

Aktenzeichen: 5 AZR 194/78

LAG Schleswig-Holstein Urteil des BAG vom 21. Mai 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 611, § 612; AZO § 15; ZPO § 287
Abs. 2; BÜrIG § 7 Abs. 3

Leitsätze:

K e i n e



5 AZR 194/78

2 Sa 647/77 Schleswig-Holstein

Verkündet am
21. Mai 1980

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil
In Sachen

pp.

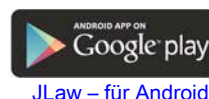
hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Mai 1980 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Matthes und Schaub sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Gundelach und Heidenreich für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 11. Januar 1978 - 2 Sa 647/77 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz nur noch darüber, ob der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Überstunden zu bezahlen.

Am 5. März 1974 schlossen die Parteien einen Hauswart-Dienstvertrag, nach dem der Kläger im Hause des Beklagten in U , G W , die Stelle eines Hauswarts übernehmen sollte. Dieser Vertrag enthält keine Bestimmungen hinsichtlich der Arbeitszeit des Klägers. Ferner trafen die Parteien am 7. März 1974 folgende Vereinbarung:

"Herr J hat mit Herrn K einen Hauswartdienstvertrag abgeschlossen. Neben den hierin aufgeführten Arbeiten sind von Herrn J noch die folgenden Tätigkeiten auszuüben:

Betreuung und laufende Pflege der "SUCA" oder von anderen Wassersport-Fahrzeugen.

Während der Segelsaison - etwa vom 15.4. - 15.10. hat Herr J an den Wochenenden für die "SUCA" zur Verfügung zu stehen sowie an den stattfindenden Bootsfahrten teilzunehmen. Sofern Herr J an Sonnabenden und Sonntagen in dieser Weise tätig ist, hat er Anspruch auf die entsprechenden Freizeiten an anderen Wochentagen.

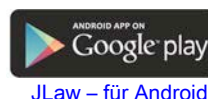
Diese Vereinbarung ist Bestandteil des mit Herrn J abgeschlossenen Hauswartdienstvertrages."

Diese Vereinbarung ist durch Schreiben des Beklagten vom 8. August 1975, mit dem sich der

- 3 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

Kläger einverstanden erklärt hat, abgeändert worden. Das Schreiben hat folgenden Wortlaut:

"Zum Hauswart-Dienstvertrag vom 5.3.74 wurde am 7.3.74 eine zusätzliche Vereinbarung getroffen, die besagt, daß Sie sich um die Betreuung und laufende Pflege meiner SUCA oder andere Wassersportfahrzeuge kümmern werden. Diese Vereinbarung wird aufgehoben und wie folgt geändert:

Aufgrund der verschiedenen Schreiben im Jahre 1974 sowie vom 17.3.75 und 6.8.75 wird vereinbart, daß Sie sonntags und sonntags von der Betreuung und Pflege der SUCA zunächst entbunden werden. Sie übernehmen statt dessen folgende Arbeiten:

.....

- 3) Eine Betreuung der SUCA an Wochentagen erfolgt nur nach vorheriger Abstimmung.

....."

Darüber hinaus hatte der Kläger ab Herbst 1976 Hausverwaltungsaufgaben in einem weiteren Gebäude des Beklagten in We zu erfüllen.

Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien endete durch Kündigung des Beklagten am 30. Juni 1977.

Der Kläger hat behauptet, er sei in der Segelsaison 1975 und 1976 an jedem Wochenende, d.h. in beiden Jahren jeweils an 26 Wochenenden oder jeweils an 52 Tagen, insgesamt daher an 104 Tagen für den Beklagten tätig gewesen. An den meisten dieser Wochenenden habe er im Auftrag des Beklagten auf dessen Schiff gesegelt, an den übrigen Wochenenden sei er ebenfalls für den Beklagten tätig geworden. Dies habe er nicht freiwillig und ohne rechtliche Verpflichtung getan, sondern weil er dazu nach dem Dienstvertrag verpflichtet



- 4 -

gewesen sei. Den ihm zustehenden Freizeitausgleich habe er nicht in Anspruch nehmen können, weil er wegen Arbeitsüberlastung keine Möglichkeit gehabt habe, freie Tage einzuschieben und der Beklagte eine Freizeitabgeltung auf Anfrage auch abgelehnt habe. Er ist der Auffassung, daß ihm für die an den Wochenenden geleistete Arbeit eine Abgeltung in Geld in Höhe von vier Monatsgehältern zustehe. Er hat demgemäß, soweit für die Revisionsinstanz bedeutend, beantragt,

den Beklagten zur Zahlung von
10.740,-- DM brutto nebst 4 %
Zinsen seit dem 4. Juli 1977
zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, der Kläger habe in der fraglichen Zeit nur hin und wieder an den Wochenenden Segelausflüge unternommen. Noch nicht einmal die Hälfte der Wochenenden der Segelsaison seien so ausgenutzt worden, 1976 sei sehr selten gesegelt worden. Im übrigen habe der Kläger den Segelsport als Hobby und nicht im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit betrieben. Er habe auch nie eine Freizeitabgeltung verlangt. Hätte er das getan, dann wäre ihm Freizeit gewährt worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in Höhe der eingeklagten 10.740,-- DM brutto nebst Zinsen und außerdem in Höhe von 616,-- DM netto samt Zinsen stattgegeben. Darüber hinausgehende Zahlungsansprüche hat es abgewiesen. Der Be-

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

klagte hat mit der Berufung nur seine Verurteilung in Höhe von 10.740,-- DM nebst Zinsen bekämpft. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und den Beklagten verurteilt, an den Kläger 7.160,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 4. Juli 1977 zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Landesarbeitsgericht hat als von dem Beklagten eingeräumt festgestellt:

- 1) daß der Kläger mit dem Beklagten in der Segelsaison 1975 und 1976 an den Wochenenden jedenfalls häufig gesegelt oder an dem Boot "Suca" gearbeitet hat,
- 2) daß der Kläger einen Freizeit- ausgleich für diese Tätigkeit nicht erhalten hat.

Beide Tatsachenfeststellungen sind für das Revisionsgericht bindend. Die Revision hat keine Verfahrensrügen dagegen erhoben. Der bloße Vortrag, in den Akten finde sich keine Bestätigung dafür, daß der Beklagte derartiges eingeräumt habe, reicht als Verfahrensrüge nicht aus. In dem einzigen in der Berufungsinstanz eingereichten Schriftsatz wehrt sich der Beklagte lediglich gegen die Annahme, der Kläger habe in der Segelsaison 1975 und 1976 "ständig" an den Wochenenden gesegelt. Was mündlich in der Berufungsverhandlung erklärt wurde, ist aus den Akten nicht ersichtlich.



- 6 -

Im übrigen betreffen die Angriffe der Revision nicht die Frage, ob der Kläger in der Segelsaison 1975 und 1976 überhaupt für den Beklagten Bootsmannsarbeiten verrichtet hat, sondern nur die Frage, in welchem Umfang er das getan hat.

2. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, daß der Kläger auch in der Saison 1976 aufgrund des Arbeitsvertrages und nicht lediglich aus Gefälligkeit an dem Boot des Beklagten gearbeitet hat. Diese Würdigung des Berufungsgerichts ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Für ihre Richtigkeit spricht auch, daß der Beklagte den Kläger selbst nicht nur als seinen "Hauswart", sondern auch als seinen "Bootsmann" bezeichnet hat, und zwar auch noch für die Zeit, als das Boot verkauft wurde (April 1977).

3. Der Senat muß folglich davon ausgehen, daß der Kläger in der Segelsaison 1975 und 1976 häufig Überstunden geleistet hat. Da er einen Ausgleich in Freizeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht erhalten hat, kann er Bezahlung dieser Überstunden verlangen. Es ist schon zweifelhaft, in welchem Umfang nach der Arbeitszeitordnung überhaupt ein Abfeiern von Mehrarbeit zulässig ist (vgl. dazu Denecke-Neumann, Arbeitszeitordnung, § 15 RdNr. 27). Jedenfalls aber dann, wenn er keinen Freizeitausgleich erhalten hat, steht dem Arbeitnehmer ein entsprechender Zahlungsanspruch zu (BAG AP Nr. 11 zu § 15 AZO [zu 3 d der Gründe]).

Der Beklagte kann dagegen nicht mit Erfolg einwenden, es sei Sache des Klägers gewe-



- 7 -

sen, für die Mehrarbeit an Wochenenden Freizeit zu nehmen. Da der Beklagte gewußt haben muß, daß der Kläger an Wochenenden für ihn als Bootsmann tätig und im übrigen durch seinen Dienstvertrag als Hauswart gebunden war, hätte er den Kläger veranlassen und es ihm ermöglichen müssen, Freizeit in Anspruch zu nehmen. Wenn er sich darum nicht gekümmert hat und es deshalb zu einem Freizeitausgleich nicht gekommen ist, bleibt nur der Ausgleich durch Bezahlung. Das folgt bereits aus § 612 BGB.

4.a) Den Umfang der Überstunden hat das Landesarbeitsgericht geschätzt. Die Revision wendet sich zu Unrecht gegen die Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO. Diese Vorschrift erlaubt in vermögensrechtlichen Streitigkeiten unter den im Gesetz genannten, hier gegebenen Voraussetzungen auch die Schätzung des Umfangs von Erfüllungsansprüchen (Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 38. Aufl., § 287 Anm. 4; zum Ausgleichsanspruch eines Bausparkassenvertreters BGHZ 59, 125 [130]).

Es ist zwar richtig, daß grundsätzlich ein Anspruch auf Bezahlung von Überstunden voraussetzt, daß der Kläger darlegt und eventuell nachweist, daß er Überstunden geleistet hat und in welchem Umfang, ferner auch, daß der Arbeitgeber diese Überstunden angeordnet oder wenigstens geduldet hat. Dies paßt aber nicht in einem so atypischen Fall wie dem vorliegenden, in dem Überstunden geleistet worden sind, um eine Freizeitbeschäftigung des Arbeitgebers zu unterstützen. Hier werden die Überstunden unter den Augen des Arbeitgebers geleistet. Er hat die unmittelbare Kontrollmöglichkeit, und es steht



- 8 -

allein bei ihm, den Umfang der Dienstleistungen einzuschränken oder auszudehnen. Unter diesen Umständen darf die Überstundenvergütung nicht daran scheitern, daß der Kläger keine genauen Aufzeichnungen vorlegen kann, wie dies normalerweise verlangt wird. Der Umfang läßt sich in einem solchen Fall nicht anders als durch Schätzung ermitteln.

b) Ob das Tatsachengericht richtig geschätzt hat, ist in der Revisionsinstanz nur auf Ermessensüberschreitung nachzuprüfen (Baumbach-Lauterbach-Hartmann, aaO, Anm. 3 m.w.N.).

Die Revision beschränkt sich im wesentlichen auf den Versuch, ihre eigene Würdigung des Parteivortrags und der Zeugenaussagen an die Stelle der Würdigung des Berufungsgerichts zu setzen. Damit kann sie ebensowenig Erfolg haben wie mit einem entsprechenden Revisionsangriff gegen eine tatrichterliche Beweiswürdigung im Bereich des § 286 ZPO. Der Hinweis der Revision auf die Aussage des Beklagten bei seiner Vernehmung vor dem Arbeitsgericht kann die Grundlage der Schätzung des Landesarbeitsgerichts nicht erschüttern. Abgesehen davon, daß es sich um eine schon in erster Instanz in anderem Zusammenhang gemachte Aussage handelt, ist das Berufungsgericht bei seiner Schätzung - im Gegensatz zum Arbeitsgericht - ohnehin davon ausgegangen, daß nicht an jedem Wochenende gesegelt wurde; es hat deshalb die geschätzte Zeit nur mit 2/3 der vom Kläger behaupteten Zeit angenommen.

Richtig ist, daß das Landesarbeitsgericht die Vereinbarung vom 8. August 1975 nicht ausdrücklich erwähnt hat. Dies führt jedoch nicht

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 9 -

zur Aufhebung des Urteils. Die Vereinbarung vom August 1975 sagte nur etwas darüber, ob der Kläger zu Arbeiten an dem Boot und Segelfahrten vertraglich verpflichtet war. Wenn er dazu nicht verpflichtet war, schließt das nicht aus, daß er diese Arbeiten wie im Vorjahr geleistet hat. Der Beklagte hat es an einem substantiierten Vortrag darüber fehlen lassen, wie diese Vereinbarung durchgeführt worden ist und wie sie sich auf die Arbeitszeit des Klägers ausgewirkt hat.

5.a) § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG, der die Übertragung eines Urlaubsanspruchs nur beschränkt gestattet, ist entgegen der Ansicht des Beklagten auf den Anspruch des Klägers nicht entsprechend anzuwenden. Die Einschränkung der Übertragbarkeit beim Urlaubsanspruch beruht darauf, daß der Urlaub grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muß (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG). Der Arbeitnehmer soll sich von der während des Jahres geleisteten Arbeit erholen; Urlaub soll nicht gehortet werden können. Alles dieses trifft auf den Freizeitausgleich für geleistete Mehrarbeit nicht zu. Geleistete Mehrarbeit ist grundsätzlich zu vergüten, es sei denn daß (ausnahmsweise) die Überstunden durch Freizeit ausgeglichen werden durften und ausgeglichen worden sind. Diese Vergütung ist nicht an das Jahr gebunden.

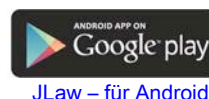
b) Eine Verwirkung scheidet ebenfalls aus. Aus dem Parteivortrag ergibt sich weder, daß der Beklagte sich aufgrund des Verhaltens des Klägers darauf eingerichtet hätte, er brauche die Wochenendarbeit des Klägers nicht zu bezahlen, noch

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 10 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

daß ihm deswegen die Zahlung nicht zugemutet
werden könnte.

gez.: Dr. Hilger Matthes Schaub

Heidenreich Dr. Gundelach

