens, eigenem Sachvortrag des Arbeitgebers oder dem vom Tatrichter nach § 286 Abs. 1 ZPO für wahr erachteten Sachvortrag des Arbeitnehmers feststeht, dass Überstunden geleistet wurden, weil die dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugewiesene Arbeit generell oder zumindest im Streitzeitraum nicht ohne die Leistung von Überstunden zu erbringen war. Kann in einem solchen Falle der Arbeitnehmer nicht jede einzelne Überstunde belegen (etwa weil zeitnahe Arbeitszeitaufschriebe fehlen, überhaupt der Arbeitgeber das zeitliche Maß der Arbeit nicht kontrolliert hat oder Zeugen nicht zur Verfügung stehen), kann und muss der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen das Mindestmaß geleisteter Überstunden schätzen, sofern dafür ausreichende Anknüpfungstatsachen vorliegen. Jedenfalls ist es nicht gerechtfertigt, dem aufgrund des vom Arbeitgeber zugewiesenen Umfangs der Arbeit im Grundsatz berechtigten Arbeitnehmer jede Überstundenvergütung zu versagen. (BAG vom 21.05.1980 - 5 AZR 194/78, BeckRS 1980, 108784, Rn. 17ff.; BAG vom 25.3.2015 – 5 AZR 602/13, NZA 2015, 1002, Rn. 18ff.).

bb) Nach diesen Grundsätzen erscheint ein Abzug von 5 % gegenüber den vom Kläger vorgetragene Stunden, die über die gesetzliche Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG hinausgehen, angemessen. Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

(1) Der Einwand der Beklagten, es sei unrealistisch, dass der Kläger tatsächlich an keinem einzigen Arbeitstag eine Pause gemacht haben will, ist zutreffend. Diesen Aspekt hat der Kläger in seiner Berechnung aber bereits pauschal berücksichtigt, indem er pro Arbeitstag pauschal 30 Minuten Pause abgezogen hat. Im Rahmen der Schätzung nach § 287 ZPO erscheint dies angemessen und realistisch. Ein weiterer Abschlag nach § 287 ZPO war im Hinblick auf die Pausenzeiten daher nicht vorzunehmen.

(2) Die vom Kläger angegebenen Zeiten sind im Übrigen vor dem Hintergrund der unstreitigen Filialöffnungszeiten und einem jeweils angegebenen Arbeitsbeginn zwi-

schen 6:00 und 8:00 Uhr und einem Arbeitsende zwischen 16:30 und 23:00 Uhr plausibel. Für die Kammer waren keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Kläger hier seine Arbeitszeiten übermäßig ausgedehnt hat, etwa durch Angabe von Übernachtungszeiten bei auswärtigen Schulungen oder ähnlichem. Die Anzahl der aufgelaufenen Stunden folgt insbesondere daraus, dass der Kläger kontinuierlich an vielen Arbeitstagen im Schnitt 11-12 Stunden gearbeitet hat. Diese Stunden erscheinen der Kammer vor dem Hintergrund der zu betreuenden 12 Filialen, die wöchentlich mindestens einmal angefahren werden mussten, und im Schnitt 60-70 km vom Home Office des Klägers entfernt waren, realistisch. Dem Vortrag der Beklagten lassen sich auch keine konkreten Angaben zum Verlauf der Arbeitstage des Klägers entnehmen, die eine andere Bewertung oder einen weiteren Abschlag nach § 287 ZPO rechtfertigen.

(3) Allein die Erwägung, dass die Erfassung der Arbeitszeiten im System AWIS nicht minutengenau erfolgte, gebietet einen geringfügigen Abschlag im Rahmen einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO. Der Kläger hat seine Darstellung der Überstunden auf Basis der Eintragungen im System AWIS gemacht. Mithin ist anzunehmen, dass bezüglich Beginn und Ende der Arbeitszeit aufgrund der halbstündlichen Erfassung der Arbeitszeit Ungenauigkeiten enthalten sind. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass es sich um einen langen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum handelt, ist eine Aufklärung der genauen Zeiten von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit nicht mehr möglich und es kann mangels weiterer Aufzeichnungen von beiden Parteien nicht erwartet werden, dass sie konkretere Angaben machen. Ein Abschlag von 5 % erscheint insgesamt angemessen, da nicht anzunehmen ist, dass die nicht minutengenaue Ermittlung einen größeren Anteil ausmacht. Es kann auch nicht unterstellt werden, dass der Kläger die Rundung immer zu seinen Gunsten vorgenommen hat.

c) Die von den Parteien vereinbarte Freistellungsregelung in Ziffer 4. des Vergleichs vom 30.01.2020 im Kündigungsschutzverfahren Arbeitsgericht Duisburg 1 Ca 1572/19 konnte schließlich nicht außer Betracht bleiben. Der Kläger verweist zwar zu Recht darauf, dass es sich hierbei um eine rechtsvernichtende Einwendung handelt, deren Voraussetzungen von den Beklagten darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen wären. Hierzu gehört angesichts der Tatsache, dass zunächst Resturlaubsansprüche aus dem Jahr 2019 auf den Freistellungszeitraum anzurechnen sind, auch die Angaben der Resturlaubsansprüche. Der tabellarischen Auflistung des Klägers lassen sich aber die erforderlichen Angaben entnehmen. Ausgehend von einem Urlaubsanspruch von unstreitig 30 Tagen pro Jahr und 19 in Anspruch genommenen Urlaubstagen nach der Aufstellung des Klägers für das Jahr 2019 verbleiben Resturlaubsansprüche von 11 Tagen für das Urlaubsjahr 2019. Dieser in der mündlichen Verhandlung vom 22.09.2020 erläuterten Berechnung haben die Parteien nichts entgegengesetzt. Demzufolge sind gemäß Ziffer 4 der Vergleichsregelung vom 30.01.2020 für den Zeitraum bis zum 09.12.2019 einschließlich zunächst die Resturlaubstage abzugelten. Die Freistellung ab dem 10.12.2019 bis zum 31.03.2020 erfolgte sodann unter Anrechnung auf Überstunden. Durch die 78 Arbeitstage in diesem Zeitraum sind somit 624 Über-

stunden abgegolten. Mithin verbleiben 688,425 zu vergütende Überstunden. Multipliziert mit dem Stundensatz von 38,41 € ergibt dies den ausgerichteten Betrag von 26.442,40 € brutto.

6. Die Ansprüche sind nicht verwirkt.

Unbeschadet der Frage, ob im Streitfall überhaupt das Zeitmoment erfüllt ist, kann sich jedenfalls ein Arbeitgeber, der - wie die Beklagten - dem Arbeitnehmer eine unwirksame Klausel zur Pauschalabgeltung von Überstunden stellt, nicht schutzwürdig darauf einrichten, der Arbeitnehmer werde die Unwirksamkeit der Klausel schon nicht erkennen und Überstundenvergütung nicht geltend machen (BAG vom 22.02.2012 - 5 AZR 765/10, juris, Rn. 24; BAG vom 16.05.2012 - 5 AZR 347/11, juris, Rn. 21).

7. Die Beklagten haften als Gesamtschuldner gemäß § 421 BGB für die Ansprüche auf Überstundenvergütung.

a) Ebenso wie auf Arbeitnehmerseite (BAG vom 21.10.1971 - 2 AZR 17/71 - AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gruppenarbeitsverhältnis) können auch auf Arbeitgeberseite mehrere rechtlich selbständige Personen an einem Arbeitsverhältnis beteiligt sein. Stehen mehrere (natürliche oder juristische) Personen bzw. mehrere rechtlich selbständige Personengruppen in arbeitsrechtlichen Beziehungen zu demselben Arbeitnehmer, so liegen deshalb nicht notwendig mehrere getrennte Arbeitsverhältnisse vor. Vielmehr kann auch ein einheitliches Arbeitsverhältnis gegeben sein. Es gehört weder zum gesetzlichen Begriff des Arbeitsvertrages noch des Arbeitsverhältnisses, dass an ihm nur ein Arbeitgeber oder nur ein Arbeitnehmer beteiligt ist. Das Gesetz geht, insbesondere in den §§ 420 ff. BGB, selbst davon aus, dass auf einer Seite eines Rechtsverhältnisses mehrere Personen stehen können, ohne dabei auf ein bestimmtes Innenverhältnis dieser Personen abzustellen. Im Zivilrecht sind derartige Rechtsverhältnisse durchaus geläufig (BAG vom 27.03.1981 - 7 AZR 523/78, AP BGB § 611 Arbeitgebergruppe Nr. 1; offengelassen in BAG vom 05.12.2019 - 2 AZR 147/19, NGZ 2020, 623, Rn. 14).

b) Vorliegend gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass nicht mehrere Arbeitsverhältnisse mit verschiedenen Beschäftigungspflichten gegenüber verschiedenen Vertragspartnern bestehen, sondern ein einheitliches Arbeitsverhältnis. Der Kläger hat durch Vorlage des schriftlichen Arbeitsvertrages mit der Beklagten zu 2. das Bestehen eines Arbeitsvertrages mit der Beklagten zu 2. dargelegt. Die Beklagten haben keine Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses bzw. keinen Übergang des Arbeitsverhältnisses auf einen anderen Rechtsträger, etwa die Beklagte zu 1. dargelegt. Allein die Tatsache, dass die Beklagte zu 1. zuletzt das Gehalt gezahlt hat sowie die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen hat, reicht für die Annahme des Übergangs des Arbeitsverhältnisses für sich genommen nicht aus. Dies begründet weder die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB noch liegt darin eine konkludente Vereinbarung über den Übergang des Arbeitsverhältnisses. Die Beklagte zu 2. haftet daher als Vertragspartner des Klägers für die nach § 612 BGB geschuldete Überstundenvergütung. Die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten

zu 1. folgt daraus, dass die Parteien übereinstimmend vorgetragen haben, dass die Beklagte zu 1. die Zahlung der Vergütung schuldet. Insbesondere die Beklagten haben auf den entsprechenden Hinweis des Gerichts (zunächst durch Schreiben vom 04.09.2020, Bl. 495 ff. der Akte sowie zuletzt im Termin zur mündlichen Verhandlung am 22.09.2020) ausdrücklich erklärt, dass ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1. bestehe. Ob diese Annahme rechtlich zutreffend ist, kann dahingestellt sein. Jedenfalls muss sich die Beklagte zu 1. an der darin enthaltenen Erklärung, sie hafte für die Vergütung, festhalten lassen.

III. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291 Abs. 1, § 288 Abs. 1 S. 2 BGB.

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

Die Revision wird nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung im Hinblick auf die nicht abschließend geklärten Rechtsfragen zur Vergütungserwartung nach § 612 BGB zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von den Parteien

R E V I S I O N

eingelegt werden.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361 2636-2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Goetzeler

Michel

Zeise

Beglaubigt
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Landesarbeitsgericht Düsseldorf

