

III. § 3 Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt ohne Pausen _____ Stunden wöchentlich.

(2) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen richten sich nach der jeweils gültigen Betriebsvereinbarung / nach der betrieblichen Übung / werden von der Geschäftsleitung des Unternehmens festgelegt.

(3) Der/Die Mitarbeiter/in ist verpflichtet, auf Anordnung des Unternehmens bis zu ___ Stunden/Monat an Überstunden zu leisten. Bei der Anordnung der Überstunden berücksichtigt das Unternehmen die betriebliche Notwendigkeit und die berechtigten Interessen des/der Mitarbeiters/in.

1. Umfang der Arbeitszeit

Hinsichtlich der Arbeitszeit bedarf es einer Unterscheidung zwischen dem **Umfang** der Arbeitsleistung und deren **zeitlicher Lage**. Bei der Festlegung des Umfangs der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag (§ 3 Abs. 1 des Vertragsmusters) gilt das **Arbeitszeitgesetz (ArbZG)**. Es beschränkt die Regelungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien: **24**

Nach § 3 Satz 1 ArbZG darf die **werktägliche Arbeitszeit** die Dauer von **8 Stunden** nicht überschreiten. Dies ergibt bei 6 Werktagen pro Woche (Montag bis Samstag) eine Höchstarbeitszeit von **48 Stunden/Woche**. Eine Verlängerung auf 10 Stunden ist nach § 3 Satz 2 ArbZG möglich, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Nach § 5 Abs. 1 ArbZG ist den Arbeitnehmern nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden zu gewähren. **Nacharbeit** ist nur 8 Stunden werktäglich zulässig; bei einer Verlängerung auf 10 Stunden muss sichergestellt sein, dass innerhalb eines Ausgleichszeitraums von einem Monat oder 4 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden (§ 6 Abs. 2 ArbZG). Nach § 7 ArbZG sind erhebliche Erweiterungen durch Tarifvertrag oder durch Betriebsvereinbarung zulässig. **25**

§ 10 ArbZG sieht **Ausnahmen** für das Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen (§ 9 ArbZG) vor, jedoch müssen mindestens 15 Sonntage **26**

im Jahr beschäftigungsfrei bleiben (§ 11 Abs. 1 ArbZG) und Sonntagsarbeit muss durch einen Ersatzruhetag ausgeglichen werden (§ 11 Abs. 3 ArbZG). Nach § 12 ArbZG können aber auch hier die Ausgleichszeiträume in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung geändert werden.

- 27 Die **Gesamtdauer** der wöchentlichen Arbeitszeit kann **nicht zur freien Disposition des Arbeitgebers** gestellt werden, da ansonsten der gesetzliche Schutz für Änderungskündigungen umgangen würde.¹⁹ Sie ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 NachwG im Arbeitsvertrag schriftlich niederzulegen.

2. Lage der Arbeitszeit

- 28 Die Lage der Arbeitszeit (§ 3 Abs. 2 des Vertragsmusters) betrifft die Frage vom täglichen Beginn und Ende der Arbeit, die Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage sowie die Pausenverteilung. Die Festlegung der Lage der Arbeitszeit gehört zum **Kernbereich des Direktionsrechts** des Arbeitgebers, so dass eine vertragliche Regelung dieses nur beschränken würde. Auch eine langjährig unveränderte Arbeitszeit führt nicht zu einer Konkretisierung und damit Beschränkung des Weisungsrechts für die Zukunft.²⁰ Eine genaue **Regelung** der Lage der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag ist daher **nicht zu empfehlen**. Es kann jedoch auf eine ggf. bestehende betriebliche Übung, eine eventuell bestehende Betriebsvereinbarung oder auf entsprechende Weisungen der Geschäftsleitung verwiesen werden. In Betrieben mit Betriebsrat hat dieser nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ein **zwingendes Mitbestimmungsrecht** hinsichtlich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage. Hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit hat der Betriebsrat dagegen kein Beteiligungsgrecht.²¹

19 BAG, Urteil v. 12. 12. 1984 – 7 AZR 509/83, BB 1985, 731; ArbG Hamburg, Urteil v. 2. 5. 1984 – 6 Ca 691/83, AiB 1984, 138.

20 BAG, Urteil v. 15. 9. 2009 – 9 AZR 757/08, DB 2009, 2551; Urteil v. 11. 10. 1995 – 5 AZR 802/94, DB 1996, 834.

21 BAG, Beschluss v. 13. 10. 1987 – 1 ABR 10/86, BB 1988, 270; siehe auch BAG, Beschluss v. 25. 9. 2012 – 1 ABR 49/11, NZA 2013, 159.

3. Überstunden

Der Arbeitnehmer leistet Überstunden, wenn er über die für sein Beschäftigungsverhältnis geltende tägliche Arbeitszeit hinaus **mit Wissen und Willen des Arbeitgebers** arbeitet, das heißt länger als kollektiv- oder einzelvertraglich vereinbart.²² Überstunden, die die gesetzlich zugelassene Arbeitszeit von acht Stunden werktätlich überschreiten (§ 14 ArbZG), werden oft auch als **Mehrarbeit** bezeichnet.²³ In Tarifverträgen bezeichnet der Begriff auch die Überschreitung der regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit²⁴, für welche die Gewährung tariflicher Zuschläge gebräuchlich ist. Überstunden können vom Arbeitgeber generell **nicht allein aufgrund seines Weisungsrechtes** angeordnet werden.²⁵ Als Ausnahme sind in engen Grenzen dringende betriebliche Erfordernisse (Notfälle) anerkannt. Die Verpflichtung des Arbeitnehmers, Überstunden zu leisten, muss sich daher aus einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder eben dem Arbeitsvertrag selbst ergeben.

29

Für Überstundenregelungen gilt die **Höchstarbeitszeit des ArbZG**. Nach § 3 Satz 2 ArbZG ist eine Verlängerung der Arbeitszeit von 8 Stunden werktätlich auf 10 Stunden möglich, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktätlich nicht überschritten werden (vgl. Rn. 25). Das ArbZG geht dabei von einer 6-Tage-Arbeitswoche mit 48 Arbeitsstunden aus.

30

Gemäß § 2 Abs. 1 NachwG ist der **schriftliche Nachweis** über die wesentlichen Vertragsbedingungen zu führen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist deshalb eine Vereinbarung, nach welcher der Arbeitnehmer auf Anordnung des Arbeitgebers zur Ableistung von Überstunden verpflichtet ist, in den schriftlichen Nachweis aufzunehmen.²⁶ Zudem ist das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB zu wahren. Die Klausel sollte daher eine **Höchstgrenze für Überstunden** festlegen, die vom Arbeitgeber einseitig angeordnet werden können. Gleiches gilt für die nach § 308 Nr. 4 BGB geltenden Grenzen der Direktionsrechtserweiterung. Im Rahmen einer vorformulierten Klausel ist daher klarzustellen, dass

31

22 BAG, Urteil v. 15. 6. 1961 – 2 AZR 436/60, AP Nr. 7 zu § 253 ZPO.

23 Schaub/Linck, § 45 Rn. 55.

24 Küttner/Reinecke, Überstunden Rn. 1.

25 Schaub/Linck, § 45 Rn. 47 f.

26 EuGH, Urteil v. 8. 2. 2001 – Rs. C-350/99 (Lange), BB 2001, 1255.

bei der Anordnung von Überstunden auch die Belange des Arbeitnehmers berücksichtigt werden (§ 3 Abs. 1 des Vertragsmusters).

Bei der Anordnung von Überstunden hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bei kollektiven Tatbeständen ein **Mitbestimmungsrecht**, d. h. dann, wenn die Überstunden aus betrieblichen Gründen erforderlich werden und Regelungsfragen auftreten, die die **kollektiven Interessen der Arbeitnehmer** berühren. Selbst wenn nur ein Arbeitnehmer betroffen ist, kann daher ein solcher kollektiver Bezug gegeben sein. So kann im Betrieb zu klären sein, wie viele Überstunden zu leisten sind, ob nicht alternativ Neueinstellungen möglich sind sowie wann und von wem die Überstunden zu leisten sind.²⁷ Das gilt auch in Fällen der Rücknahme regelmäßig angeordneter Überstunden. Maßgeblich ist, dass potenziell jeder Arbeitnehmer von der Regelung betroffen sein könnte. Das Mitbestimmungsrecht scheidet nur dann aus, wenn es lediglich um individuelle Besonderheiten und Wünsche einzelner Arbeitnehmer geht.

4. Feiertags-, Sonntags- und Nachtarbeit

- 32 Sofern betriebliche Erfordernisse die Arbeit an Sonn- und Feiertagen oder in der Nacht gebieten, empfiehlt sich ebenfalls eine **arbeitsvertragliche Regelung**. Einer solchen Klausel begegnen grundsätzlich keine rechtlichen Bedenken, sofern die Grenzen des ArbZG beachtet werden. Inhaltliche Vorgaben für die Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit finden sich in den §§ 6, 9 ff. ArbZG (vgl. Rn. 25 f.).
- 33 Eine **zusätzliche Klausel** für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit könnte folgenden Wortlaut haben:

Der/Die Mitarbeiter/in verpflichtet sich, auf Anordnung des Unternehmens Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit zu leisten.

- 34 Bei vom Arbeitnehmer geleisteter Nachtarbeit kann der Arbeitgeber, sofern es an einer tarifvertraglichen Regelung fehlt, nach § 6 Abs. 5 ArbZG wählen, ob er den Ausgleichsanspruch des Arbeitnehmers durch **Zahlung eines angemessenen Zuschlags** oder durch **Freizeitausgleich** erfüllt. Auch eine Kombination ist nach der Rechtsprechung des BAG möglich.²⁸ Zudem hat das BAG klargestellt, dass der Freizeitausgleich

²⁷ BAG, Beschluss v. 18. 11. 1980 – 1 ABR 87/78, NJW 1981, 1751.

²⁸ BAG, Urteil v. 5. 9. 2002 – 9 AZR 202/01, BB 2003, 1175.

für geleistete Nachtarbeit in seinem Umfang der Höhe des angemessenen Zuschlags auf das Entgelt entsprechen muss.²⁹ Dem BAG zufolge ist ein Zuschlag von 25 % auf den Stundenlohn oder eine Viertelstunde Freizeit- ausgleich je Stunde Nachtarbeit zu gewähren.

5. Kurzarbeit

Die Maßnahme der Kurzarbeit ist ein **Arbeitsmarktinstrument**, um Unternehmen bei vorübergehend schlechter Auftragslage **durch Reduzierung der Personalkosten zu entlasten** und bei der die arbeitsvertraglichen Hauptpflichten ganz oder teilweise suspendiert werden. Zum Ausgleich des Verdienstaufschlags erhalten die Arbeitnehmer von der Bundesagentur für Arbeit „Kurzarbeitergeld“, welches 60 % bzw. 67 % der Nettolohndifferenz entspricht. **35**

Kurzarbeit kann nicht einseitig durch Ausübung des Direktionsrechts angeordnet werden.³⁰ Grundlage ihrer Einführung ist vielmehr stets eine **Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer**. Diese ist sowohl als Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag als auch als fester Bestandteil des Formulararbeitsvertrags denkbar, wobei Letzteres vorzugs- würdig erscheint; eine nachträgliche Vereinbarung über Kurzarbeit birgt hohen organisatorischen Aufwand und verlangt das oft schwierig zu er- langende Einverständnis des Arbeitnehmers. **36**

Auch eine Regelung zur Kurzarbeit im Formulararbeitsvertrag muss der **AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB** standhalten, der Arbeitnehmer muss vor allem „wissen, was auf ihn zukommt“.³¹ Zur Wahrung des Transparenzgebots und zur Vermeidung unangemessener Benachteiligungen des Arbeitnehmers empfehlen wir die im Vertragsmuster unter § 3 Abs. 4 genannte **Kurzarbeitsklausel**: **37**

Das Unternehmen kann Kurzarbeit anordnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld erfüllt sind. Das ist insbesondere der Fall, wenn wegen wirtschaftlichen Gründen oder unbeabsichtigten Ereignissen ein erheblicher Arbeitsausfall beim Unternehmen vorliegt und das Unternehmen diesen der Arbeitsverwaltung nach §§ 169 ff. SGB III angezeigt hat. Das Unternehmen hat hierbei eine

29 BAG, Urteil v. 1. 2. 2006 – 5 AZR 422/04, NZA 2006, 494.

30 BAG, Urteil v. 16. 12. 2008 – 9 AZR 164/08, NZA 2009, 689.

31 *Bauer/Günther*, BB 2009, 662.

Ankündigungsfrist von drei Wochen einzuhalten. Während der angeordneten Kurzarbeit vermindert sich die Vergütung nach § 4 Abs. 1 dieses Vertrages anhand des Verhältnisses der gekürzten Arbeitszeit zur regulären Arbeitszeit.

- 38 **Besonderheiten** der Kurzarbeit ergeben sich vor allem bei Sonderleistungen, Entgeltfortzahlungen und dem Urlaubsgeld.

Die **Berechnung von Sonderleistungen** bei Kurzarbeit wird dem BAG nach anhand des mit der Zahlung verfolgten Zwecks vorgenommen. Hiernach werden Leistungen, die auch für die Tätigkeit erbracht werden, um die reduzierte Arbeitszeit gekürzt. Gleiches gilt für tariflich geregelte vermögenswirksame Leistungen und tarifliche Jahressonderzahlungen.³²

Im Falle der **Entgeltfortzahlung** bei Krankheit bemisst sich das fortzuzahlende Arbeitsentgelt am Verhältnis der gekürzten Arbeitszeit zur regulären Arbeitszeit (§ 4 Abs. 3 Satz 1 EFZG). Feiertage werden beim Kurzarbeitergeld nach § 2 Abs. 2 EFZG als reguläre Arbeitstage in die Berechnung des Kurzarbeitergelds gezählt.³³

- 39 Die Berechnung des **Urlaubsentgelts** bei eingeführter Kurzarbeit nach § 11 Abs. 1 Satz 1, 3 BUrlG ist umstritten, wobei das BAG jedenfalls bei nur zeitweiser Kurzarbeit im Urlaubsbezugszeitraum keine Minderung des Urlaubsentgelts vornimmt.³⁴ Treffen eine gänzliche Reduzierung der Arbeitszeit durch Kurzarbeit und bereits gewährter Urlaub zusammen, so geht die Kurzarbeit vor. Der Arbeitgeber schuldet kein Urlaubsentgelt, der Urlaub muss jedoch ersatzweise nachgewährt werden.³⁵

32 BAG, Urteil v. 10. 5. 1995 – 10 AZR 650/94, BB 1995, 2378.

33 BAG, Urteil v. 8. 5. 1984 – 3 AZR 194/82, NZA 1985, 62.

34 BAG, Urteil v. 27. 6. 1978 – 6 AZR 753/76, AP Nr. 15 zu § 11 BUrlG.

35 BAG, Urteil v. 16. 12. 2008 – 9 AZR 164/08, NZA 2009, 689.

IV. § 4 Vergütung

(1) Der/Die Mitarbeiter/in erhält für die regelmäßige vertragliche Arbeitszeit ein monatliches Bruttogehalt von _____ Euro. Die Fälligkeit der Vergütung tritt jeweils am letzten Tag eines Monats / am 3. Tag des Folgemonats ein.

(2) Mit dem Bruttogehalt gemäß Abs. 1 sind monatlich bis zu ____ Überstunden abgegolten. Im Übrigen gilt § 612 BGB.

(3) Die Zahlung der Vergütung erfolgt bargeldlos. Der/die Mitarbeiter/in ist verpflichtet, ein Girokonto zu unterhalten und dem Unternehmen seine/ihre Kontodaten mitzuteilen.

(4) Der/Die Mitarbeiter/in verpflichtet sich, Gehaltsüberzahlungen ohne Rücksicht auf eine noch vorhandene Bereicherung zurückzuzahlen, wenn die rechtsgrundlose Überzahlung so offensichtlich war, dass er/sie dies hätte erkennen müssen, oder wenn die Überzahlung auf Umständen beruhte, die der/die Mitarbeiter/in zu vertreten hat.

Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers ist gemäß § 611 Abs. 1 BGB die Zahlung der vereinbarten Vergütung. Sie ist die Gegenleistung zur erbrachten Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. 40

Zu unterscheiden ist die Zeit- und die Leistungsvergütung. Bei der **Zeitvergütung** richtet sich die Vergütung nach der zeitlich geleisteten Arbeit. Maßstab ist also die stunden-, tages-, wochen- oder monatsweise verrichtete Arbeit. Die Zeitvergütung ist die üblichste Form der Vergütung. Im Vordringen befindlich ist aber auch die **Leistungsvergütung**, bei der die Höhe der Vergütung von Quantität und Qualität der vom Arbeitnehmer erbrachten Leistung abhängt. Ein Beispiel einer Leistungsvergütung sind der Akkordlohn, der auf die geleistete Arbeitsmenge abstellt, oder die Provision, die einen bestimmten Arbeitserfolg belohnt.

Das Arbeitsentgelt eines Mitarbeiters setzt sich in aller Regel aus folgenden Bestandteilen zusammen: 41

- **Monatliches Grundentgelt**, welches sich entweder nach tariflichen oder arbeitsvertraglichen Regelungen richtet, dazu nachfolgend Rn. 42 ff.;

1. Kap.: Der unbefristete Standardvertrag

- **Zulagen** zum monatlichen Grundentgelt, z. B. Erschwerniszulagen, Nachtarbeitszuschläge, Mehrarbeitszulagen etc., dazu nachfolgend Rn. 52 ff.;
- **zusätzliche Vergütung** wie z. B. fixe Sonderzahlungen (13. Monatsgehalt, Weihnachtsgeld) oder leistungsbezogene Sonderzahlungen (Zielvereinbarung), siehe dazu Rn. 124 ff.;
- **vermögenswirksame Leistungen**, dazu nachfolgend Rn. 59 f.

1. Grundgehalt

- 42 Die Höhe des Grundgehaltes bestimmt sich entweder **nach tariflichen oder arbeitsvertraglichen Regelungen**. Zudem können Fragen der betrieblichen Lohngestaltung und leistungsbezogene Entgelte im Rahmen von Betriebsvereinbarungen geregelt werden (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG). Dies ist gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG allerdings nur dann zulässig, wenn wiederum keine tarifliche Regelung vorhanden ist. Fehlt eine Vergütungsvereinbarung sowohl im Arbeitsvertrag als auch durch eine tarifliche Regelung mangels Tarifgebundenheit, so gilt gemäß **§ 612 Abs. 2 BGB** die **übliche Vergütung** als vereinbart. Die übliche Vergütung entspricht dabei normalerweise dem Tariflohn.³⁶
- 43 Ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 Euro/Stunde soll ab 1. 1. 2015 im gesamten Bundesgebiet gelten. Arbeitsverhältnisse, für die kein bis dahin gesetzlich geregelter Ausnahmetatbestand vorliegt, müssen diesen Mindestlohn ab diesem Zeitpunkt beinhalten.³⁷ Auch bereits jetzt gibt es jedoch schon in bestimmten Branchen (Zeitarbeit, Pflege- und Briefdienstleistungen, Wach- und Sicherheitsgewerbe, Abfallwirtschaft, Bergbauspezialtätigkeiten) auf Grundlage des § 3 AEntG i. V. m. § 5 AEntG oder durch Verordnung nach § 7 AEntG eingeführte flächendeckende Mindestlöhne, die bei der Vertragsgestaltung bzw. bei der Entgeltgewährung zu berücksichtigen sind.
- 44 Fehlt sowohl eine Tarifbindung als auch entsprechende Betriebsvereinbarungen, so unterliegt die Lohnhöhe der **Privatautonomie** der Arbeitsvertragsparteien. Diese Vertragsfreiheit wird dann lediglich durch § 138 BGB eingeschränkt, wonach eine Vergütungsvereinbarung bei **Lohnwucher** sittenwidrig und daher nichtig ist. Lohnwucher liegt dann vor, wenn

36 BAG, Urteil v. 14. 6. 1994 – 9 AZR 89/93, DB 1995, 231.

37 Zum Arbeitsrecht im Koalitionsvertrag der CDU/CSU und der SPD in der aktuellen Legislaturperiode v. *Steinau-Steinrück*, ZRP 2014, 50.

Arbeitsleistung und Verdienst zueinander in einem auffallenden Missverhältnis stehen und die Vergütungsvereinbarung unter Ausnutzung einer Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche des Arbeitnehmers zustande gekommen ist, § 138 Abs. 2 BGB. Entscheidend ist die Gesamtbetrachtung. Für ein sittenwidriges Missverhältnis genügt es nicht allein, wenn untertariflich vergütet wird, wohl aber, wenn **weniger als zwei Drittel des Tariflohns** bzw. des üblichen Lohns gezahlt werden.³⁸ Die in § 4 Abs. 1 des Vertragsmusters gewählte Formulierung sollte daher die Gewährung eines Entgeltes in diesem Rahmen beinhalten.

2. Überstundenabgeltung

Enthielt die Arbeitszeitordnung (AZO) als Vorgängerregelung des ArbZG noch eine Regelung zur Abgeltung von Überstunden, so fehlt eine solche im ArbZG. Daher richtet sich die Vergütung von Überstunden grundsätzlich nach den einschlägigen **tariflichen, betrieblichen und arbeitsvertraglichen Bestimmungen**. Insofern können die jeweiligen Vertragsparteien entscheiden, ob Überstunden mit Freizeit ausgeglichen werden oder vergütet werden sollen. 45

Fehlt es an einer Regelung, haben Arbeitnehmer grundsätzlich nach § 612 Abs. 1 BGB **Anspruch auf Vergütung** von Überstunden. Voraussetzung eines Anspruchs auf Überstundenvergütung ist die substantiierte Darlegung der Überstundenleistung sowie darüber, dass der Arbeitgeber die Überstunden angeordnet, gebilligt oder geduldet hat bzw. dass diese zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sind.³⁹ Kein Vergütungsanspruch für Mehrarbeit gemäß § 612 Abs. 1 BGB entsteht, wenn nach der objektiven Vergütungserwartung keine Abgeltung der Überstunden zu erwarten ist. Daran fehlt es regelmäßig vor allem dann, wenn arbeitszeitbezogene und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen zeitlich verschränkt sind oder wenn vertraglich insgesamt eine deutlich **herausgehobene Vergütung** gewährt wird.⁴⁰ Von letzterem Fall 46

38 BAG, Urteil v. 17. 10. 2012 – 5 AZR 792/11, NZA 2013, 266; Urteil v. 23. 5. 2001 – 5 AZR 527/99, AuR 2001, 509; Urteil v. 11. 1. 1973 – 5 AZR 322/72, DB 1973, 727.

39 BAG, Urteil v. 10. 4. 2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100.

40 BAG, Urteil v. 22. 2. 2012 – 5 AZR 765/10, DB 2012, 1932; Urteil v. 17. 8. 2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335; Urteil v. 3. 9. 1997 – 5 AZR 428/96, NZA 1998, 540.

wird insbesondere dann ausgegangen, wenn das Arbeitsentgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung⁴¹ überschreitet. Dieses Abgrenzungsmerkmal erscheint insgesamt sachgerecht, vor allem im Vergleich zum auch von der Rechtsprechung immer noch verwendeten Kriterium, ob „Dienste höherer Art“⁴² geleistet werden, die z. B. Chefärzte oder Rechtsanwälte ausüben sollen.⁴³ Auch, wenn für von diesen geleistete Überstunden in weiten Teilen der Arbeitswelt eine objektive Vergütungserwartung wohl verneint werden kann, ist aus § 612 BGB kein derart differenzierender Rechtssatz heraus zu lesen⁴³; darüber hinaus erscheint auch die Abgrenzung in vielen Berufsgruppen nur schwer möglich. Für **leitende Angestellte** gilt wohl selbiges, auch, wenn eine objektive Vergütungserwartung für diese ebenfalls regelmäßig verneint werden wird und das ArbZG auf leitende Angestellte keine Anwendung findet (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG).⁴⁴ Zuletzt fehlt es an einer objektiven Vergütungserwartung auch in den Konstellationen, in denen ein Arbeitnehmer neben einem Festgehalt variable Vergütungsbestandteile erhält, z. B. in Form von **Provisionen**, und diese durch Mehrarbeit in nicht unerheblichem Umfang steigern kann.⁴⁵

a) Vergütung der Überstunden

- 47 Um Klarheit bei der Vergütung von Überstunden zu schaffen, empfiehlt es sich, eine **Regelung zur Abgeltung von Überstunden** in den Arbeitsvertrag aufzunehmen. Häufig werden dabei Formulierungen wie die Folgende gewählt:

■ *Mit dem Gehalt sind sämtliche Überstunden abgegolten.*

Diese Klausel ist jedoch aufgrund der Verletzung des Transparenzgebots **unwirksam**. Die Vereinbarung einer begrenzten pauschalen Überstundenabgeltung ist zwar zulässig, jedoch muss eine solche die **Höchstzahl der Überstunden** und den **Bemessungszeitraum**, für den die Überstun-

41 Stand 2013: Westdeutschland 69.600 Euro, Ostdeutschland 58.800 Euro.

42 Vgl. hierzu BAG, Urteil v. 22. 2. 2012 – 5 AZR 765/10, DB 2012, 1932.

43 Ähnlich BAG, Urteil v. 21. 9. 2011 – 5 AZR 629/10, NZA 2012, 145.

44 BAG, Urteil v. 13. 3. 1967 – 2 AZR 133/66, NJW 1967, 1631; Urteil v. 17. 11. 1966 – 5 AZR 225/66, BB 1967, 79; vgl. insgesamt Grobys/Panzer/Wahlig, 150. Überstunden/Mehrarbeit Rn. 18 f.

45 BAG, Urteil v. 27. 6. 2012 – 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147.

den abgegolten werden sollen, **genau bestimmen**.⁴⁶ Für den Arbeitnehmer muss sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben, was für eine Leistung er für die Vergütung erbringen muss, er muss wissen, was „auf ihn zukommt“. Ist dies nicht der Fall, ist die Klausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.⁴⁷ Dies gilt wiederum ebenso für solche Mitarbeiter, denen eine herausgehobene Vergütung gewährt wird.

Obwohl eine solche **Pauschalisierungsabrede** das Entgelt und somit eine der arbeitsvertraglichen Hauptleistungen betrifft, bei denen gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB grundsätzlich **keine materielle Inhaltskontrolle** stattfindet, unterliegt sie gleichwohl wegen § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB der Transparenzkontrolle.⁴⁸ Eine darüber hinaus gehende Inhaltskontrolle ist den Arbeitsgerichten jedoch verwehrt. Folglich muss eine Überstundenabgeltung hinsichtlich des Umfangs der abgegoltenen Überstunden nur den allgemeinen Regeln der §§ 612, 138 BGB genügen. Diese Voraussetzungen an die Zulässigkeit der Klausel sind geringer als bei § 307 BGB. Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass die **pauschale Abgeltung von 15 % bis maximal 20 % der regelmäßigen monatlichen Arbeitszeit** nicht überschritten werden darf. Eine Vereinbarung von 20 monatlichen Überstunden, die bei einer 40-Stunden-Woche pauschal mit abgegolten werden, hält dabei den inhaltlichen Anforderungen stand und verstößt bei Nennung dieser Maximalgrenze auch nicht gegen das Transparenzgebot.⁴⁹

48

Der **Formulierungsvorschlag** des Vertragsmusters in § 4 Abs. 2

49

Mit dem Bruttogehalt gemäß Abs. 1 sind monatlich bis zu ___ Überstunden abgegolten. Im Übrigen gilt § 612 BGB.

bietet sich infolgedessen sowohl für leitende als auch für „normale“ Angestellte für den Wunsch nach einer pauschalen Abgeltungsabrede an.

46 BAG, Urteil v. 22. 2. 2012 – 5 AZR 765/10, DB 2012, 1932; Urteil v. 17. 8. 2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335; *Strecker*, BB 2013, 949.

47 BAG, Urteil v. 1. 9. 2010 – 5 AZR 517/09, NZA 2011, 575.

48 BAG, Urteil v. 16. 5. 2012 – 5 AZR 331/11, DB 2012, 1990; Urteil v. 1. 9. 2010 – 5 AZR 517/09, NZA 2011, 575; *Grobys/Panzer/Wahlig*, 150. Überstunden/Mehrarbeit Rn. 21 ff.

49 BAG, Urteil v. 16. 5. 2012 – 5 AZR 331/11, DB 2012, 1990; allgemein hierzu *Erfk/Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 92.

Die hier verwendete Klausel orientiert sich an der bei regulärer 40-Stunden-Woche als zulässig erkannten **Abgeltungsgrenze von 20 Stunden pro Monat**, also ca. 12,5 % der monatlichen Arbeitszeit. Eine solche Klausel ist weder überraschend noch intransparent.

- 50** Sofern der Arbeitgeber **jede geleistete Überstunde einzeln vergüten** will, muss wegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB aus einer entsprechenden Klausel lediglich ebenso klar hervorgehen, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe die Überstunden vergütet werden. Eine Formulierung für die Einzelvergütung der Überstunden könnte demnach **alternativ** lauten:

Das Unternehmen zahlt dem/der Mitarbeiter/in in dem Umfang, in dem er/sie Überstunden erbracht hat, eine am Maßstab des Bruttoarbeitsentgelts ausgerichtete, anteilige Überstundenvergütung.

Ist eine Abgeltungsklausel unwirksam, sind Überstunden des Arbeitnehmers grundsätzlich nach § 612 Abs. 1 BGB zu vergüten.

b) Freizeitabgeltung der Überstunden

- 51** Die Vertragsparteien können statt der Vergütung der Überstunden **ebenso eine Freizeitabgeltung** vereinbaren:

Überstunden kann der/die Mitarbeiter/in innerhalb des Kalendermonats, in dem sie erbracht wurden, nach Absprache mit dem Unternehmen durch Freizeit ausgleichen.

Eine vereinbarte Klausel, nach der Überstunden des Arbeitnehmers in Freizeit abgegolten werden, kann sich für den Arbeitgeber im Falle der **Freistellung nach erfolgter Kündigung als vorteilhafter** gegenüber einer Vergütungsabrede erweisen. Haben die Parteien nur die Vergütung von Überstunden vertraglich vereinbart, ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, den Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung und Freistellung zu verpflichten, die Überstunden in der Freistellungsphase „abzufeiern“.⁵⁰ Über dieses Recht verfügt er jedoch, wenn er neben der Vergütung auch eine **Freizeitabgeltung der Überstunden** verabredet:

⁵⁰ BAG, Urteil v. 18. 9. 2001 – 9 AZR 307/00, NZA 2002, 268.

Das Unternehmen kann dem/der Mitarbeiter/in in dem Umfang, in dem er/sie Überstunden erbracht hat, entweder Freizeitausgleich gewähren oder eine am Maßstab des Bruttoarbeitsentgelts ausgerichtete, anteilige Überstundenvergütung zahlen.

3. Zulagen

Die Vereinbarung von Zulagen bietet sich an, wenn **besondere Leistungen des Arbeitnehmers** honoriert werden sollen. Dies ist von den jeweiligen Besonderheiten des Unternehmens abhängig. Als Zulagen kommen u. a. Erschwerniszulagen, Nachtarbeitszuschläge und Mehrarbeitszuschläge in Betracht. 52

Der/Die Mitarbeiter/in erhält für _____ (Zweck der Zulage) eine monatliche Zulage von _____ Euro.

Zu prüfen ist je nach Art der Zulage, ob ein **Flexibilisierungsvorbehalt** in Betracht kommt, sofern die Zulage nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der reinen Arbeitsleistung steht.⁵¹ Widerrufs- und Rückzahlungsmöglichkeiten werden diesbezüglich bei den Rn. 144 ff. und 166 f. erläutert.

Gewährt der Arbeitgeber Zulagen, die über dem Tarifniveau liegen (sog. **übertarifliche Zulagen**), so muss bei einer Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien geklärt werden, wie sich die Höhe der gezahlten Zulage zu eventuellen Tariflohnerhöhungen verhält. Fraglich ist demnach, ob der Arbeitgeber übertarifliche Zulagen, die in der Vergangenheit arbeitsvertraglich zusätzlich zum Tariflohn gewährt wurden, mit späteren Tariflohnerhöhungen verrechnen darf oder nicht, d. h. ob es somit zur **Aufsaugung** oder zur **Aufstockung** der übertariflichen Zulage kommt. 53

Enthält der Arbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung in Gestalt einer Anrechnungsklausel oder eines Widerrufs- und/oder Anrechnungsvorbehalts, so ist durch **Auslegung** zu ermitteln, inwieweit von den Arbeitsvertragsparteien eine Aufsaugung bzw. Aufstockung im Verhältnis von bisher arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Zulagen zu Tariflohnerhöhungen gewollt ist. Nach der Rechtsprechung des BAG ist grundsätzlich von der Vereinbarung eines stillschweigenden Anrechnungsvor-

⁵¹ Allgemein zum Konflikt zwischen Entgeltcharakter und Flexibilisierungswunsch bei Sonderleistungen *Simon/Hidalgo/Koschker*, NZA 2012, 1071.

behaltes (Aufsaugung) auszugehen.⁵² Es empfiehlt sich daher, je nach Interessenslage die gewünschte Umgangsweise mit einer Tariflohnerhöhung **zusätzlich** zu vereinbaren.

a) Aufstockung

- 55 Eine Vertragsklausel, nach der eine übertarifliche Zulage jeweils unabhängig von der gültigen Tariflohnerhöhung gezahlt werden soll, mithin eine **Aufstockung** stattfinden soll, kann folgendermaßen formuliert werden:

Das Unternehmen verpflichtet sich, die Zulage unabhängig zum jeweils gültigen Tariflohn zu zahlen.

b) Aufsaugung/Anrechnung

- 56 Möchten die Vertragsparteien eine **Anrechnungsklausel** vereinbaren, wobei dies in der Regel **dem Interesse des Arbeitgebers entsprechen** wird, bietet sich folgende Formulierung an:

Das Unternehmen ist bei einer Erhöhung des Tariflohns oder einer Verkürzung der tariflichen Arbeitszeit berechtigt, eine Anrechnung der Tariflohnerhöhung oder Arbeitszeitverkürzung auf alle übertariflichen Leistungen ganz oder teilweise vorzunehmen. Dies gilt insbesondere für jede Erhöhung des tariflichen Lohns, Einmalzahlungen, Sachbezüge und zweckgebundene Zulagen (wie z. B. Schmutz- oder Erschwerniszuschläge etc.).

- 57 Das BAG hält eine Anrechnung der Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Zulagen auch ohne eine Anrechnungsklausel im Arbeitsvertrag grundsätzlich für möglich, wenn die **Zulage nicht vertraglich als selbständiger Entgeltbestandteil** neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt war.⁵³ Als anrechnungsfähige Tariflohnerhöhung kann danach auch eine tarifliche Einmalzahlung angesehen werden, sofern sie als pauschalierte Tariflohnerhöhung – im Gegensatz zu einer von der konkreten Gegenleistung

52 BAG, Urteil v. 7. 2. 1995 – 3 AZR 402/94, NZA 1995, 894; Urteil v. 22. 9. 1992 – 1 AZR 405/90, NZA 1993.

53 BAG, Urteil v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 540/05, DB 2006, 1276; Urteil v. 21. 1. 2003 – 1 AZR 125/02, NZA 2003, 1056; Beschluss v. 21. 9. 1999 – 1 ABR 59/98, NZA 2000, 898.

unabhängigen Sonderzahlung – anzusehen ist. Das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangt dabei vom AGB-Verwender nicht, alle gesetzlichen Folgen einer Vereinbarung ausdrücklich zu regeln.⁵⁴

Werden Anrechnungsklauseln vertraglich vereinbart, kann auch ein **Sachgrund für die Anrechnung** festgelegt werden. Dies erscheint jedoch nicht als zwingend, da dem Arbeitnehmer seine bisherige Vergütung der Höhe nach verbleibt.⁵⁵ Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten ist es allerdings ratsam, Grund, Art sowie Höhe der anrechenbaren Leistung vertraglich ausführlich zu regeln. Ebenso können die Arbeitsvertragsparteien das Anrechnungsrecht auch einer **zeitlichen Schranke** unterwerfen. Die Vereinbarung einer Anrechnung übertariflicher Zulagen „auf kommende Lohnerhöhungen“ beschränkt dabei jedoch das Recht des Arbeitgebers zur Anrechnung auf den Zeitpunkt bis zur erstmaligen Umsetzung der Lohnerhöhung.⁵⁶ Der Arbeitgeber muss daher vor Inkrafttreten eines neuen Lohn tariffvertrags im Falle der Rückwirkung spätestens mit dem ersten Vollzug der Tariflohnerhöhung die Anrechnung erklären.

58

4. Vermögenswirksame Leistungen

(1) Zusätzlich gewährt das Unternehmen dem/der Mitarbeiter/in vermögenswirksame Leistungen nach den jeweils gültigen gesetzlichen Bestimmungen in Höhe von derzeit monatlich _____ Euro brutto, sofern ein entsprechender Vertrag nachgewiesen wird.

59

(2) Das Unternehmen ist berechtigt, die vermögenswirksame Leistung jederzeit für die Zukunft mit Wirkung zum Ablauf eines Kalendermonats aus sachlichen Gründen zu widerrufen. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn es dem Unternehmen aufgrund seiner schlechten wirtschaftlichen Lage nicht zumutbar ist, weiterhin an der Verpflichtung zur Gewährung der vermögenswirksamen Leistung festzuhalten oder es sich aufgrund des Verhaltens des/der Mitarbeiters/in zum Widerruf der Leistung veranlasst sieht und der Widerruf dem/der Mitarbeiter/in zumutbar ist.

54 BAG, Urteil v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 540/05, DB 2006, 1276.

55 Entsprechende Tendenz in BAG, Urteil v. 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

56 BAG, Urteil v. 17. 9. 2003 – 4 AZR 533/02, BB 2004, 2082.

Vermögenswirksame Leistungen sind Geldleistungen, die der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer in einer der in § 2 Abs. 1 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes (5. VermBG) genannten Formen anlegt. Damit soll die **Vermögensbildung der Arbeitnehmer gefördert** werden. Solche Geldleistungen können sowohl aus **Arbeitgeberleistungen** (§ 10 des 5. VermBG) bestehen, als auch aus der **Anlage von Teilen des Arbeitslohns** (§ 11 des 5. VermBG). In beiden Fällen überweist der Arbeitgeber die jeweiligen Leistungen unmittelbar an das Anlageinstitut. Arbeitsrechtlich sind vermögenswirksame Leistungen Lohn- bzw. Gehaltsbestandteile (§ 2 Abs. 7 Satz 1 des 5. VermBG).

- 60** Die Anlage vermögenswirksamer Leistungen in den nach dem 5. VermBG geförderten Anlageformen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1–3, Abs. 2–4 des 5. VermBG) wird gemäß § 13 des 5. VermBG bis zu gewissen Einkommensgrenzen staatlich mit einer **Arbeitnehmer-Sparzulage** gefördert. Diese Grenzen liegen derzeit bei 20.000 Euro für Alleinstehende und 40.000 Euro für nach § 26b EStG zusammen veranlagte Ehegatten (§ 13 Abs. 1 Satz 1 des 5. VermBG). Reduzierte Grenzen gelten bei Leistungen (Alleinstehende 17.900 Euro, Ehegatten 35.800 Euro) zu wohnungswirtschaftlichen Zwecken (§ 13 Abs. 1 Satz 2 des 5. VermBG). Es gilt das zu versteuernde Einkommen des jeweiligen Kalenderjahres. Die **Sparzulage beträgt 20 % der vermögenswirksamen Leistungen**, falls sie nach § 2 Abs. 1 Nr. 1–3, Abs. 2–4 des 5. VermBG angelegt sind und soweit sie 400 Euro im Jahr nicht überschreiten. Sind die Leistungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 und 5 des 5. VermBG angelegt und überschreiten sie 470 Euro jährlich nicht, wird eine Sparzulage in Höhe von 9 % der angelegten Leistungen gezahlt. Die Höhe der vermögenswirksamen Leistungen darf danach monatlich höchstens 39 Euro betragen, damit eine staatliche Förderung des Arbeitnehmers durch die Arbeitnehmer-Sparzulage möglich bleibt. Teilzeitbeschäftigte Angestellte und Arbeiter erhalten den Teil der vermögenswirksamen Leistungen, der dem Maß der vereinbarten durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit entspricht. Vermögenswirksame Leistungen **können dem Mindestlohn nicht anzurechnen werden**.⁵⁷

57 BAG, Urteil v. 18. 4. 2012 – 4 AZR 139/10, DB 2013, 69.

5. Art und Weise der Zahlung

In der Praxis überwiegt die **bargeldlose Zahlung**. Damit der Arbeitgeber die Vorteile der bargeldlosen Zahlung nutzen kann, sollte arbeitsvertraglich die Verpflichtung des Arbeitnehmers vereinbart werden, sich ein Girokonto einzurichten und die zugehörigen Daten dem Arbeitgeber mitzuteilen (§ 4 Abs. 3 des Vertragsmusters). Den **Zahlungszeitpunkt** der Vergütung regelt **§ 614 BGB**. Danach ist die Vergütung nach der Leistung der Dienste zu entrichten, so dass der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig ist. Da § 614 BGB jedoch abdingbar ist, können die Arbeitsvertragsparteien einen beliebigen Fälligkeitszeitpunkt individuell bestimmen (§ 4 Abs. 1 des Vertragsmusters).

61