

Aktenzeichen: 9 AZR 307/00  
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 18. September 2001  
- 9 AZR 307/00 -

I. Arbeitsgericht  
Nürnberg

Teilurteil vom 17. Februar 1999  
- 4 Ca 8464/98 -

II. Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

Urteil vom 28. März 2000  
- 7 Sa 713/99 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein  
Für die Fachpresse: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Überstundenvergütung - Ersetzungsbefugnis - Vergütungshöhe im An-  
nahmeverzug

Gesetze:

BGB §§ 133, 147, 151, 611, 612, 615; ZPO § 287

Leitsatz:

Ein bereits entstandener Anspruch auf Überstundenvergütung kann nicht durch einseitige Freistellung von der Arbeit erfüllt werden, wenn keine Ersetzungsbefugnis vereinbart ist.

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 307/00  
7 Sa 713/99  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
18. September 2001

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. September 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die ehrenamtlichen Richter Dr. Gaber und Otto für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 28. März 2000 - 7 Sa 713/99 - im

Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als es die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 17. Februar 1999 - 4 Ca 8464/98 - in einer den Betrag von 935,16 DM brutto nebst Zinsen (Vergütungsfortzahlung 1. bis 5. Juli 1998) übersteigenden Höhe zurückgewiesen hat.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 39.592,36 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus 5.739,52 DM brutto seit 1. Juli 1998, aus 4.862,84 DM seit 1. August 1998, aus 5.798,00 DM seit 10. September 1998, aus 5.798,00 DM seit 1. Oktober 1998, aus 5.798,00 DM seit 1. November 1998, aus 5.798,00 DM seit 1. Dezember 1998 und aus 5.798,00 DM seit 1. Januar 1999 zu zahlen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Berufung und der Revision hat der Kläger 1/40 und die Beklagte 39/40 zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### Tatbestand

Die Parteien streiten über Ansprüche des Klägers aus Überstundenvergütung und über die Höhe des Entgelts für die Zeit seiner Nichtbeschäftigung.

Der Kläger war vom 1. Juli 1969 bis zum 31. Dezember 1998 Arbeitnehmer der Beklagten, seit Januar 1971 als Verkaufsleiter. In § 3 des Arbeitsvertrages heißt es:

„Als Vergütung für seine Tätigkeit erhält Herr G. ein monatliches Bruttogehalt von ... DM. Außerdem werden alle geleisteten Überstunden vergütet.“

Seit 1990 erbrachte der Kläger im Monatsdurchschnitt mehr als 100 Überstunden. Die Beklagte zahlte für jede Überstunde zusätzlich zum Entgelt einen Zuschlag von 25 %. Im Juni 1998 leistete der Kläger 123,75 Überstunden.

Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis Ende Juni 1998 zum 31. Dezember 1998. Am 6. Juli 1998 stellte ihn die Beklagte unter Fortzahlung der Vergütung von der

Arbeit frei und ordnete das Abfeiern der im Juni angefallenen Überstunden an. Der Kläger verließ daraufhin widerspruchslos den Betrieb. Die Beklagte zahlte für die Monate Juli bis Dezember 1998 das monatliche Grundgehalt ohne Berücksichtigung von Überstunden.

Mit der am 10. November 1998 erhobenen Klage hat der Kläger ua. Vergütung für die im Juni 1998 geleisteten Überstunden (einschließlich Zuschlages) iHv. 7.175,02 DM brutto und für die Monate Juli bis Dezember 1998 monatlich 5.798,00 DM brutto für jeweils 100 Überstunden verlangt. Er hat geltend gemacht, bei Annahme seiner Arbeit wären diese Überstunden wie in der Vergangenheit angefallen.

Der Kläger hat, soweit noch von Interesse, zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 30.367,02 DM brutto nebst 9,25 % Zinsen aus 7.175,02 DM seit 1. Juli 1998, aus 5.798,00 DM seit 1. August 1998, aus 5.798,00 DM seit 10. September 1998, aus 5.798,00 DM seit 1. Oktober 1998 und aus 5.798,00 DM seit 1. November 1998 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 11.596,00 DM brutto nebst 9,25 % Zinsen aus 5.798,00 DM seit 1. Dezember 1998 und aus 5.798,00 DM seit 1. Januar 1999

zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Teilurteil abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von 1.435,50 DM nebst Zinsen verurteilt, weil die Beklagte dem Kläger die Zahlung des Überstundenzuschlags für die im Juni 1998 geleisteten Überstunden schulde. Im übrigen hat das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die von den Vorinstanzen abgewiesenen Ansprüche mit Ausnahme der den Zinssatz von 4 % übersteigenden Forderung weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision ist im wesentlichen begründet. Dem Kläger stehen weitere 39.592,36 DM Arbeitsentgelt zu.

I. Die Beklagte schuldet dem Kläger 5.739,52 DM (brutto) als Vergütung für die im Juni 1998 geleisteten Überstunden.

1. Das Landesarbeitsgericht hat in seiner Hauptbegründung die Auffassung vertreten, der Anspruch des Klägers auf Vergütung der im Juni 1998 geleisteten Überstunden sei erloschen. Durch ihre Erklärung vom 6. Juli 1998 habe die Beklagte dem Kläger angeboten, ihn für die ersten nach dem 6. Juli 1998 liegenden 123,75 Stunden von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung zu befreien. Dieses Angebot habe der Kläger angenommen, indem er der Arbeit widerspruchslos ferngeblieben sei. Hilfsweise hat das Landesarbeitsgericht eine Verwirkung des Anspruchs angenommen. Die Beklagte sei zwar durch die dann als einseitig anzusehende Freistellungsanordnung in Annahmeverzug geraten. Die Verweigerung des Einverständnisses sei aber als treuwidrig zu beurteilen. Vom Kläger habe nämlich erwartet werden müssen, daß er Schaden vom Arbeitgeber abwende. Dazu gehöre auch die Vermeidung von Ansprüchen aus Annahmeverzug. Jedenfalls sei es ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs iSd. § 615 Satz 2 BGB, wenn der Kläger sich geweigert habe, die Überstunden abzufeiern.

2. Weder der Haupt- noch der Hilfsbegründung des Landesarbeitsgerichts kann zugestimmt werden.

a) Grundlage des Anspruchs ist § 611 BGB iVm. § 3 des Arbeitsvertrages. Danach sind „alle geleisteten Überstunden“ zu vergüten. Der Kläger hat im Juni 1998 unstreitig 123,75 Überstunden geleistet. Die Höhe der Vergütung - ohne die bereits vom Landesarbeitsgericht zugesprochenen Überstundenzuschläge - beträgt ebenso unstreitig 5.739,52 DM brutto.

Wenn § 3 Satz 2 des Arbeitsvertrages lediglich die Klarstellung enthält, daß Überstunden nicht mit dem Grundgehalt abgegolten sind, folgt der Anspruch des Klägers aus §§ 612, 611 BGB. Die Leistung von Überstunden durch den Kläger war nur gegen Vergütung zu erwarten (§ 612 Abs. 1 BGB). Der Kläger verlangt nicht mehr als die seit Jahren übliche Vergütung (§ 612 Abs. 2 BGB).

b) Der Anspruch ist nicht erloschen. Die Beklagte hat den Kläger von der Arbeitsleistung freigestellt. Damit hat sie nicht „die geschuldete Leistung“ (§ 362 Abs. 1 BGB) erbracht. Geschuldet ist Vergütung, nicht Freistellung von der Arbeit. Zwar kann vertraglich die Abgeltung von Überstunden durch Arbeitsbefreiung vereinbart werden

(Senat 23. Januar 2001 - 9 AZR 26/00 - AP BGB § 615 Nr. 93 = EzA BGB § 615 Nr. 101). Eine solche Vereinbarung enthielt der Arbeitsvertrag aber nicht.

c) Der Beklagten war keine Ersetzungsbefugnis eingeräumt, von der sie einseitig hätte Gebrauch machen können.

Ist eine Ersetzungsbefugnis nicht gesetzlich (vgl. § 249 Satz 2 BGB) vorgesehen, muß sie tarifvertraglich oder einzelvertraglich vereinbart werden. Die Vertragsparteien sind frei, dem Schuldner eine Ersetzungsbefugnis einzuräumen (*zur Ersetzungsbefugnis vgl. BAG 17. Januar 1995 - 3 AZR 399/94 - BAGE 79, 104*). Kommt keine Vereinbarung zustande, kann der Arbeitgeber einen bereits entstandenen Anspruch auf Vergütung für geleistete Überstunden nicht einseitig durch Anordnung des Arbeitgebers durch Freistellung von der Arbeit erfüllen (*BAG 14. Oktober 1997 - 7 AZR 562/96 - nv.; 17. Januar 1995 - 3 AZR 399/94 - aaO*).

Eine tarifvertragliche oder einzelvertragliche Ersetzungsbefugnis liegt nicht vor. Die Parteien haben auch am 6. Juli 1998 keine Ersetzungsbefugnis vereinbart.

aa) Die Beklagte hat dem Kläger durch die einseitige Anordnung vom 6. Juli 1998 kein Vertragsangebot unterbreitet. Der rechtlich maßgebliche Inhalt einer Willenserklärung beurteilt sich danach, was der Erklärungsempfänger bei verständiger Sicht als gewollt erkennen und in welchem Sinn er das Erkannte verstehen muß (*BGH 13. Februar 1989 - II ZR 179/88 - NJW RR 1989, 931*). Der Kläger hatte keinen Anlaß, den als Anordnung formulierten Erklärungen der Beklagten zu entnehmen, die Beklagte wolle ihm als Vertragspartner ein Angebot unterbreiten. Wer einen Vertrag schließen will, ordnet nicht an, sondern bietet an.

bb) Im übrigen hat der Kläger ein etwaiges Angebot der Beklagten nicht angenommen.

Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe durch widerspruchsloses Fernbleiben von der Arbeit das Angebot der Beklagten angenommen, betrifft eine nicht typische Willenserklärung. Sie ist im Revisionsverfahren nur dahingehend überprüfbar, ob eine gebotene Auslegung vorgenommen worden ist, ob die Rechtsvorschriften über die Auslegung von Willenserklärungen richtig angewandt worden sind, ob dabei gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder ob wesentlicher Auslegungstoff nicht herangezogen worden ist (*BAG 25. Februar 1998 - 2 AZR 279/97 - BAGE 88, 131*). Dabei ist auch die Vorfrage, ob ein Verhalten als

Willenserklärung angesehen werden kann, nach den Auslegungsmaßstäben der §§ 133, 157 BGB zu beurteilen (*BAG 2. März 1973 - 3 AZR 325/72 - AP BGB § 133 Nr. 36 = EzA BGB § 133 Nr. 7; 19. August 1982 - 2 AZR 116/81 - BAGE 39, 306; Senat 9. November 1999 - 9 AZR 922/98 - nv.; Stein/Jonas/Grunsky ZPO 21. Aufl. §§ 549, 550 Rn. 35*).

Diesem revisionsrechtlich eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht stand.

Das Landesarbeitsgericht hat die Vorschriften der §§ 147, 151 BGB sowie wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen.

In § 147 Abs. 1 BGB ist geregelt, daß die Annahme eines Vertragsangebotes erklärt werden muß. Als Ausnahme von diesem Grundsatz sieht § 151 Satz 1 BGB vor, daß die Annahme dann entbehrlich ist, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Daraus ergibt sich, daß bloßes Schweigen idR nicht als Willenserklärung zu werten ist. Anders liegt es dann, wenn der Erklärungsgegner aufgrund besonderer Umstände das Schweigen als rechtsgeschäftliche Erklärung verstehen durfte und der Erklärende dies bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und durch Widerspruch vermeiden können (*BGH 7. Juni 1984 - IX ZR 66/83 - BGHZ 91, 324; BAG 4. September 1985 - 7 AZR 262/83 - BAGE 49, 290*). Vor allem, wenn dem Arbeitnehmer eine Verschlechterung seiner Rechtsposition angeboten wird, ist sein Schweigen nicht ohne weiteres als Zustimmung zu werten (*BAG 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38*).

Das Landesarbeitsgericht hat nicht näher begründet, warum das Schweigen des Klägers ausnahmsweise als Willenserklärung verstanden werden muß. Dazu hätte jedoch Anlaß bestanden. Denn der Kläger hätte durch die Annahme des Angebots der Beklagten auf einen fälligen Zahlungsanspruch von mehr als 5.000,00 DM verzichtet.

Soweit das Landesarbeitsgericht sich darauf gestützt hat, der Kläger sei nach dem 6. Juli 1998 der Arbeit ferngeblieben, kann daraus nichts anderes folgen. Das Angebot der Beklagten erfolgte unter Anwesenden. Es konnte gem. § 147 Satz 1 BGB nur sofort angenommen werden.

Das Landesarbeitsgericht hat auch wesentlichen Auslegungstoff unbeachtet gelassen. Es hat ua. die Interessenlage der Beklagten - vor allem hinsichtlich der zeitli-

chen Lage der angeordneten Freistellung - dargestellt und ausgeführt, die Beklagte habe annehmen dürfen, der Kläger erkenne diese Lage nicht und akzeptiere sie, wenn er nicht widerspreche. Das Landesarbeitsgericht hat nicht beachtet, daß der Arbeitnehmer, der von seinem Arbeitgeber durch einseitige Anordnung des Betriebes verwiesen wird, zunächst keine andere Möglichkeit hat als die, den Betrieb zu verlassen. Der Arbeitgeber ist Inhaber des Hausrechts. Der Arbeitnehmer liefe Gefahr, in einen handgreiflichen Konflikt zu geraten, würde er eine solche Anweisung nicht befolgen. Das mußte es für die Beklagte ausschließen, in der Befolgung ihrer Anordnung mehr zu sehen als ein rein tatsächliches Verhalten. Das Landesarbeitsgericht hat daneben außer Acht gelassen, daß die Beklagte ihr „Angebot“ auch nicht ansatzweise als solches formuliert hat. Sie hat im Gegenteil, indem sie nicht etwa eine Bitte, Frage oä. formulierte, zum Ausdruck gebracht, daß sie es als ihr Recht ansah, die Vergütungspflicht einseitig in Freizeit umzuwandeln. Wer in dieser Weise dem Vertragspartner begegnet, kann nicht anschließend geltend machen, dieser habe widersprechen müssen, um einen Vertragsschluß zu vermeiden.

cc) Die Würdigung des Senats, daß der Kläger durch das wortlose Verlassen des Betriebs keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgab, steht nicht in Widerspruch zum Urteil des Vierten Senats vom 1. August 2001 (- 4 AZR 129/00 - zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). In dem vom Vierten Senat entschiedenen Fall hatte der Arbeitnehmer auf ein Änderungsangebot des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis zu den geänderten Bedingungen über zwei Jahrzehnte fortgesetzt und sich später selbst auf die ihn begünstigende Vertragsänderung berufen. Damit ist der Fall des Klägers nicht vergleichbar.

d) Dem Anspruch des Klägers stehen keine Gegenrechte der Beklagten entgegen.

aa) Wenn das Landesarbeitsgericht ausführt, der Kläger könne seinen Anspruch nicht auf § 615 BGB stützen, weil er ein von der Beklagten unterbreitetes Suspendierungsangebot aus Gründen der Treuepflicht habe annehmen müssen, so kann dem schon deshalb nicht gefolgt werden, weil Grundlage des Anspruchs nicht § 615 Satz 1 BGB, sondern § 611 BGB iVm. § 3 des Arbeitsvertrages ist. Es handelt sich um einen fälligen Anspruch auf Vergütung für geleistete Arbeit.

bb) Aus denselben Gründen scheidet auch die vom Landesarbeitsgericht angenommene Anwendung des § 615 Satz 2 BGB aus.



cc) Zwar kann die Geltendmachung von Vergütungsansprüchen ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht (§ 242 BGB) ausgeschlossen sein (vgl. BAG 18. Dezember 1964 - 5 AZR 262/64 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 51; 15. März 2000 - 10 AZR 745/98 - nv.). Gründe, die eine Treuwidrigkeit der Anspruchsverfolgung durch den Kläger bilden könnten, bestehen hier aber nicht.

Auch wenn der Kläger in herausgehobener Stellung bei der Beklagten tätig war und das Arbeitsverhältnis selbst gekündigt hat, begründet das entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts keine gesteigerte Pflicht zur Rücksichtnahme. Keinesfalls ist der Arbeitnehmer zum Vergütungsverzicht verpflichtet, weil er selbst kündigt.

Ebensowenig läßt sich ein Treueverstoß des Klägers damit begründen, daß er nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Konkurrenz wechseln wollte. Ein Arbeitnehmer ist berechtigt, nach dem Ende seines Arbeitsverhältnisses in Wettbewerb zu seinem bisherigen Arbeitgeber zu treten (Senat 19. Mai 1998 - 9 AZR 394/97 - AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 11 = EzA HGB § 74 Nr. 61). Besteht ein den §§ 74 ff. HGB entsprechendes Wettbewerbsverbot, so kann der Arbeitgeber die ihm daraus zustehenden Rechte ausüben. Zu darüber hinausgehender Rücksichtnahme ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet (vgl. § 74 Abs. 2 HGB).

II. Der Kläger hat weiterhin Anspruch auf Zahlung von 33.852,84 DM für die Überstunden, die er infolge des Annahmeverzugs der Beklagten vom 6. Juli 1998 bis zum 31. Dezember 1998 nicht leisten konnte.

1. Der Anspruch ergibt sich aus § 611 BGB iVm. § 3 des Arbeitsvertrages und §§ 615 Satz 1 BGB, 293 ff. BGB. Danach hat der Arbeitgeber für die in Folge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung zu zahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste im Verzug ist.

a) Die Beklagte geriet in Annahmeverzug, als sie am 6. Juli 1998 erklärte, die weitere Annahme der Arbeitsleistung des Klägers abzulehnen. Eines Angebots des Klägers bedurfte es nicht (§ 296 BGB); es wäre vielmehr Sache der Beklagten gewesen, den Kläger zur Arbeit aufzufordern (vgl. Senat 18. Januar 2000 - 9 AZR 932/98 - BAGE 93, 179).

b) Zur Ablehnung des Vergütungsanspruchs hat das Landesarbeitsgericht weiter ausgeführt: Nach dem für § 615 BGB geltenden Lohnausfallprinzip könne der Kläger

keinen Erfolg haben, weil die Beklagte sich ihm gegenüber nicht vertraglich verpflichtet habe, monatlich mindestens 100 Überstunden anzuordnen. Daß die Beklagte den Kläger in der Zeit nach dem 6. Juli 1998 nur im Rahmen der Regelarbeitszeit beschäftigt hätte, sei schon daran zu erkennen, daß sie ihn aufgrund der gegebenen Interessenlage (Eigenkündigung, Wechsel zur Konkurrenz) vollständig freigestellt habe.

c) Dem stimmt der Senat nur im Ausgangspunkt zu.

aa) Das im Annahmeverzug fortzuzahlende Entgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip zu bemessen. Zu zahlen ist die Vergütung, die der Dienstpflichtige bei Weiterarbeit erzielt hätte (*BAG 24. Oktober 1991 - 2 AZR 210/91 - nv., zu II 5 a der Gründe; 25. Juni 1981 - 6 AZR 524/78 - nv., zu IV 1 der Gründe*). Mangelt es bei schwankender Vergütung an Vereinbarungen oder anderen festen Anhaltspunkten für die Frage des mutmaßlich erzielten Entgeltes, ist gem. § 287 Abs. 2 ZPO zu schätzen. Dabei kann die vom Arbeitnehmer bis zum Eintritt des Annahmeverzugs erzielte Vergütung einen Anhaltspunkt liefern (*BAG 25. Juni 1981 - 6 AZR 524/78 - nv.; Senat 11. August 1998 - 9 AZR 410/97 - nv.; Sächs. LAG 13. Januar 1999 - 2 Sa 742/98 - LAGE § 4 EntgeltfortzG Nr. 4; Erman-Hanau BGB 9. Aufl. § 615 Rn. 34; BGB-RGRK-Matthes BGB 12. Aufl. § 615 Rn. 69 ff.; Winderlich Der Annahmeverzug des Arbeitgebers Europäische Hochschulschriften Bd. 1538 S 155 f.*) Hätte der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit auch Überstunden geleistet, so zählt auch die Überstundenvergütung zur fortzuzahlenden vertraglichen Vergütung (*Matthes aaO; Winderlich aaO*).

bb) Der Ansatz des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte schulde schon deshalb keine Vergütung, weil der Kläger keinen vertraglichen Anspruch auf die Leistung von Überstunden gehabt habe, ist unzutreffend. Auf die Frage, ob ein solcher Anspruch bestand, kommt es nicht an. Entscheidend ist, ob die Überstunden ohne Annahmeverzug tatsächlich geleistet worden wären.

cc) Für die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe durch die Freistellung des Klägers gezeigt, daß kein Bedarf für Überarbeit bestanden habe, fehlen tatsächliche Anhaltspunkte. Feststellungen, daß sich vom 6. Juli 1998 an der Arbeitsbedarf verringert hätte, sind nicht getroffen. Die Beklagte hat auch nicht geltend gemacht, sie habe ab dem 6. Juli 1998 die Tätigkeit eines Verkaufsleiters gar nicht mehr oder in verringertem Umfang gebraucht. Die Freistellung beruhte somit nicht auf Arbeitsmangel. Sie erfolgte nicht, weil die Beklagte den Kläger nicht mehr beschäftigen konnte, sondern weil sie ihn nicht beschäftigen wollte.

dd) Da nach dem Ergebnis der Revisionsverhandlung weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien nicht zu erwarten ist, hat der Senat nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in der Sache zu entscheiden. Aufgrund der Feststellungen der Vorinstanzen ist davon auszugehen, daß der Kläger seit 1990 im Umfang von durchschnittlich deutlich über 100 Stunden je Monat Überstunden geleistet hat. Wirtschaftliche oder organisatorische Entwicklungen, die für einen ab 6. Juli 1998 verringerten Arbeitsbedarf sprechen, sind nicht erkennbar. Somit ist nach § 287 Abs. 2 ZPO die Zahl der Überstunden, die der Kläger in der Zeit bis zum 31. Dezember 1998 geleistet hätte, auf 100 je Monat zu schätzen.

d) Der Anspruch des Klägers wird nicht dadurch ausgeschlossen oder eingeschränkt, daß die von ihm in der Vergangenheit geleistete Arbeitszeit und damit auch die während des Annahmeverzugs ausgefallene Arbeitszeit das nach den §§ 3 ff. ArbZG zulässige Maß überschritt.

aa) Es kann dahinstehen, ob der Kläger, wie der Arbeitsvertrag nahelegt, leitender Angestellter iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG 1972 war und somit schon deshalb gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG dem persönlichen Geltungsbereich des Arbeitszeitgesetzes nicht unterfiel.

bb) Für die Berechnung der Vergütung kommt es nicht darauf an, ob die zugrunde liegende Arbeitszeit arbeitszeitrechtlichen Vorschriften widerspricht. In diesem Sinne hatte bereits das Reichsarbeitsgericht (*RAG 9. Juni 1937 - RAG 56/37 - ARS 30, 117*) entschieden; die gleiche Auffassung haben auch das Bundesarbeitsgericht für den insoweit vergleichbaren Fall des § 11 BUrlG (*9. Dezember 1965 - 5 AZR 175/65 - BAGE 18, 12*) und ganz überwiegend auch die Instanzgerichte und das Schrifttum - mit unterschiedlichen Begründungen - vertreten (*vgl. die Nachweise bei: Bove Die Entlohnung unzulässiger Mehrarbeit Diss. Münster 1992 S 27 ff.; für die ebenfalls vergleichbare Berechnung des „Regellohns“: BSG 28. Juni 1990 - 9 b/11 RAr 15/89 - NZA 1991, 116*). Würde der Arbeitgeber im Falle der Leistung unzulässiger Mehrarbeit von der Lohnzahlungspflicht freigestellt, so käme dies einer Herausforderung gleich, die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes zu mißachten. Das liefe dem Sinn des Arbeitszeitgesetzes entgegen.

e) Die Beklagte hat die Berechnung der vom Kläger erhobenen Ansprüche nicht bestritten. Es ist deshalb der vom Kläger geltend gemachte Betrag von 5.798,00 DM für den vollen Monat anzusetzen. Im Juli 1998 bestand ab 6. Juli 1998 Annahmever-

zug. Für die davor liegenden fünf Kalendertage war der geltend gemachte Anspruch des Klägers anteilig um insgesamt 935,16 DM (5.798,00 DM : 31 x 5) zu kürzen. In dieser Höhe war die Klage abzuweisen.

III. Die Zinsansprüche folgen aus § 284 Abs. 2, § 288 Abs. 1 BGB (aF), Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 EGBGB.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 92 ZPO.

Düwell

Reinecke

Schmitz-Scholemann

Dr. Gaber

Otto

