

Aktenzeichen: 5 AZR 73/79

LAG Hamburg

Urteil des BAG vom 6. Mai 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 611; Manteltarifvertrag für den Hamburger Einzelhandel vom 23. November 1973; ZPO §§ 139, 286

Leitsätze:

K e i n e



5 AZR 73/79

6 Sa 50/78 Hamburg

Verkündet am
6. Mai 1981

gez. Schartel,

Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 6. Mai 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, den Richter Dr. Heither und die Richterin Michels-Holl sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Krems und Schumacher für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 25. August 1978 - 6 Sa 50/78 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Zahlung von Überstunden.

Der Kläger war vom 5. April 1976 bis 31. März 1977 als Ladenleiter in einem Fischeinzelhandelsgeschäft der Beklagten beschäftigt. Nach einer Einarbeitungszeit übernahm er auch den täglichen Wareneinkauf für die Beklagte und deren Einzelhandelsgeschäfte auf dem Hamburger Fischmarkt. Sein Gehalt betrug zunächst 2.400,-- DM, ab 1. Juli 1976 2.600,-- DM brutto. Das Einzelhandelsgeschäft der Beklagten, in dem der Kläger als Ladenleiter tätig war, war montags bis freitags von 9.00 bis 18.30 Uhr, samstags von 9.00 bis 14.00 Uhr und an verkaufsoffenen Samstagen bis 18.00 Uhr geöffnet. In einer Bescheinigung, die zur Vorlage beim Finanzamt bestimmt war, hat die Beklagte dem Kläger eine tägliche Arbeitszeit von 8.00 bis 19.30 Uhr innerhalb der Sechstageswoche bescheinigt. Mit dem Januargehalt 1977 hat die Beklagte dem Kläger für im Dezember 1976 geleistete Überstunden 285,70 DM überwiesen. Weitere Überstunden wurden nicht vergütet. In dem auf einem vordruckten Formular erstellten Arbeitsvertrag war, soweit für die Revision interessierend, bestimmt:

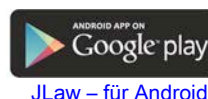
"§ 9 Mehrarbeit

Ansprüche aus der Leistung von Mehrarbeit bestehen nur, wenn die Mehrarbeit von der Geschäftsleitung angeordnet oder nachträglich genehmigt worden ist.

Über Beginn und Ende der Mehrarbeit hat der Arbeitnehmer tägliche Aufzeichnung zu machen und diese spätestens am Tage nach der Leistung von Mehrarbeit vom Arbeitgeber oder von dessen Beauftragten gegenzeichnen zu lassen.

§ 17 Tarifverträge und Betriebsordnung

Bestandteil dieses Anstellungsvertrages sind die Tarifverträge, die zwischen dem Gesamtverband des Hamburger Einzelhandels und den Gewerkschaften abgeschlossen sind, in der jeweils gültigen Fassung sowie eine etwa vorhandene Betriebsordnung. Von den Tarifvertragsparteien gekündigte Tarifverträge sind bis zum Inkrafttreten eines neuen Tarifvertrages Bestandteil dieses Anstellungsvertrages. Der Arbeitnehmer erklärt, daß ihm diese Vereinbarungen bekannt sind.



§ 20 Sonstige Vereinbarungen

Es gelten weiter folgende Vereinbarungen:

Die Arbeitszeit richtet sich nach AZO § 5
und nach den betrieblichen Erfordernissen."

Als die Parteien das Arbeitsverhältnis eingingen, galt der für allgemeinverbindlich erklärte Manteltarifvertrag für den Hamburger Einzelhandel vom 23. November 1973, in kraft seit dem 1. Januar 1974. Dieser Manteltarifvertrag war von den Tarifvertragsparteien zum 31. Mai 1975 gekündigt worden. In dem MTV ist, soweit hier von Interesse, unter §§ 20 und 22 bestimmt:

"§ 20 Verwirkung von Ansprüchen

1. Ansprüche aus bestehenden Arbeitsverhältnissen müssen innerhalb folgender Ausschlussfristen geltend gemacht werden:

a) Ansprüche auf Bezahlung von Mehrarbeits-, Nachtarbeits-, Sonntags- und Feiertagsstunden spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit,

b)

c)

2. Bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses können alle aus dem Arbeitsverhältnis entstandenen Ansprüche nur innerhalb von zwei Monaten nach der Auflösung und rückwirkend nur für die in Abs. 1 genannten Ausschlussfristen geltend gemacht werden.

3. Die Ansprüche aus den Ziffern 1a), 1b) und 2 sind schriftlich anzumelden.

4. Ansprüche, die nach Ablauf dieser Fristen erhoben werden, gelten als verwirkt, wenn § 22 Ziff. 6 erfüllt ist oder die geltenden Tarife dem Arbeitnehmer bekannt waren.

5.

§ 22 Schlußbestimmungen

....

6. Jedem Arbeitnehmer ist eine Ausfertigung der Tarifverträge auszuhändigen oder in geeigneter Weise im Betrieb zugänglich zu machen."

Eine Ausfertigung der Tarifverträge ist dem Kläger nicht ausgehändigt worden. Ob die Tarifverträge in geeigneter Weise im Betrieb zugänglich gemacht worden sind, ist zwischen den Parteien streitig.



- 4 -

Mit seiner am 24. Februar 1977 eingereichten Klage hat der Kläger sich zunächst gegen die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung gewandt. Mit Schriftsatz vom 29. März 1977, bei Gericht eingegangen am 30. März 1977, hat er erstmals Überstundenvergütung sowie Vergütung für Sonn- und Feiertagsarbeit für insgesamt 1.803,5 Arbeitsstunden geltend gemacht. Bei der Berechnung der Höhe hat er die entsprechenden tariflichen Bestimmungen des Manteltarifvertrags zugrunde gelegt.

Die Kündigungsschutzklage ist durch Teilvergleich vom 22. Juni 1977 erledigt worden. Die Parteien einigten sich, daß das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist aufgrund der Kündigung vom 7. Februar 1977 am 31. März 1977 endete und die Beklagte dem Kläger für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung in Höhe von 2.000,-- DM zahlte.

Der Kläger hat vorgetragen, er habe in erheblichem Umfang für die Beklagte in der Zeit vom 5. April 1976 bis 23. Januar 1977 Überstunden geleistet. In dem Einzelhandelsgeschäft habe er mit Kenntnis der Beklagten von morgens 7.00 Uhr an gearbeitet, montags bis freitags habe die Arbeitszeit bis 19.30 Uhr, samstags bis 16.00 Uhr und an langen Samstagen bis 20.00 Uhr gedauert. Die über die Ladenöffnungszeiten hinausgehenden Zeiten seien zur Vorbereitung und Nachbereitung erforderlich gewesen. Den Fischeinkauf habe er ab 2. Mai 1976 übernommen und hierbei ab 4.50 Uhr, zeitweilig auch früher, den Fischmarkt besucht. Ab Juli 1976 habe er monatlich 3,5 Stunden für Einkäufe in der Metro aufgewandt, und zwar abends nach 20.00 Uhr. Ferner habe er an zahlreichen Sonn- und Feiertagen gearbeitet. Die tarifvertraglichen Ausschlussfristen seien ihm erst im März 1977 durch eine Rückfrage bei der DAG bekannt geworden. In dem Betrieb der Beklagten seien ihm die Tarife nicht in geeigneter Weise zugänglich gemacht worden.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 39.456,17 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 1. April 1977 zu zahlen.

- 5 -



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



Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die behaupteten Überstunden bestritten und die Auffassung vertreten, etwaige Ansprüche seien wegen Nichtwahrung der tariflichen Ausschußfristen verfallen. Die Tarifverträge seien im Betrieb an geeigneter Stelle ausgehängt gewesen. Darüber hinaus seien sie dem Kläger auch bereits bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses bekannt gewesen. Desgleichen habe der Kläger Kenntnis von den Ausschußfristen gehabt.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte durch Teilurteil zur Zahlung von 27.529,23 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 1. April 1977 verurteilt. Die Kostenentscheidung hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe zumindest die Überstunden, zu deren Bezahlung die Beklagte durch das Teilurteil verurteilt worden ist, hinreichend spezifiziert dargelegt. Die Überstunden seien im einzelnen nach Zeit und Stunden angegeben. Demgegenüber reiche das pauschale Bestreiten der Beklagten nicht aus. Die Beklagte hätte zumindest angeben müssen, an welchen Tagen der Kläger die normal anfallenden Überstunden nicht erbracht und an welchen Sonn- und Feiertagen er nicht gearbeitet habe. Es sei davon auszugehen, daß der Kläger zumindest ab morgens 6.00 Uhr auf dem Fischmarkt seine Arbeit aufgenommen habe. Die Vor- und Nachbereitungszeit für das Ladengeschäft sei von der Beklagten nicht bestritten. Die Überstunden seien stillschweigend angeordnet und deren Umfang sei der Beklagten auch bekannt gewesen.



II.1. Insoweit ist das Urteil nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht ist mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon ausgegangen, daß der Arbeitnehmer im Rechtsstreit um Bezahlung von Mehrarbeit und Überstunden seine Arbeitszeiten im einzelnen nach Tag und Stunde darzulegen hat (BAG AP Nr. 7 zu § 253 ZPO). Damit ist der Gegenseite die Möglichkeit gegeben, sich zu den behaupteten Arbeitszeiten substantiiert gemäß § 138 Abs. 1 ZPO zu äußern. Das Bestreiten der Beklagten reicht hierzu nicht aus. Die Ladenöffnungszeiten stehen fest. Desgleichen ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die mit Verfahrensrügen nicht angegriffen sind, davon auszugehen, daß der Kläger bevor der Laden geöffnet und nachdem er geschlossen war noch die angesetzten Zeiten zur Vorbereitung und Nachbereitung der Waren aufwenden mußte. Weiterhin ist festgestellt, daß der Kläger zumindest ab 6.00 Uhr morgens auf dem Fischmarkt die Einkäufe für alle Ladengeschäfte der Beklagten tätigte. Das Berufungsgericht hat diese Darlegungen zu Recht als genügend substantiiert angesehen. Dafür, daß die Ladenöffnungszeiten und die Vorbereitungs- und Abschlußarbeiten sich im Laufe des Arbeitsverhältnisses allgemein oder an einzelnen Tagen geändert haben, ist nichts vorgetragen. Soweit dies geschehen ist, z. B. für die Weihnachtstage 1976, ist eine Vergütung erfolgt, und diese Überstunden stehen nicht im Streit.

2. Der Kläger hat zwar weder Überstundenaufstellungen gefertigt noch solche abzeichnen lassen. Insoweit rügt die Revision eine Verletzung des § 4 Abs. 1 MTV und des § 9 des Arbeitsvertrags. In § 4 Abs. 1 MTV ist bestimmt, daß Mehrarbeitsstunden alle Stunden sind, die über die nach § 3 Ziff. 1 bis 3 geltende Arbeitszeit hinausgehen, sofern sie angeordnet oder nachträglich genehmigt worden sind. Zu Recht ist das Berufungsgericht aber davon ausgegangen, daß die Beklagte auch ohne ausdrückliche Anordnung oder nachträgliche Genehmigung Überstunden bezahlen muß, wenn sie sich stillschweigend mit der ihr bekannten Überstundenleistung einverstanden erklärt hat. Dies gilt sowohl dann, wenn Überstunden über die normale Arbeitszeit hinaus in Betracht kommen (Überarbeit), wie auch dann, wenn es sich, wie vorliegend, um die gesetzliche Arbeits-



zeit überschreitende Arbeit (Mehrarbeit) handelt (BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB Verwirkung). Denn die tarifliche Regelung dient lediglich Beweis Zwecken. Auf diesen Schutzzweck, nämlich unverhofften Vergütungsansprüchen ausgesetzt zu sein, kann der Arbeitgeber sich dann nicht berufen, wenn ihm die Leistung der Überstunden bekannt ist und er hiergegen nicht einschreitet. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Kläger mit Kenntnis seiner Vorgesetzten regelmäßig Mehrarbeit abgeleistet hat, was sich auch aus der Bescheinigung gegenüber dem Finanzamt ergibt.

3. Der Vergütungsanspruch ist auch nicht nach § 9 des Anstellungsvertrages ausgeschlossen. Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen sogenannten typischen Vertrag, der der vollen Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt. Typisch ist der Arbeitsvertrag, weil er auf dem vom Gesamtverband des Hamburger Einzelhandelsverbandes e. V. entworfenen Formular erstellt worden ist, das für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen bestimmt ist (BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Rundfunk; BAG, Urteil vom 20. August 1980 - 5 AZR 759/78 - [demnächst] AP Nr. 3 zu § 9 LohnFG). In § 9 Abs. 1 des Arbeitsvertrages ist der Wortlaut des § 4 Abs. 1 MTV sinngemäß wiederholt. Danach ist der Arbeitnehmer verpflichtet, täglich Aufzeichnungen über Beginn und Ende der Mehrarbeit zu machen und sie am Tage nach der Mehrarbeitsleistung vom Arbeitgeber abzeichnen zu lassen. Auch diese Handhabung dient der sofortigen Kontrolle der Mehrarbeit durch den Arbeitgeber. Wenn dieser jedoch, wie vorliegend, von der geleisteten Mehrarbeit weiß und sie über einen langen Zeitraum hinnimmt, so kann er sich den Vergütungsansprüchen für die zusätzliche Arbeitszeit nicht entziehen, indem er sich auf die fehlenden Auflistungen beruft.

III.1. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, die Ansprüche auf Mehrarbeitsvergütung seien nicht nach §§ 20, 22 MTV verwirkt. Das Arbeitsgericht habe die Behauptung der Beklagten, sie habe den MTV ihren Mitarbeitern im Betrieb in geeigneter Weise zugänglich gemacht und den Kläger darauf hingewiesen, nicht als bewiesen angesehen. Diese Beweiswürdigung sei nicht zu beanstanden. Die Beklagte habe auch in der Berufungsinstanz nicht

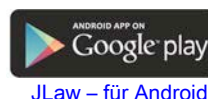


vorgetragen, wann das Handbuch für den Einzelhandel, in dem die Tarifverträge abgedruckt sind, im Betrieb der Beklagten ausgehängt oder sonst zugänglich war. Der Vortrag der Beklagten in der Berufungsschrift über die Gespräche mit dem Sachbearbeiter des Ordnungsamtes, an denen der Kläger teilgenommen haben soll und aufgrund deren das Handbuch ausgelegt worden sei, sei als verspätet zurückzuweisen. Im übrigen hätte auch das Auslegen des Handbuches nicht ausgereicht, um den Mitarbeitern die Tarifverträge zugänglich zu machen. Denn nach Aufmachung und Umfang des Handbuches hätten die Mitarbeiter nicht zu vermuten brauchen, daß sich darin die Tarifvorschriften befanden.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern. Es ist nicht auszuschließen, daß etwaige Ansprüche des Klägers verwirkt sind.

a) Da der Kläger lediglich Ansprüche geltend macht, die in der Zeit vor dem 23. Januar 1977 entstanden sind, könnten diese nach § 20 Abs. 4, § 22 Abs. 6 MTV verwirkt sein, wenn dem Kläger die geltenden Tarife bekannt waren oder wenn ihm eine Ausfertigung der Tarifverträge ausgehändigt worden ist oder wenn die Tarife in geeigneter Weise im Betrieb zugänglich gemacht worden waren. Daß dem Kläger die Tarife bekannt waren oder daß sie ihm ausgehändigt worden sind, ist nicht festgestellt. Streitig ist jedoch, ob sie ihm in geeigneter Weise im Betrieb zugänglich gemacht worden sind. Der Zeuge Sch hat hierzu bekundet, das Handbuch für den Norddeutschen Lebensmittel-einzelhandel, das den Tarifvertrag im Wortlaut enthält, habe im Betrieb der Beklagten neben dem Telefon im Hinterraum des Geschäftslokals seit etwa zwei Monaten nach der Geschäftseröffnung ausgehängt. Dies sei geschehen aufgrund eines Hinweises des Gewerbeaufsichtsamtes. Diese Ausführungen hat das Berufungsgericht als nicht glaubhaft angesehen.

b) Die Revision greift die Feststellung, der Tarifvertrag sei dem Kläger nicht in geeigneter Weise zugänglich gemacht worden, mit der Rüge an, der Zeuge K sei nicht zu den in sein Wissen gestellten Fragen vernommen worden (§ 286 ZPO).



Das Gericht habe in unzulässiger Weise dieses Vorbringen als verspätet gemäß § 528 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Auch ohne die fehlende nähere Anschrift hätte dieser Zeuge unter der Anschrift des Ordnungsamtes Hamburg-Poppenbüttel geladen werden können. Dieser Zeuge hätte bekunden können, daß er dem Zeugen Sch bestätigt hat, der Aushangverpflichtung für das einzeln nicht vorhandene Mutterschutzgesetz könne durch den Aushang des Handbuchs für den Einzelhandel entsprochen werden. In diesem Falle wäre das Berufungsgericht gehalten gewesen, zur Sachaufklärung mit diesem Zeugen alle weiteren Zeugen erneut zu laden. Hierin sind statthafte Verfahrensrügen der Verletzung der §§ 139, 286, 398 ZPO zu sehen. Diese Rügen greifen durch.

aa) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Beweisantritt als verspätet zurückgewiesen. Der Beweis ist in der Berufungsbegründung angetreten. Der Zeuge hätte zur ersten mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren auch ordnungsgemäß geladen werden können. Zwar war der Zeugenbeweis nicht entsprechend § 373 ZPO mit genauer ladungsfähiger Anschrift angegeben. Eine Ladung unter dem Namen des Zeugen an das Ordnungsamt Hamburg-Poppenbüttel hätte den Empfänger jedoch genau genug bezeichnet, um eine ordnungsgemäße Ladung zu gewährleisten. Wenn dem Berufungsgericht das nicht genügte, hätte es eine entsprechende Auflage machen müssen (BAG AP Nr. 1 zu § 373 ZPO).

bb) Die Vernehmung des Zeugen K war entscheidungserheblich. Falls er die in sein Wissen gestellten Tatsachen bestätigt hätte, könnte die Aussage des Zeugen Sch anders zu würdigen sein. Denn auch die Zeuginnen B und C haben ausgesagt, daß das Mutterschutzgesetz bzw. "etwas über Schwangerschaft" ausgehängt war. Unstreitig waren aber das Mutterschutzgesetz wie der Tarifvertrag in dem Handbuch abgedruckt. Bei dem Gespräch über das Handbuch und seinen Inhalt soll der Kläger zugegen gewesen sein. Sollte sich dies bestätigen, so war der Tarifvertrag hinreichend zugänglich gemacht im Sinne des § 22 Ziff. 6 MTV. Denn dann kann der Kläger sich auch nicht darauf berufen, ihm habe nicht bekannt sein können, daß das Tarifwerk sich in dem



Handbuch des Einzelhandels befindet.

c) Das Berufungsgericht wird den unterlassenen Beweis nachzuholen haben; ob es erforderlich ist, auch den Zeugen Sch und ggf. die anderen zu dem Aushang des Handbuchs vernommenen Zeugen noch einmal zu hören, muß der Tatrichter beurteilen. Es wird aber auch aufzuklären sein, ob das Handbuch des Einzelhandels in der Zeit für den Kläger zugänglich war, für die die Ausschlußfrist eingreift. Je nach Ausgang der Beweisaufnahme wird das Berufungsgericht weiter zu prüfen haben, ob nicht die Beklagte ausnahmsweise rechtsmißbräuchlich handelt, wenn sie sich auf die Verfallfrist beruft. Daran ist deshalb und insoweit zu denken, wie die Beklagte bestimmte Kenntnis von dem Umfang der vom Kläger erwarteten und erbrachten Arbeitszeit hatte.

gez: Dr. Thomas Dr. Heither Michels-Holl
Dr. Krems Schumacher



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

