

# Flexible Arbeitszeit

von  
Dr. Claudia M. Hahn

2. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66874 6

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen, von denen die Befristungsabrede abweichen könnte, existieren nicht. Durch die Befristung der Arbeitszeiterhöhung werde die Erreichung des Vertragszweckes nicht gefährdet<sup>1</sup>. Deshalb hatte die Befristungskontrolle lediglich nach § 307 I Nr. 1 BGB nach einer gem. Treu und Glauben unangemessenen Benachteiligung zu erfolgen, die im Ergebnis verneint wurde.

Gleichwohl ist das Instrument der befristeten Erhöhung der Arbeitszeit zur Erreichung eines flexibleren Personaleinsatzes problematisch. Denn die Argumentation aus dem Versorgungsauftrag des Schulträgers, wie er den beiden Entscheidungen vom 27.7.2005<sup>2</sup> und 18.1.2006<sup>3</sup> zugrunde lag, lässt sich so nicht auf die Privatwirtschaft übertragen mit der Folge, dass formularmäßig befristete Arbeitszeiterhöhungen mit § 307 I Nr. 1 BGB grundsätzlich nicht vereinbar sind<sup>4</sup>. 471

Da auf die befristete Erhöhung der Arbeitszeit das TzBfG keine Anwendung findet, gilt auch das Schriftformerfordernis des § 14 IV TzBfG nicht<sup>5</sup>. Trotzdem ist es ratsam, die Vereinbarung schriftlich zu fassen, nicht nur zur Vermeidung von Nachweisschwierigkeiten, sondern auch zur Erfüllung der Nachweispflicht des § 3 NachwG. Will sich der Arbeitnehmer gegen die Wirksamkeit der befristeten Erhöhung der Arbeitszeit wehren, so gilt folglich für ihn auch nicht die Klagfrist des § 17 TzBfG<sup>6</sup>. Streitig ist weiterhin, ob der Grund für die Befristung der Arbeitszeiterhöhung im Vertrag angegeben werden muss. Die Sachgrundbefristung nach § 14 I TzBfG setzt zwar die Angabe des Sachgrundes nicht voraus. Für die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen ergibt sich jedoch aus Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB, ob der Befristungsgrund nicht doch erforderlich ist, weil ansonsten die vertragliche Bestimmung nicht klar und verständlich ist<sup>7</sup>. Die Rechtsprechung lehnt eine Pflicht zur Angabe des Befristungsgrundes ab<sup>8</sup>. Denn aus dem Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB ergebe sich eine solche Verpflichtung nicht. 472

**d) Formulierungsvorschläge.** Auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 7.12.2005<sup>9</sup> könnte eine Bandbreitenregelung im Individualarbeitsvertrag wie folgt lauten: 473

---

<sup>1</sup> BAG Urt. v. 27.7.2005 – 7 AZR 486/04, AP BGB § 307 Nr. 6, NZA 2006, 40 ff. (44), BB 2006, 336, DB 2005, 2696, FA 2005, 322.

<sup>2</sup> BAG Urt. v. 27.7.2005 – 7 AZR 486/04, AP BGB § 307 Befristung einzelner Arbeitsbedingungen I Nr. 6, NZA 2006, 40, BB 2006, 336, DB 2005, 2696.

<sup>3</sup> BAG Urt. v. 18.1.2006 – 7 AZR 191/05, AP BGB § 305 Befristung einzelner Arbeitsbedingungen II Nr. 8.

<sup>4</sup> Junker, AGB-Kontrolle von Arbeitsvertragsklauseln in der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 2007, 1274 ff. (1277).

<sup>5</sup> BAG Urt. v. 18.1.2006 – 7 AZR 191/05, NZA 2007, 351.

<sup>6</sup> BAG Urt. v. 15.12.2011 – 7 AZR 349/10, NZA 2012, 674.

<sup>7</sup> So: ErfK/Preis, §§ 305–310 BGB Rn. 75.

<sup>8</sup> BAG Urt. v. 2.9.2009 – 7 AZR 233/08, NZA 2009, 1253.

<sup>9</sup> BAG Urt. v. 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, DB 2006, 897, NZA 2006, 423.

- 474 „Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt ... Stunden. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, je nach Arbeitsanfall auf Anforderung des Arbeitgebers bis zu ...<sup>1s</sup> Wochenstunden zu arbeiten. Der Arbeitgeber teilt dem Arbeitnehmer spätestens bis Mittwoch jeder Vorwoche die Arbeitszeitdauer für die Folgewoche und die Zeiteinteilung mit. Bezahlt werden die angeordneten Stunden.“<sup>2</sup>
- 475 Bei der Einräumung eines teilweisen Bestimmungsrechts des Arbeitnehmers innerhalb einer Bandbreitenregelung ist folgendes zu bedenken: Werden vielen Arbeitnehmern gleichzeitig diese Leistungsbestimmungsrechte eingeräumt, kann es zu betrieblichen Ablaufschwierigkeiten in denjenigen Konstellationen kommen, in denen die überwiegende Anzahl der Arbeitnehmer die niedrigste oder die höchste Arbeitszeitalternative wählt: Im ersten Fall könnten die zur Verfügung stehenden Arbeitsstunden nicht ausreichen, um die Betriebsnutzungszeiten abzudecken bzw. die anfallende Arbeit zu erledigen. Im letzten Fall könnte der Arbeitgeber mit hohen Lohnkosten und gleichzeitig nicht hinreichenden Arbeitsinhalten für alle belastet sein. Den ersten Fall könnte der Arbeitgeber mit der Einstellung zusätzlicher Arbeitskräfte oder der Anordnung von Mehrarbeit auffangen. In beiden Fällen empfiehlt sich jedoch eine einschränkende Regelung im Individualarbeitsvertrag, wonach der Arbeitgeber die getroffene Wahl des Arbeitnehmers aus betrieblichen Gründen ablehnen kann. Eine Formulierung könnte folgenden Inhalt haben:
- 476 „Der Arbeitnehmer kann die Dauer seiner regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit innerhalb eines Rahmens von ... Stunden und ... Stunden selbst bestimmen. Der Arbeitnehmer beantragt die gewünschte wöchentliche Arbeitszeit beim Arbeitgeber. Der Arbeitgeber kann den Antrag aus betrieblichen Gründen ablehnen. Die Vereinbarung über die gewünschte wöchentliche Arbeitszeit wird für ... Monate geschlossen.“
- 477 Wollen die Arbeitsvertragsparteien ein echtes zweiseitiges Bestimmungsrecht hinsichtlich Dauer und Lage der Arbeitszeit vereinbaren, entsteht eine lose Absprache, auf deren Grundlage befristete Einzelarbeitsverträge abgeschlossen werden sollen:

---

<sup>1</sup> Die Erhöhung der Zahl der Wochenstunden darf nicht mehr als 20% der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit betragen.

<sup>2</sup> *Bauer/Günther*, Heute lang, morgen kurz – Arbeitszeit nach Maß!, DB 2006, 950 ff. (951).

„Die Beschäftigung erfolgt im gegenseitigen Einvernehmen und nach Absprache der Parteien im Bedarfsfalle. Aus dieser Vereinbarung können keine Ansprüche, gleich, für welche Partei, für die Zukunft abgeleitet werden. Der Beschäftigte ist nicht zur weiteren Mitarbeit verpflichtet; der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, den Beschäftigten einzusetzen.“

Die Befristung von Arbeitszeiterhöhungen kann folgendermaßen vereinbart werden: **478**

„In Abänderung des § [...] des Arbeitsvertrags der Parteien, der eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 38 Stunden vorsieht, vereinbaren die Parteien, dass die regelmäßige Arbeitszeit vom [...] bis [...] regelmäßig wöchentlich 42 Stunden beträgt. Ab [...] beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit dann wieder 38 Stunden.“

Es ist ratsam, trotz fehlenden Schriftformerfordernisse eine solche Regelung schriftlich zu fassen und, auch wenn der Sachgrund nicht in dieser Vereinbarung aufgeführt wird oder werden muss, einen solchen zu haben.

## 5. Das Flexibilisierungspotential

Das Flexibilisierungspotenzial dieses Arbeitszeitsystems ist hoch. Denn die Bandbreitenregelung an sich gibt dem Arbeitgeber bereits die Möglichkeit, die Arbeitszeit bedarfsgerecht einzusetzen. Darüber hinaus kann er die Dauer der Arbeitszeit noch um 25% nach oben bzw. 20% nach unten anpassen. **479**

## IV. Die Mehrarbeit

### 1. Beschreibung des Systems

Der Beschäftigte leistet ein „Mehr“ an Arbeit, wenn er über die für sein Arbeitsverhältnis vereinbarte Arbeitszeit hinaus arbeitet<sup>1</sup>. Inwieweit der Arbeitnehmer über die geschuldete Arbeitszeit hinaus tätig wird, lässt sich durch den Vergleich der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit mit derjenigen regelmäßigen Arbeitszeit ermitteln, die von ihm aufgrund Tarifvertrags, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag an einem konkreten Arbeitstag, einer Woche, einem Monat oder einem Jahr zu erbringen ist<sup>2</sup>. Jede Arbeits-

<sup>1</sup> BAG Urt. v. 8.11.1989 – 5 AZR 642/88, DB 1990, 889; BAG Urt. v. 25.7.1996 – 6 AZR 138/94, EzA § 611 BGB Mehrarbeit Nr. 6.

<sup>2</sup> Küttner/Reinecke, Personalbuch, Nr. 411 Überstunden Rn. 1.

zeit, die die aus dem Arbeitsverhältnis geschuldete Arbeitszeit überschreitet, ist dann ein „Mehr“ an Arbeit.

- 481 Dieses „Mehr“ an Arbeitsleistung kann begrifflich aber nur dann anfallen, wenn die Arbeitsvertragsparteien überhaupt eine Regelarbeitszeit vereinbart haben<sup>1</sup>.
- 482 Für dieses „Mehr“ an Arbeit existieren unterschiedliche Bezeichnungen, vor allem werden die Begriffe Mehrarbeit, Überstunden, Überarbeit oder Überschicht benutzt<sup>2</sup>.
- 483 Mit dem Begriff der „Mehrarbeit“ wurden ursprünglich unter der Geltung der Arbeitszeitordnung (AZO)<sup>3</sup> nur diejenigen Arbeitsstunden bezeichnet, die über die gesetzlich zulässige Höchstarbeit hinausgehen, § 15 I AZO<sup>4</sup>. § 15 AZO beinhaltete eine Definition der Mehrarbeitsstunde in Abgrenzung zur Überarbeit, die deshalb von Bedeutung war, weil das Gesetz als Folge der Überschreitung der gesetzlich zulässigen Höchst-arbeitszeit und deshalb nur für Mehrarbeit die Zahlung einer Mehrarbeitsvergütung vorsah, die in einem Zuschlag von 25 % auf die vereinbarte Vergütung bestand. Nach In-Kraft-Treten des ArbZG<sup>5</sup> ist diese Unterscheidung zwischen Mehrarbeit im Sinne des § 15 AZO und „sonstigen“ Überstunden obsolet geworden. Das ArbZG beinhaltet auch keine Definition der Mehrarbeit mehr. Mehrarbeit im Sinne der AZO wäre nach § 3 ArbZG inzwischen verboten, denn außerhalb der Ausnahmen des § 7 ArbZG für tarifvertragliche Regelungen und Regelungen, die aufgrund eines Tarifvertrages zustande kommen, ist eine Überschreitung der gesetzlich zulässigen Höchstarbeit von 8 bzw. 10 Stunden täglich unzulässig. Weil die Zuschlagspflicht, wie sie die AZO vorsah, mit dem ArbZG entfiel, besteht unter der Geltung des ArbZG auch die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Mehrarbeit und Überarbeit nicht mehr.
- 484 Deshalb wird auch die begriffliche Differenzierung zwischen Mehrarbeit und Überarbeit teilweise als obsolet betrachtet<sup>6</sup>. Hinzu kommt, dass auch die gesetzliche Terminologie nicht einheitlich ist. Beispielsweise bezeichnen die §§ 4 Ia S. 1 EFZG und § 11 I BUrIG „Überstunden“, § 21 II JArbSchG, § 8 MuSchG und § 124 SGB IX sprechen von „Mehrarbeit“.
- 485 Andererseits werden in Tarifverträgen die Begriffe Mehrarbeit und Überarbeit nicht synonym benutzt, sondern meinen Unterschiedliches. In

---

<sup>1</sup> Seel, Wirksamkeit von Überstundenregelungen in Formulararbeitsverträgen, DB 2005, 1330.

<sup>2</sup> Preis/Lindemann, II A 90 Rn. 68.

<sup>3</sup> § 15 AZO sah vor, dass ein Zuschlag von 25 % als „Mehrarbeitsvergütung“ auf die Vergütung zusätzlich zu zahlen war, soweit die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit überschritten wurde.

<sup>4</sup> BAG Urt. v. 16.1.1965 – 5 AZR 154/64, AP § 1 AZO Nr. 1.

<sup>5</sup> ArbZG vom 6.6.1994 – BGBl. I S. 1170, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.4.2013, BGBl. I S. 868.

<sup>6</sup> So beispielsweise von Knörzer, Flexible Arbeitszeiten und alternative Beschäftigungsformen in der Personalplanung, 2002, S. 36; teilweise wird sie weiterhin als erforderlich angesehen, so von Linnenkohl/Rauschenberg/Gressierer/Schütz S. 32.

§ 7 VI TVöD<sup>1</sup> ist beispielsweise die Mehrarbeit in Abgrenzung zu den Überstunden gem. § 7 VII TVöD ausdrücklich definiert. § 6 V TVöD zählt die „Überstunden“ und die „Mehrarbeit“ nebeneinander auf, sodass hier Zweierlei gemeint ist. Denn Mehrarbeit sind im Sinne des TVöD diejenigen Arbeitsstunden, die Teilzeitbeschäftigte über die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit hinaus bis zur regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten im Sinne des § 6 I 1 TVöD leisten. Überstunden hingegen sind nur diejenigen Arbeitsstunden, die auf Anordnung des Arbeitgebers geleistet werden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen und nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden.

Deshalb ist es erforderlich, bei jedem Regelwerk festzustellen, ob Überstunden oder Mehrarbeit nur unterschiedlich bezeichnet werden oder tatsächlich auch Unterschiedliches meinen. **486**

Im Folgenden wird einheitlich von Mehrarbeit gesprochen und der Begriff wird hierbei synonym verwandt für Mehrarbeit, Überstunden oder Überschicht. Soweit eine sachliche Unterscheidung tatsächlich im Einzelfall erforderlich ist, weil beispielsweise eine Vertragsgrundlage wie § 6 TVöD eine Differenzierung vornimmt, wird dies ausdrücklich festgestellt. **487**

Ob es sich bei der Mehrarbeit um ein eigenständiges flexibles Arbeitszeitsystem handelt, ist nicht unumstritten<sup>2</sup>. Die ablehnende Auffassung argumentiert, dass es sich bei der Anordnung von Mehrarbeit durch den Arbeitgeber nicht um ein aktiv installiertes „System“ flexibler Arbeitszeitgestaltung handelt, das auch als solches im Betrieb wahrgenommen wird, weil es zunächst verhandelt, dann installiert und schließlich angewendet wird. Die Rechtsgrundlage des Arbeitgebers zur Anordnung der Mehrarbeit stellt in aller Regel bereits der Arbeitsvertrag dar, der die Mehrarbeit nicht als kontinuierliches Instrument zur Gestaltung der Arbeitszeit ansieht, sondern als Ausnahmeinstrument, von dem der Arbeitgeber bei Gelegenheit Gebrauch machen kann. Es kommt also nicht täglich, wie die Gleitzeit etwa, zum Einsatz. Dieser Ausnahmecharakter in Verbindung mit einem daneben regelmäßig bestehenden sonstigen Arbeitszeitsystem, sei es Gleitzeit, Vertrauensarbeitszeit oder ähnliches solle dafür sprechen, in der Mehrarbeit kein eigenständiges flexibles Arbeitszeitsystem zu sehen. **488**

Deshalb stelle die Mehrarbeit kein gesondertes Arbeitszeitsystem dar, sondern sei lediglich eine herkömmliche Methode, das Auf und Ab des betrieblichen Arbeitsvolumens kurzfristig personell abzufangen<sup>3</sup>. **489**

---

<sup>1</sup> Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst vom 1.10.2005; zur Einführung und zum Geltungsbereich des TVöD vgl. *Hümmerich/Mießen*, TVöD – ohne Tarifwechselklausel adel!, NZA 2005, 961 ff.

<sup>2</sup> *Linnenkohl/Rauschenberg/Gressierer/Schütz*, S. 32 ff.; *Frey*, S. 151 ff.; *Kittner/Zwanziger*, § 38 Rn. 119.

<sup>3</sup> *Frey*, S. 150.

- 490 Dieser Auffassung steht entgegen, dass es sich bei der Mehrarbeit um ein eigenständiges, von der übrigen Arbeitszeitvereinbarung und -gestaltung völlig unabhängiges Instrumentarium zur kurzfristigen Flexibilisierung der Dauer der Arbeitszeit in einem konkreten Einzelfall handelt, welches, abgesehen von den in § 14 I ArbZG benannten Fällen, zwischen den Vertragspartnern zuvor vereinbart worden sein muss und dessen Voraussetzungen abgesprochen sein müssen. Gerade die Notwendigkeit der vorherigen Vereinbarung des Ob und des Wie der Mehrarbeit, dazu häufig detaillierte Regelungen zum Ausgleich der Mehrarbeit in Zeit oder Geld rechtfertigen es, die Mehrarbeit als eigenständiges, flexibles Arbeitszeitsystem einzuordnen. Dass der Arbeitgeber die Mehrarbeit nicht über § 106 GewO ohne vertragliche Grundlage anordnen kann, bestätigt die Auffassung, dass es sich bei der Mehrarbeit um ein eigenständiges flexibles Arbeitszeitsystem handelt, auf das die Parteien sich verständigen müssen.
- 491 Hinzu kommt schließlich, dass die Mehrarbeit, abgesehen von der nunmehr eröffneten Bandbreite im Rahmen des § 12 TzBfG und dem arbeitszeitrechtlichen Pendant der Kurzarbeit, das einzige System ist, das eine chronometrisch flexible Arbeitszeitgestaltung rechtswirksam ermöglicht und insoweit eine besondere Stellung innerhalb der flexiblen Arbeitszeitsysteme einnimmt.

## 2. Die außergewöhnlichen und die Notfälle des § 14 ArbZG

- 492 Ein **Notfall** ist ein für den Betrieb nachteiliges, ungewöhnliches, unvorhergesehenes und plötzlich eintretendes Ereignis, das die Gefahr eines unverhältnismäßigen Schadens mit sich bringt<sup>1</sup>. Der Eintritt des Ereignisses muss so plötzlich und schnell geschehen, dass die Folgen auch von einem sorgfältigen Unternehmer nicht mehr rechtzeitig unter Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Grenzen abgewandt werden können. Dabei genügt jedoch, dass es sich für den jeweiligen Betrieb um eine Krisensituation handelt<sup>2</sup>. Keine Notfälle sollen hingegen diejenigen Ereignisse begründen können, die in der Sphäre des Arbeitgebers vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurden<sup>3</sup>, weil solche dringenden Arbeiten, die allein auf falschen Dispositionen des Arbeitgebers beruhen wie einer verspäteten Verteilung der Arbeit oder verspäteter Bestellung von Materialien, keine Notfälle im Sinne des § 14 sind<sup>4</sup>.
- 493 „**Außergewöhnliche Fälle**“ im Sinne des Gesetzes sind hingegen besondere Situationen, die weder regelmäßig eintreten noch rechtzeitig vor-

<sup>1</sup> Baeck/Deutsch, § 14 Rn. 7; OLG Hamburg E. v. 24.10.1962, 1 Ss 90/62, BB 1963, 898.

<sup>2</sup> ErfK/Wank, § 14 ArbZG Rn. 2.

<sup>3</sup> BAG Urt. v. 28.2.1958 – 1 AZR 491/56, AP AZO § 14 Nr. 1; Buschmann/Ulber, Arbeitszeitgesetz, Basiskommentar mit Nebengesetzen, 5. Aufl. 2008, § 14 Rn. 1.

<sup>4</sup> Baeck/Deutsch, § 14 Rn. 8.

hersehbar sind und im Gegensatz zu den Notfällen die Gefahr von Schäden mit sich bringen<sup>1</sup>, und sie müssen vorübergehender Art sein<sup>2</sup>. § 14 ArbZG führt hierzu beispielhaft den drohenden Verderb von Rohstoffen oder Lebensmitteln und das drohende Misslingen von Arbeitsergebnissen an<sup>3</sup>. Die aufgeführten Fälle müssen demnach nicht die Qualität von Notfällen haben, es muss sich jedoch um Situationen handeln, die vom üblichen Rahmen und vom üblichen Geschehen abweichen. Die „ungewöhnlichen Fälle“ müssen ferner unabhängig vom Willen der Beteiligten eintreten. Der Arbeitgeber darf die Umstände nicht vorsätzlich herbeiführen<sup>4</sup>.

### 3. Abgrenzung gegenüber Überarbeit, Gleitzeit und Bereitschaftsdienst

Wurde aufgrund der o. g. Definition<sup>5</sup> eines „Mehr“ an Arbeit durch den Arbeitnehmer festgestellt, dass er über die geschuldete Arbeitszeit hinaus tätig war, besagt dies noch nichts darüber, ob diese überobligatorische Leistung auf Anordnung des Arbeitgebers oder freiwillig bzw. in eigener Entscheidung des Arbeitnehmers erbracht wurde. Nur diejenige Arbeitsleistung, die auf ausdrückliche Anordnung des Arbeitgebers zusätzlich erfolgte<sup>6</sup>, ist jedoch tatsächliche vergütungs- und ggf. zuschlagspflichtige Mehrarbeit<sup>7</sup>. Den angeordneten Arbeitsleistungen gleichgestellt und damit Mehrarbeit sind allerdings die Arbeitszeiten, die durch den Arbeitgeber gebilligt oder geduldet wurden<sup>8</sup>. **494**

Ohne Anordnung oder ausdrückliche Billigung erbrachte überobligatorische Leistung des Arbeitnehmers fällt nicht hierunter. Soweit der Arbeitnehmer also überobligatorische Arbeitsstunden ohne eine solche Anweisung, ausdrückliche Billigung oder gar ohne positive Kenntnis des Arbeitgebers erbringt, liegt keine Mehrarbeit vor. Der Arbeitnehmer hat freiwillig „mehr“ gearbeitet, ohne hierzu vom Arbeitgeber angewiesen worden zu sein. Gleichwohl hat der Arbeitnehmer über dasjenige hinaus Arbeitsleistungen erbracht, was er vertraglich schuldet. Fraglich ist deshalb, wie diese Zeit zu behandeln ist. **495**

Wären die überobligatorischen Arbeitsstunden im Rahmen einer flexiblen Arbeitszeitvereinbarung erbracht worden, wären sie ohne weiteres als **496**

---

<sup>1</sup> Baeck/Deutsch, § 14 Rn. 11.

<sup>2</sup> OLG Celle, 8.10.1986 – 2 Ss (OWI) 53/86, NZA 1987, 283.

<sup>3</sup> Baeck/Deutsch, § 14 Rn. 11.

<sup>4</sup> Baeck/Deutsch, § 14 Rn. 11.

<sup>5</sup> BAG Urt. v. 8.11.1989 – 5 AZR 642/88, DB 1990, 889, NZA 1990, 309; BAG Urt. v. 25.7.1996 – 6 AZR 138/94, EzA § 611 BGB Mehrarbeit Nr. 6.

<sup>6</sup> BAG Urt. v. 11.11.1997 – 9 AZR 566/96, NZA 1998, 1011 ff.

<sup>7</sup> BAG Urt. v. 8.11.1989 – 5 AZR 642/88, DB 1990, 889; BAG Urt. v. 25.7.1996 – 6 AZR 138/94, EzA § 611 BGB Mehrarbeit Nr. 6.

<sup>8</sup> Hümmerich Rn. 2539; BAG 25.5.2005 – 5 AZR 319/04, EzA-SD 2005, Nr. 23, 4.

- „normale“ Arbeitsstunden einzuordnen, die auf einem Gleitzeitkonto gutgeschrieben werden. Der Arbeitnehmer hat dann „vorgearbeitet“.
- 497** Außerhalb eines solchen Gleitzeitrahmens kann auch eine freiwillige Übererfüllung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers vorliegen, die dieser aus eigener Motivation heraus erbringt, sei es, um eine Arbeit zu seiner eigenen Zufriedenheit zu vervollkommen, eine Leistung fertig zu stellen, die er im Rahmen der regulären Zeit nicht geschafft hat oder weil er günstigere Karriere- oder Aufstiegschancen verfolgt, für die er besonderen Einsatz zu erbringen bereit ist, ohne hierfür eine Vergütung oder einen Freizeitausgleich zu erwarten.
- 498** Solche überobligatorische Arbeitsleistung stellt jedoch im Sinne einer flexiblen Arbeitszeitgestaltung keine Mehrarbeit dar. Ohne Anordnung bzw. Duldung oder Billigung des Arbeitgebers liegt keine Mehrarbeit vor. Diese überobligatorische Leistung wird deshalb zur Abgrenzung gegenüber der angeordneten bzw. gebilligten Mehrarbeit nachfolgend als „**Überarbeit**“ bezeichnet.
- 499** Bei der qualifizierten Gleitzeit werden Lage, Dauer und Verteilung der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit innerhalb des Ausgleichszeitraums systemimmanent nicht bestimmt. Der gesetzliche Höchstarbeitszeitrahmen von bis zu 10 Stunden täglich kann gem. § 2 II ArbZG ausgeschöpft werden. Selbst eine Aufforderung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, noch etwas länger zu bleiben, bedeutet nicht zwingend die Anordnung von Mehrarbeit, sondern kann auch als Bitte, vorzuarbeiten im Sinne der Gleitzeitvereinbarung, gemeint sein, zumal der Arbeitgeber gar nicht wissen kann, wann der „gleitende“ Arbeitnehmer seine Arbeit begonnen oder durch Pausen unterbrochen hat.
- 500** Sieht ein Tarifvertrag beispielsweise einen fest definierten Ausgleichszeitraum vor, so wird ein Plusstundensaldo, der sich auf der Grundlage des Tarifvertrages und einer einschlägigen Betriebsvereinbarung über die flexible Gestaltung von Arbeitszeiten angesammelt hat, vor Ablauf des Ausgleichszeitraums durch Zahlung des Stundenlohns abgebaut, fällt Mehrarbeit nicht an. Die Grenze liegt dort, wo eine im Tarifvertrag festgelegte und durch Betriebsvereinbarung ergänzend ausgestaltete Regelung über einen Ausgleichszeitraum vorgegeben ist, innerhalb dessen die wöchentliche Arbeitszeit im Durchschnitt erreicht sein muss.
- 501** Für die Abgrenzung zwischen Mehrarbeit und der Nutzung der mit der Gleitzeit eingeräumten Zeitsouveränität durch den Beschäftigten (der von der Berechtigung Gebrauch macht, die Dauer und die Lage seiner täglichen Arbeitszeit selbst zu bestimmen) kommt es demnach darauf an, ob die Überschreitung der Sollarbeitszeit vom Arbeitnehmer selbst entschieden wurde oder ob sie auf Anordnung des Arbeitgebers erfolgte<sup>1</sup>. Dabei muss der Arbeitnehmer alle Voraussetzungen dafür nachweisen, dass er tatsächlich Mehrarbeit geleistet hat<sup>2</sup>. Besteht eine feste

---

<sup>1</sup> BAG Urt. v. 11.11.1997 – 9 AZR 566/96, NZA 1998, 1011 ff.

<sup>2</sup> BAG Urt. v. 17.4.2002 – 5 AZR 644/00, NZA 2002, 1340.