

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 369/10

10 Sa 276/10

Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
18. Mai 2011

**URTEIL**

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Huber und Kiel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 16. April 2010 - 10 Sa 276/10 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über einen Ausgleich für geleistete Nacharbeit. 1

Die Beklagte ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der DBAutoZug GmbH. Sie erbringt Serviceleistungen für Zugreisende im Nachtreiseverkehr („City Night Line“) sowie in Autozügen. Sie ist im Jahr 2002 aus dem Teilbereich Nachtreiseverkehr des Geschäftsbereichs „Service im Zug“ (SiZ) der MITROPA AG entstanden und beschäftigt ca. 45 Mitarbeiter im stationären Dienst sowie - saisonabhängig - ca. 650 Mitarbeiter im Fahrdienst. 2

Die Klägerin ist seit 1997 für die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin als „Stewardess mit Zugschaffnerfunktion“ tätig. Sie betreut die Kunden in Schlaf- und Liegewagen und versorgt sie mit gastronomischen Leistungen. Als Zugschaffnerin kontrolliert und verkauft sie Fahrausweise, sammelt Reisedokumente ein und unterstützt den Zugführer. 3

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Firmentarifverträge der Beklagten aufgrund Verbandszugehörigkeit der Klägerin Anwendung. Nach einer Vereinbarung mit der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) im Zuge der Überleitung der Arbeitsverhältnisse von der MITROPA AG zur Beklagten gelten bestimmte für den Geschäftsbereich SiZ der MITROPA AG am 30. Juni 2002 geltende Tarifverträge fort, so der Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer/innen und Auszubildenden der MITROPA AG vom 27. Juni 1997 (MTV) und der Ergänzungstarifvertrag über spezifische Regelungen für die 4

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Geschäftsbereichs SiZ - Service im Zug/Ost vom 27. Juni 1997 (*ErgTV SiZ/Ost*).

Der MTV regelt ua. Folgendes:

5

**„§ 5  
Zuschlagspflichtige Tätigkeiten**

...

**3. Sonn-, Feiertags- und Nacharbeit - Zuschläge**

Entsprechend dem besonderen Charakter des Gaststättengewerbes gelten die Sonntage als zuschlagsfreie Arbeitstage/Arbeitszeit. Davon kann nur einzelvertraglich im Rahmen der jeweils geltenden steuerlichen Bestimmungen abgewichen werden.

Die Entlohnung der Sonn-, Feiertags- und Nacharbeit richtet sich ausschließlich nach den Bestimmungen dieses Tarifvertrages. Soweit tariflich eine Öffnungsklausel vorhanden ist, kann einzelvertraglich vom Tarifvertrag nach dem Günstigkeitsprinzip abgewichen werden. Grundlohn im Sinne des Einkommenssteuergesetzes ist der jeweils geltende tarifliche Stundenlohn.

...

**5. Nacharbeit**

Die Arbeit in der Zeit zwischen 22:00 Uhr und 6:00 Uhr gilt als Nacharbeit.

Im regelmäßigen Schichtdienst beschäftigte Arbeitnehmer/innen erhalten für Nacharbeit 15 % Zuschlag zum Tarifentgelt je Arbeitsstunde in dieser Zeit.“

Der ErgTV SiZ/Ost lautet auszugsweise:

6

**„§ 2  
Anwendung des Tarifvertrages**

Nachfolgende Regelungen ersetzen, ergänzen oder verändern die entsprechenden Regelungsgegenstände in dem jeweils gültigen MITROPA-Entgelttarifvertrag und MITROPA-Manteltarifvertrag. Die nachfolgenden Vorschriften haben Tarifvorrang.

### **§ 3 Regelungsgegenstände**

...

#### **4. Zuschlagspflichtige Tätigkeiten**

...

##### **4.3 Nachtarbeit**

Die Arbeit in der Zeit zwischen 22:00 Uhr und 6:00 Uhr gilt als Nachtarbeit. Stationär beschäftigte Arbeitnehmer/innen erhalten für Nachtarbeit 15 % Zuschlag zum Tarifentgelt je Arbeitsstunde in dieser Zeit.

...

### **§ 5 Eingruppierung und Entlohnung**

#### **1. Eingruppierung**

...

1.1 Arbeitnehmer/innen im stationären Dienst erhalten Tarifentgelt der Staffel I sowie Feiertags-, Mehrarbeits- und Nachtzuschläge.

1.2 Arbeitnehmer/innen im Fahrdienst erhalten Tarifentgelt der Staffel II (85 % von Staffel I) und einen umsatzabhängigen Provisionslohn sowie Feiertags- und Mehrarbeitszuschläge.

...

### **§ 7 Tätigkeitsbeispiele**

1. In Ergänzung des § 2 ETV-MITROPA werden bis zur Vereinbarung eines unternehmensweiten Eingruppierungsrasters den einzelnen Tarifgruppen unter Beachtung der Besonderheiten des GB Service im Zug insbesondere hinsichtlich der Verantwortung und der physischen Belastung folgende Tätigkeitsbeispiele zugeordnet:

...

#### **Tarifgruppe 5:**

- Kellner/in/Steward/ess
- Bufettier/euse/Bistrosteward/ess

- Schlafwagenschaffner/in/Nachtsteward/ess
  - Kraftfahrer/in LKW mit Be- und Entladetätigkeit
  - Arbeitnehmer/in im stationären Bereich mit erhöhten Anforderungen
  - Einkäufer/in
- ...“

Die Klägerin ist eingruppiert in die Tarifgruppe 5. Ihre tarifliche Stundenvergütung belief sich auf 7,52 Euro brutto; seit dem 1. Oktober 2008 beträgt sie 7,86 Euro brutto. Sie erhält für jede Einsatzstunde als Zugschaffnerin zusätzlich eine Zulage von 0,50 Euro brutto und für jede Einsatzstunde mit einem „mobilen Terminal“ (*Fahrscheinverkaufsgerät*) eine Zulage von 0,38 Euro. 7

Die Lage der Arbeitszeiten der im Fahrdienst beschäftigten Mitarbeiter richtet sich nach den Verkehrszeiten der von der Beklagten betreuten und bewirtschafteten Züge. Die Dienstzeiten beschränken sich nicht auf die Nachtzeit. Bei Nachreisezügen liegt der Dienstbeginn im Regelfall zwischen 19:30 Uhr und 22:00 Uhr und das Dienstende zwischen 7:30 Uhr und 10:00 Uhr des Folgetags. Bei internationalen Autoreisezügen kann der Dienst um 12:00 Uhr beginnen und um 16:00 Uhr des Folgetags enden. 8

Mit der Klage begeht die Klägerin einen Ausgleich für 214,75 Nachtarbeitsstunden im Zeitraum vom 1. Februar bis 30. April 2008 sowie für weitere 264,5 Nachtarbeitsstunden im Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis 31. Januar 2009. Als angemessenen Ausgleich für diese Nacharbeit habe die Beklagte nach § 6 Abs. 5 ArbZG wahlweise einen Zuschlag von 25 % des Tariflohns oder einen freien bezahlten Arbeitstag für jeweils 90 geleistete Nachtarbeitsstunden zu gewähren. 9

Die Klägerin hat beantragt, 10

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 923,47 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 403,77 Euro, 497,26 Euro und 22,48 Euro jeweils ab Rechtshängigkeit zu zahlen oder ihr fünf bezahlte freie Tage zu gewähren;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ab dem 1. Februar 2009 für die von der Klägerin geleistete Nacharbeit wahlweise einen Nacharbeitszuschlag iHv. 25 % des Tariflohns für jede zwischen 23:00 Uhr und 6:00 Uhr geleistete Arbeitsstunde zu zahlen oder der Klägerin für jeweils 90 zwischen 23:00 Uhr und 6:00 Uhr geleistete Arbeitsstunden einen bezahlten freien Tag zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Ausgleich für Nacharbeit sei in der Tarifvergütung des Fahrdienstes enthalten. Die Tarifvertragsparteien hätten bei der Bemessung des Tarifentgelts berücksichtigt, dass die Tätigkeit im Fahrdienst durch Nacharbeit und nächtliche Arbeitsbereitschaft geprägt sei. 11

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter. 12

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann die Klage nicht abgewiesen werden. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Die Revision führt deshalb zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 13

I. Die Klägerin hat für die im Streitzeitraum (*Antrag zu 1.*) sowie nachfolgend (*Feststellungsantrag zu 2.*) geleistete Nacharbeit gemäß § 6 Abs. 5 ArbZG einen Anspruch auf Gewährung eines angemessenen Ausgleichs. 14

1. Nach § 6 Abs. 5 ArbZG hat der Arbeitgeber, soweit eine tarifliche Ausgleichsregelung nicht besteht, dem Nacharbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Der Arbeitgeber kann wählen, ob er den 15

Ausgleichsanspruch des § 6 Abs. 5 ArbZG durch Zahlung von Geld, durch bezahlte Freistellung oder durch eine Kombination von beidem erfüllt (BAG 1. Februar 2006 - 5 AZR 422/04 - Rn. 15, NZA 2006, 494). Die gesetzlich begründete Wahlschuld (§ 262 BGB) konkretisiert sich auf eine der geschuldeten Leistungen erst dann, wenn der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ausübt (BAG 5. September 2002 - 9 AZR 202/01 - zu A II 1 der Gründe, BAGE 102, 309).

2. Die Klägerin ist Nachtarbeitnehmerin iSv. § 2 Abs. 5 Nr. 2 iVm. § 2 Abs. 3 und Abs. 4 ArbZG. Sie leistet an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr umfasst. 16
3. Eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung besteht nicht. Weder der MTV noch der ErgTV SiZ/Ost sehen einen Ausgleich für die im Fahrdienst geleistete Nacharbeit vor. 17
- a) § 6 Abs. 5 ArbZG überlässt die Ausgestaltung des Ausgleichs für Nacharbeit wegen der größeren Sachnähe den Tarifvertragsparteien und schafft nur subsidiär einen gesetzlichen Anspruch (BAG 26. April 2005 - 1 ABR 1/04 - zu B II 2 a bb (1) (a) (aa) der Gründe, BAGE 114, 272; 26. August 1997 - 1 ABR 16/97 - zu B II 1 a der Gründe, BAGE 86, 249). Die Tarifvertragsparteien sind grundsätzlich frei darin, wie sie den Ausgleich regeln. Um den gesetzlichen Anspruch nach § 6 Abs. 5 ArbZG zu ersetzen, muss die tarifliche Regelung eine Kompensation für die mit der Nacharbeit verbundenen Belastungen vorsehen. Dies folgt aus dem Wortsinn des Begriffs „Ausgleichsregelung“ und entspricht Sinn und Zweck des dem Gesundheitsschutz dienenden § 6 Abs. 5 ArbZG. Der tarifliche Ausgleich kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geregelt sein. Den allgemeinen tariflichen Arbeitsbedingungen kann eine stillschweigende Ausgleichsregelung aber nur entnommen werden, wenn entweder der Tarifvertrag selbst entsprechende Hinweise enthält oder sich dafür aus der Tarifgeschichte oder aus Besonderheiten des Geltungsbereichs Anhaltspunkte ergeben (BAG 26. April 2005 18

- 1 ABR 1/04 - zu B II 2 a bb (1) (a) (aa) der Gründe, aaO; 26. August 1997  
- 1 ABR 16/97 - zu B II 1 b aa der Gründe, aaO).

- b) Nach § 5 Ziff. 5 Satz 2 MTV erhalten Beschäftigte im regelmäßigen Schichtdienst und nach § 3 Ziff. 4.3 Satz 2 ErgTV SiZ/Ost die bei der Beklagten stationär Beschäftigten für Nachtarbeit 15 % Zuschlag. Für den Fahrdienst ist ein Nachtzuschlag nicht geregelt. 19
- c) Ausreichende Hinweise darauf, dass die Belastungen durch Nachtarbeit im Fahrdienst bei der Bemessung des tariflichen Grundentgelts berücksichtigt wurden, bestehen nicht. 20
- aa) Es hätte nahe gelegen, einen solchen Regelungswillen in § 5 ErgTV SiZ/Ost (*Eingruppierung und Entlohnung*) zum Ausdruck zu bringen. § 5 Ziff. 1 ErgTV SiZ/Ost stellt die Vergütungsbestandteile der Arbeitnehmer im stationären Dienst denen der Arbeitnehmer im Fahrdienst gegenüber. Nacharbeitszuschläge sind nach Ziff. 1.1 dieser Vorschrift nur im stationären Dienst Bestandteil der Vergütung, nach Ziff. 1.2 nicht im Fahrdienst. Daraus folgt, dass die Tarifvertragsparteien in Bezug auf Nachzuschläge zwischen den beiden Gruppen unterscheiden wollten. Dass die Nachtarbeit im Fahrdienst bei der Bemessung der Grundvergütung berücksichtigt wurde, ergibt sich daraus aber nicht. 21
- bb) Anhaltspunkte dafür lassen sich auch den Tätigkeitsbeispielen zu den Tarifgruppen (§ 7 ErgTV SiZ/Ost) nicht entnehmen. Zwar werden Schlafwagenschaffner und Nachtstewards in den Tätigkeitsbeispielen der Tarifgruppe 5 genannt. Dies kann bei ständiger oder nahezu ausschließlicher Nachtarbeit (*zB Nachtwächter*) ein Hinweis darauf sein, dass ein Nacharbeitszuschlag bei der Höhe der tariflichen Grundvergütung berücksichtigt ist (*vgl. BAG 26. August 1997 - 1 ABR 16/97 - zu B II 1 b aa der Gründe, BAGE 86, 249*). Die Tarifgruppe 5 differenziert aber nicht zwischen vergleichbaren nacharbeits- und nicht nacharbeitsgeprägten Tätigkeiten. Kellner/innen und Steward/essen sind dieser Tarifgruppe auch zugeordnet und beziehen eine identische Vergütung, ohne den Belastungen durch Nachtarbeit ausgesetzt zu sein. Auch die Tätigkeit 22

der Klägerin als Stewardess mit Zugschaffnerfunktion im Nachtreiseverkehr und in Autozügen findet nicht weit überwiegend oder ausschließlich nachts statt. Die Arbeitszeiten im Fahrdienst richten sich nach den Verkehrszeiten der von der Beklagten betreuten und bewirtschafteten Züge und beinhalten in erheblichem Umfang Dienstzeiten außerhalb der Nachtzeiten. Eine Regelung, die unabhängig von der tatsächlichen Heranziehung zur Nacharbeit für alle Arbeitnehmer im Fahrdienst als pauschalen Ausgleich für Nacharbeit dieselbe Grundvergütung vorsähe, sähe sich nach Art. 3 Abs. 1 GG auch verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt (vgl. *BAG 26. April 2005 - 1 ABR 1/04 - zu B II 2 a bb (1) (a) (bb) der Gründe, BAGE 114, 272; 26. August 1997 - 1 ABR 16/97 - zu B II 1 b aa der Gründe, BAGE 86, 249*).

cc) Soweit nach § 5 Ziff. 3 Satz 3 MTV die Entlohnung der Sonn-, Feiertags- und Nacharbeit sich „ausschließlich nach den Bestimmungen dieses Tarifvertrages“ richtet, ergibt sich auch daraus nicht, dass für den Fahrdienst ein tariflicher Ausgleich für die mit der Nacharbeit verbundenen Belastungen vorgesehen ist. Im Zusammenhang mit den weiteren tariflichen Bestimmungen zur Zahlung eines Nacharbeitszuschlags im regelmäßigen Schichtdienst und im stationären Dienst der Beklagten gibt dies im Gegenteil einen Hinweis darauf, dass nach dem Willen der Tarifvertragsparteien für Nacharbeit im Fahrdienst weder eine zusätzliche Vergütung noch ein bezahlter Freizeitausgleich gewährt werden sollte. Um den gesetzlichen Ausgleichsanspruch aus § 6 Abs. 5 ArbZG zu ersetzen, muss eine tarifliche Regelung aber eine Kompensation für die mit der Nacharbeit verbundenen Belastungen vorsehen (*BAG 26. April 2005 - 1 ABR 1/04 - zu B II 2 a bb (1) (a) (aa) der Gründe, BAGE 114, 272*). Daran fehlt es.

4. Der Anspruch auf Gewährung eines angemessenen Ausgleichs für geleistete Nacharbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG ist nicht nach § 16 MTV oder nach § 8 ErgTV SiZ/Ost verfallen. Der Anwendungsbereich beider Tarifnormen bezieht sich lediglich auf „Ansprüche aus den Tarifverträgen der MITROPA AG“ bzw. auf „Ansprüche aus diesem Ergänzungstarifvertrag“. Die Klägerin verfolgt einen gesetzlichen Anspruch.

23

24

II. In welcher Höhe ein Ausgleich für die im Streitzeitraum des Antrags zu 1. bzw. für die ab diesem Zeitpunkt geleisteten Nacharbeitsstunden nach § 6 Abs. 5 ArbZG „angemessen“ ist, kann der Senat nicht entscheiden. Bei der Anwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs kommt dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu, der durch das Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbar ist. Das Landesarbeitsgericht hat - von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent - eine Beurteilung der Angemessenheit des gesetzlichen Ausgleichs für die geleistete Nacharbeit nicht vorgenommen. Es hat auch die zur Vornahme der Beurteilung erforderlichen Feststellungen nicht getroffen. Dies wird nachzuholen sein. Anhaltspunkt kann der in § 3 Ziff. 4.3 ErgTV SiZ/Ost bestimmte Nacharbeitszuschlag von 15 % zum Tarifentgelt sein. Zwingend ist dies jedoch nicht. Die Höhe des angemessenen Ausgleichs für Nacharbeit richtet sich nach der Gegenleistung, für die sie bestimmt ist. Ein geringerer Ausgleich kann erforderlich sein, wenn in die Nacharbeit Arbeitsbereitschaft fällt. Nach der Art der Arbeitsleistung ist auch zu beurteilen, ob der vom Gesetzgeber mit dem Lohnzuschlag verfolgte Zweck, im Interesse der Gesundheit des Arbeitnehmers Nacharbeit zu verteuern, zum Tragen kommen muss (*BAG 11. Februar 2009 - 5 AZR 148/08 - Rn. 12, AP ArbZG § 6 Nr. 9; 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - zu I 4 a der Gründe, BAGE 115, 372*).

Mikosch

W. Reinfelder

Mestwerdt

Walter Huber

D. Kiel