Bundesarbeitsgericht Zehnter Senat	Urteil vom 14. Dezember 2022 - 10 AZR 533/20 - ECLI:DE:BAG:2022:141222.U.10AZR533.20.0
I. Arbeitsgericht Köln	Urteil vom 14. Juni 2019 - 18 Ca 8579/18 -
II. Landesarbeitsgericht Köln	Urteil vom 5. Juni 2020 - 10 Sa 385/19 -

---

Entscheidungsstichworte:

Angemessener Nachtarbeitszuschlag - Dauernachtarbeit - Zeitungszusteller - Pressefreiheit

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 10 AZR 531/20 -

BUNDESARBEITSGERICHT

10 AZR 533/20
10 Sa 385/19
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Dezember 2022

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

URTEIL

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Günther-Gräff und Nowak sowie die ehrenamtliche Richterin Viehl und den ehrenamtlichen Richter Beitz für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 5. Juni 2020 - 10 Sa 385/19 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Höhe angemessener Nachtarbeitszuschläge nach § 6 Abs. 5 ArbZG. 1

Die Beklagte gehört zur Unternehmensgruppe D. Sie ist ein Zustellbetrieb und stellt die Zeitungstitel der Unternehmensgruppe an die jeweiligen Abonnenten zu. Sie beschäftigt etwa 1.050 Zusteller. In ihrem Betrieb ist ein Betriebsrat gebildet. 2

Die Klägerin war im streitgegenständlichen Zeitraum bei der Beklagten als Zeitungszustellerin beschäftigt und erbrachte ihre Arbeit während der gesetzlichen Nachtzeit im Umfang von mehr als zwei Stunden an mehr als 48 Tagen pro Kalenderjahr. Die Beklagte zahlte der Klägerin einen Nachtarbeitszuschlag iHv. 20 % auf den jeweiligen Bruttostundenlohn. 3

In einer Betriebsvereinbarung zur innerbetrieblichen Lohngestaltung vom 23. Dezember 2016 (BV 12/2016) ist in Abschn. I Nr. 3 geregelt: 4

> „Lohnbestandteil: angemessener Nachtzuschlag. Dieser beträgt für bis zum 31.12.2016 eingestellte Arbeitnehmer mindestens 20 Prozent und für ab dem 01.01.2017 eingestellte Arbeitnehmer mindestens 10 Prozent.“

Die Klägerin verlangt mit der Klage einen um zehn Prozentpunkte höheren Nachtarbeitszuschlag für den Zeitraum Januar 2015 bis Oktober 2018. Die rechnerisch unstreitige Vergütungsdifferenz für den vorgenannten Zeitraum beläuft sich insgesamt auf 3.055,08 Euro brutto. 5

Die Klägerin hat gemeint, für ihre dauerhaft während der Nachtzeit versehene Arbeitsleistung sei ein Zuschlag von insgesamt 30 % auf das Bruttoarbeitsentgelt angemessen. Selbst wenn sich die Beklagte für ihr Zustellkonzept auf die Medienfreiheit berufen könne, dürfe das den Gesundheitsschutz der Nachtarbeitnehmer nicht unterlaufen, der durch § 6 Abs. 5 ArbZG gewährleistet werde. 6

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an sie

1. 2.132,12 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz in gestaffelter Höhe zu zahlen,
2. 922,96 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz in gestaffelter Höhe zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Zustellung von Tageszeitungen in den frühen Morgenstunden sei Gegenstand der grundrechtlich garantierten Medienfreiheit und für die freiheitlich-demokratische Grundordnung unverzichtbar. Sie sei im streitgegenständlichen Zeitraum für die Verwirklichung ihres Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wegen der Kundenanforderungen zwingend auf die Nachtarbeit angewiesen gewesen. Die Zeitungszustellung sei für das Gemeinwohl ebenso bedeutsam wie etwa die Arbeit von Rettungsdiensten und Feuerwehren. Da allein die mit der ungünstigen Lage der Arbeitszeit verbundene Erschwernis habe ausgeglichen werden können, sei ein geringerer Nachtarbeitszuschlag iSd. § 6 Abs. 5 ArbZG angemessen. Es sei auch zu berücksichtigen, dass es keinen „Regelsatz“ für einen Zuschlag iHv. 30 % für „Dauernachtarbeit“ gebe. Außerdem stelle die Zeitungszustellung eine leichte Tätigkeit dar, die Teilhabe am sozialen Leben sei nicht gravierend tangiert, die tägliche Arbeitszeitdauer während der Nacht sei gering, habe zudem nur im frühmorgendlichen Randbereich des Nachtarbeitszeitraums gelegen und es habe nur ein kurzer Arbeitsweg vorgelegen. Auch europarechtliche Wertungen seien bei der Festlegung des angemessenen Nachtarbeitszuschlags zu berücksichtigen, wonach nur die Zeit zwischen 24:00 Uhr und 05:00 Uhr als Nachtarbeitszeitraum umfasst sei. Schließlich sei zu beachten, 8

dass die wirtschaftliche Lage der Tageszeitungsbranche dramatisch sei und bereits die Einführung des Mindestlohns nach dem MiLoG zu einer deutlichen Erhöhung der Zustellkosten geführt habe. Im Übrigen zeige die BV 12/2016, dass die Betriebsparteien grundsätzlich einen Nachtarbeitszuschlag von 10 % für angemessen hielten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zu Recht dazu verurteilt, höhere Nachtarbeitszuschläge zu zahlen. 10

I. Die Klage ist zulässig. Sie ist insbesondere als abschließende Gesamtklage hinreichend bestimmt *(vgl. zu den Voraussetzungen BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 11)*. 11

II. Die Klage ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass für die Arbeitsstunden, die die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum während der gesetzlichen Nachtzeit geleistet hat, ein Zuschlag von insgesamt 30 % auf das Bruttoarbeitsentgelt angemessen ist. Der Anspruch iHv. insgesamt - rechnerisch unstreitigen - 3.055,08 Euro brutto folgt aus § 611 Abs. 1 BGB (bis 31. März 2017) bzw. aus § 611a Abs. 2 BGB (ab 1. April 2017) iVm. § 6 Abs. 5 ArbZG. Für Entgeltfortzahlungszeiträume ergibt sich der Anspruch aus den Bestimmungen des EFZG und BUrlG. 12

1. § 6 Abs. 5 ArbZG verpflichtet den Arbeitgeber, soweit eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung nicht besteht, dem Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Brut- 13

toarbeitsentgelt zu gewähren. Eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung besteht im Streitfall nicht.

2. Die Klägerin war im streitgegenständlichen Zeitraum unstreitig Nachtarbeitnehmerin iSd. Arbeitszeitgesetzes *(§ 2 Abs. 3 bis 5 ArbZG)*. Sie hat, soweit Entgeltdifferenzen gefordert werden, ausschließlich während der gesetzlichen Nachtzeit in dem gesetzlich geforderten Umfang gearbeitet. 14

3. Die Beklagte hat das ihr im Rahmen von § 6 Abs. 5 ArbZG zustehende Wahlrecht für den streitgegenständlichen Zeitraum dahin ausgeübt, den Ausgleichsanspruch allein durch Zahlung von Geld zu erfüllen *(vgl. hierzu BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 16)*. 15

4. Bei dem Merkmal „angemessen“ in § 6 Abs. 5 ArbZG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt. Er ist vom Revisionsgericht nur darauf zu überprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist *(st. Rspr., zuletzt zB BAG 25. Mai 2022 - 10 AZR 230/19 - Rn. 23 mwN)*. Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stand. 16

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stellt ein Zuschlag iHv. 25 % auf das jeweilige Bruttostundenentgelt oder die Gewährung einer entsprechenden Zahl von bezahlten freien Tagen regelmäßig einen angemessenen Ausgleich für geleistete Nachtarbeit iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG dar. Eine Erhöhung des Regelwerts auf 30 % kommt typischerweise bei einer Arbeitsleistung in Dauernachtarbeit in Betracht. Allerdings handelt es sich bei diesen Werten nicht um starre Grenzen. Demnach kann sowohl ein geringerer als auch ein höherer Zuschlag angemessen sein; es handelt sich weder um Unter- noch um Obergrenzen *(BAG 25. Mai 2022 - 10 AZR 230/19 - Rn. 26 f., 29 mwN)*. Für die Zeitungszustellung in Dauernachtarbeit hat der Senat in einem vergleichbaren Fall entschieden, dass ein Nachtarbeitszuschlag iHv. 30 % angemessen iSv. § 6 17

Abs. 5 ArbZG ist. Der Senat hat dabei insbesondere umfangreich begründet, dass der Schutz der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in Abwägung mit dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht dazu führen kann, die Zuschläge nach § 6 Abs. 5 ArbZG gegenüber der regelmäßig anfallenden Höhe abzusenken *(BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 41 ff.; zustimmend Freyler Anm. AP ArbZG § 6 Nr. 22; Kohte jurisPR-ArbR 42/2022 Anm. 3)*.

b) Dem entspricht die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts. Bei der Beurteilung des Rechtsbegriffs der Angemessenheit hat es weder den Rechtsbegriff selbst verkannt noch bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und alle entscheidungserheblichen Umstände in sich widerspruchsfrei berücksichtigt. Die Angriffe der Revision führen zu keiner anderen Beurteilung. Die vorgebrachten Argumente der Beklagten hat der Senat bereits weitgehend geprüft. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Entscheidung des Senats vom 10. November 2021 *(- 10 AZR 261/20 -)* verwiesen. Auch soweit einzelne neue Aspekte dargetan sind, hat der Senat sie geprüft. Diese verhelfen aber der Revision nicht zum Erfolg. Ergänzend ist lediglich noch auf Folgendes hinzuweisen: 18

aa) Soweit die Beklagte einwendet, es handle sich bei der Zeitungszustellung um eine leichte Tätigkeit, hat der Senat hierzu in der vorgenannten Entscheidung bereits klargestellt, dass dies keine andere Beurteilung rechtfertigt, da der Zuschlag an das geschuldete Bruttoarbeitsentgelt anknüpft *(BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 35)*. Im Übrigen geht es um den Ausgleich für die spezifische Belastung durch die Nachtarbeit *(vgl. BAG 25. Mai 2022 - 10 AZR 230/19 - Rn. 37)*, nicht durch die Tätigkeit an sich. Ebenfalls auseinandergesetzt hat sich der Senat mit dem Umstand, dass nur im „Randbereich“ der Nachtzeit bzw. nicht während des gesamten Nachtzeitraums Arbeitsleistungen erbracht wurden. Auch wurde der Einwand behandelt, der Wegfall des sog. Lenkungszwecks müsse zu einer Absenkung des Zuschlags führen *(BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 36, 38 f.)*. 19

bb) Entgegen der Ansicht der Beklagten stellt der Umstand, dass die Klägerin wohnortnah arbeitet und deshalb einen kurzen Weg zur Arbeit hat, keinen Aspekt dar, der bei der Beurteilung der Angemessenheit des Nachtarbeitszuschlags positiv oder negativ zu berücksichtigen wäre. Die Wahl des Wohnorts und daraus folgend die Länge des Arbeitswegs zählt regelmäßig - so auch hier - nicht zur Arbeitsleistung, sondern ist Privatsache des Arbeitnehmers *(vgl. BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 295/20 - Rn. 45 f.)*. 20

cc) Ebenfalls entgegen der Ansicht der Beklagten ergeben sich zur Frage der Angemessenheit der Nachtarbeitszuschläge für Dauernachtarbeit auch keine Aspekte aus dem Unionsrecht, die eine Absenkung des Zuschlags begründen könnten. Soweit die Beklagte auf die Richtlinie 2003/88/EG verweist, strebt diese keine Vollharmonisierung an, sondern enthält Mindestvorgaben, die bei der Umsetzung der Richtlinie einzuhalten sind *(vgl. den ersten Erwägungsgrund zur Richtlinie 2003/88/EG)*. Dementsprechend definiert Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie, dass die Nachtzeit mindestens sieben Stunden zu betragen hat, welche auf jeden Fall die Spanne zwischen 24:00 Uhr und 05:00 Uhr umfasst. Dass der deutsche Gesetzgeber diese Spanne der Nachtzeit auf 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr festgelegt hat, hält sich an diese Vorgaben. Maßgeblich ist diese Umsetzung in das deutsche Arbeitszeitrecht, wonach für die genannte Zeitspanne - und nicht lediglich für die in der Richtlinie aufgeführte - ein angemessener Ausgleich zu gewähren ist. Gleiches gilt, soweit die Beklagte einwendet, die Klägerin sei iSd. Richtlinie nicht als Nachtarbeiterin zu qualifizieren, weil sie nicht mindestens drei Stunden in der „europarechtlichen Kernnachtarbeitszeit“ tätig gewesen sei *(Art. 2 Nr. 3, Nr. 4 Buchst. a der Richtlinie 2003/88/EG)*. Auch insoweit kommt es auf das deutsche Arbeitszeitrecht an, das für einen über 05:00 Uhr morgens hinausgehenden Schutz sorgt. Eine Ausnahme von dem gesetzlichen Nachtzeitraum nach § 2 Abs. 3 Halbs. 1 ArbZG gibt es nur für Bäckereien und Konditoreien in § 2 Abs. 3 Halbs. 2 ArbZG *(vgl. dazu BT-Drs. 13/4245 S. 7)*. Das hat zur Folge, dass für diese Tätigkeiten von 05:00 Uhr bis 06:00 Uhr morgens kein Ausgleich geschuldet ist. Eine entsprechende Regelung fehlt aber für die Zustellung von Zeitungen, obwohl auch diese in den späten Nacht- bzw. frühen Morgenstunden üblich war und ist. Daraus kann gefolgert werden, dass der Gesetzgeber diesen Aspekt ge- 21

rade nicht zur Rechtfertigung einer diesbezüglichen, sich in einem geringeren Nachtarbeitszuschlag manifestierenden Sonderstellung der Zeitungszusteller genügen lässt *(vgl. Freyler Anm. AP ArbZG § 6 Nr. 22 zu III 3)*. Schließlich gilt, dass die Richtlinie 2003/88/EG nicht Fragen des Arbeitsentgelts für Arbeitnehmer regelt, da dieser Aspekt nach Art. 153 Abs. 5 AEUV außerhalb der Zuständigkeit der Union liegt *(vgl. EuGH 7. Juli 2022 - C-257/21 und C-258/21 - [Coca-Cola European Partners Deutschland] Rn. 45 ff.)*.

dd) Soweit die Beklagte auch vorliegend geltend macht, die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierte Pressefreiheit stehe einem höheren Nachtarbeitszuschlag entgegen, hat sich der Senat damit bereits ausführlich auseinandergesetzt *(BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 42 ff.)*. Insbesondere ist berücksichtigt worden, dass die Pressefreiheit für das freiheitlich-demokratische Gemeinwesen von hoher und wertsetzender Bedeutung ist *(BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 45)*. 22

ee) Gleiches gilt für den Einwand, der Regelung in § 24 Abs. 2 MiLoG könne entnommen werden, dass eine Anhebung des Zuschlags für die in Dauernachtarbeit versehene Zeitungszustellung auf 30 % ausgeschlossen sei *(BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 54 ff.)*. 23

ff) Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt es schließlich bei der Bewertung der Angemessenheit von Nachtarbeitszuschlägen nicht auf die BV 12/2016 an. § 6 Abs. 5 ArbZG sieht einen Vorrang tariflicher Bestimmungen vor, enthält aber keine Öffnungsklausel für die Betriebsparteien. Eine betriebliche Regelung, die zum Nachteil der Arbeitnehmer hinter den gesetzlichen Vorgaben für einen angemessenen Ausgleich zurückbleibt, ist nach § 6 Abs. 5 ArbZG iVm. § 134 BGB unwirksam *(vgl. BAG 25. Mai 2022 - 10 AZR 230/19 - Rn. 22)*. 24

5. Soweit vorliegend höhere Nachtarbeitszuschläge für Lohnfortzahlungszeiträume gefordert werden *(Antrag zu 2.)*, ist der Anspruch ebenfalls gegeben. 25

a) Für Urlaubszeiträume der Klägerin folgt der Anspruch aus §§ 1, 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG, § 6 Abs. 5 ArbZG. Nach § 1 BUrlG hat der 26

Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub und demgemäß Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung während des Urlaubs. Das Gesetz stellt mit dem sog. Referenzprinzip auf das in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhaltene Arbeitsentgelt ab *(§ 11 Abs. 1 BUrlG)*. Es kommt auf den in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt gezahlten durchschnittlichen Arbeitsverdienst an *(vgl. BAG 27. Juli 2021 - 9 AZR 376/20 - Rn. 30)*. Aus der Durchschnittsvergütung des Bemessungszeitraums ist nur der zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsverdienst herauszunehmen *(§ 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG)*. Zur Arbeitsvergütung zählt daher auch der Nachtarbeitszuschlag, soweit er im Referenzzeitraum - wie hier - angefallen ist *(vgl. BAG 12. Januar 1989 - 8 AZR 404/87 - zu II 2 der Gründe, BAGE 61, 1)*.

b) Für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit ergeben sich die Ansprüche auf Entgeltfortzahlung aus § 3 Abs. 1 iVm. § 4 Abs. 1, § 12 EFZG, § 6 Abs. 5 ArbZG. Nach dem Lohnausfallprinzip ist die volle Vergütung einschließlich etwaiger Zuschläge zu zahlen, denn diese wären angefallen, wenn eine Arbeitnehmerin, die - wie die Klägerin - dauerhaft Nachtarbeit leistet, gearbeitet hätte, wäre sie nicht arbeitsunfähig erkrankt *(vgl. BAG 1. Dezember 2004 - 5 AZR 68/04 - zu II 4 a der Gründe mwN; 13. März 2002 - 5 AZR 648/00 - zu III 2 a der Gründe)*. Gleiches gilt für die Entgeltfortzahlung an Feiertagen. Hier folgt der Anspruch aus § 2 Abs. 1 EFZG, § 6 Abs. 5 ArbZG *(vgl. BAG 1. Dezember 2004 - 5 AZR 68/04 - aaO)*. 27

6. Der Klägerin stehen auch die begehrten Zinsansprüche zu. Verzugszinsen stehen ihr gemäß § 187 Abs. 1 BGB ab dem Tag nach Eintritt der Fälligkeit zu *(vgl. BAG 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 38)*. Fällig sind die Ansprüche auf Nachtarbeitszuschläge mangels ausdrücklicher Regelung nach Ablauf des jeweiligen Zeitabschnitts - hier der Monat - am ersten Tag des Folgemonats *(§§ 614, 271 BGB)*. Handelt es sich beim Monatsersten um einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, tritt an die Stelle dieses Tags aber erst der nächste Werktag *(§ 193 BGB; BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 20)*. Die Verzinsungspflicht beginnt nach § 187 Abs. 1 BGB mit dem Folgetag der Fälligkeit 28

(BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 341/21 - Rn. 53). Danach stehen der Klägerin jedenfalls jeweils ab dem Monatsfünften des Folgemonats die beantragten Zinsen zu.

III. Die Kosten der Revision hat die Beklagte zu tragen *(§ 97 Abs. 1 ZPO)*. 29

W. Reinfelder Nowak Günther-Gräff

S. Viehl Beitz

ECLI:DE:BAG:2022:141222.U.10AZR533.20.0