

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Urteil vom 14. Dezember 2022
- 10 AZR 541/20 -
ECLI:DE:BAG:2022:141222.U.10AZR541.20.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 10. Juli 2019
- 3 Ca 8357/18 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 5. Juni 2020
- 10 Sa 710/19 -

Entscheidungsstichworte:

Angemessener Nachtarbeitszuschlag - Dauernachtarbeit - Zeitungszusteller - Pressefreiheit

Hinweis des Senats:

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

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 541/20
10 Sa 710/19
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Dezember 2022

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

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 710/19 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass ein Zinsanspruch seit dem 21. Dezember 2018 besteht.
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

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

In einer Betriebsvereinbarung vom 29. März 2016 (BV 3/2016) heißt es: 4

„1.

Die Arbeitgeberin verzichtet bezüglich solcher Ansprüche auf Zahlung eines angemessenen Nachzuschlags, die zum heutigen Tag nicht bereits verfallen sind, auf die Einhaltung etwaiger Verfallfristen durch die Arbeitnehmer, die als Zeitungszusteller bei ihr beschäftigt sind oder waren. Die Frage der angemessenen Höhe ist zwischen den Parteien streitig.

2.

Die Arbeitgeberin verpflichtet sich, einen höheren Nachzuschlag als zehn Prozent an alle bei ihr beschäftigten Zeitungszusteller zu zahlen, wenn im Rechtsstreit eines Zei-

tungszustellers, der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin ist oder war, durch rechtskräftiges Urteil ein höherer Nachzuschlag als zehn Prozent als angemessen festgestellt worden ist (einer Feststellung im Urteilstenor bedarf es nicht). Diese Verpflichtung übernimmt die Arbeitgeberin durch diese Betriebsvereinbarung spätestens für die Zeit ab Rechtskraft des Urteils.“

In einer Betriebsvereinbarung zur innerbetrieblichen Lohngestaltung vom 23. Dezember 2016 (BV 12/2016) ist in Abschn. I Nr. 3 geregelt: 5

„Lohnbestandteil: angemessener Nachzuschlag. 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.“

Der Kläger verlangt mit seiner Leistungsklage einen um zehn Prozentpunkte höheren Nachtarbeitszuschlag für den Zeitraum Januar 2015 bis September 2018. Die rechnerisch unstreitige Vergütungsdifferenz für den vorgenannten Zeitraum beläuft sich insgesamt auf 3.384,60 Euro brutto. Ab Oktober 2018 begehrt er eine entsprechende Feststellung. 6

Der Kläger hat gemeint, für seine dauerhaft während der Nachtzeit verrichtete 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. 7

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 8

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn für die Zeit von Januar 2015 bis einschließlich September 2018 Nachzuschläge iHv. 3.384,60 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ab Oktober 2018 Nachzuschlag iHv. 30 % des Bruttoarbeitsentgelts 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, 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.

9

Die Voraussetzungen für eine Feststellungsklage seien nicht gegeben. Der Kläger habe kein Feststellungsinteresse. Der Begriff „angemessener Nachtarbeitszuschlag“ verbiete eine schematische Betrachtung.

10

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten - unter Beschränkung des Feststellungstenors auf den Zeitraum von 02:00 Uhr bis 06:00 Uhr - zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

11

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zu Recht dazu verurteilt, höhere Nachtarbeitszuschläge zu zahlen, und dem Feststellungsantrag stattgegeben. 12
- I. Die Klage ist insgesamt zulässig. 13
1. Der Zahlungsantrag ist als abschließende Gesamtklage hinreichend bestimmt (*vgl. zu den Voraussetzungen BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 11*). 14
2. Auch der Feststellungsantrag ist - soweit er noch Gegenstand der Revision ist - zulässig und insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO für den Antrag erforderliche Feststellungsinteresse besteht ungeachtet des Umstands, dass der Kläger hinsichtlich der zwischenzeitlich fällig gewordenen Zuschläge Zahlungsanträge stellen könnte. 15
- a) Eine Feststellungsklage kann sich nach § 256 Abs. 1 ZPO auf einzelne Ansprüche beschränken (*vgl. BAG 25. Mai 2022 - 10 AZR 230/19 - Rn. 18 mwN*). Das Begehren des Klägers betrifft die Zuschläge, die die Beklagte nach § 6 Abs. 5 ArbZG an den Kläger zu zahlen hat. Diese Verpflichtung kann zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage sein (*vgl. BAG 10. November 2021 - 10 AZR 256/20 - Rn. 24 mwN*). 16
- b) Das besondere Feststellungsinteresse besteht ebenfalls, da die Beklagte nicht bereit ist, höhere als die von ihr geleisteten Zuschläge zu zahlen. Durch den erstrebten Feststellungsausspruch kann die zwischen den Parteien bestehende Uneinigkeit insgesamt beseitigt und das Rechtsverhältnis abschließend geklärt werden. Über andere Faktoren, die maßgeblich sind, um die Zuschläge nach § 6 Abs. 5 ArbZG zu berechnen, streiten die Parteien nicht. Sie können die konkrete Berechnung der Zahlungsansprüche ohne Weiteres selbst durchführen. In einem 17

solchen Fall steht auch der Vorrang der Leistungsklage der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht entgegen (vgl. BAG 25. Mai 2022 - 10 AZR 230/19 - Rn. 18 mwN).

Der Einwand der Beklagten, die Arbeitsumstände könnten sich ändern, was das Feststellungsinteresse des Klägers entfallen lasse, verfährt nicht. Soweit sich in der Zukunft die für die Zahlungsverpflichtung der Beklagten maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ändern sollten, entfielen die Rechtskraftwirkung des Feststellungsausspruchs (vgl. BAG 2. September 2014 - 3 AZR 951/12 - Rn. 40 mwN). 18

II. Die Klage ist - soweit Gegenstand der Revision - begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass für die Arbeitsstunden, die der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum während der gesetzlichen Nachtzeit geleistet hat, ein Zuschlag von insgesamt 30 % auf das Bruttoarbeitsentgelt angemessen ist. Der Anspruch iHv. insgesamt - rechnerisch unstrittigen - 3.384,60 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. 19

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 Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung besteht im Streitfall nicht. 20

2. Der Kläger war im streitgegenständlichen Zeitraum unstrittig Nachtarbeitnehmer iSd. Arbeitszeitgesetzes (§ 2 Abs. 3 bis 5 ArbZG). Er hat, soweit Entgelt Differenzen gefordert werden, ausschließlich während der gesetzlichen Nachtzeit in dem gesetzlich geforderten Umfang gearbeitet. 21

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*). 22
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. 23
- 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 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*). 24

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 dargelegt sind, hat der Senat sie geprüft. Diese verhelfen aber der Revision nicht zum Erfolg. Ergänzend ist lediglich noch auf Folgendes hinzuweisen:

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.*).

bb) Entgegen der Ansicht der Beklagten stellt der Umstand, dass der Kläger 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.*).

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, der Kläger sei iSd. Richtlinie nicht als Nachtarbeiter zu qualifizieren, weil er 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 gerade 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.*).

28

- 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*). 29
- 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.*). 30
- 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*). 31
5. Soweit vorliegend höhere Nachtarbeitszuschläge für Lohnfortzahlungszeiträume gefordert werden, ist der Anspruch ebenfalls gegeben. 32
- a) Für Urlaubszeiträume des Klägers folgt der Anspruch aus §§ 1, 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG, § 6 Abs. 5 ArbZG. Nach § 1 BUrlG hat der 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 33

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 ein Arbeitnehmer, der - wie der Kläger - dauerhaft Nachtarbeit leistet, gearbeitet hätte, wäre er 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*). 34

6. Der Feststellungsantrag ist aus den gleichen Erwägungen begründet. Soweit die Beklagte auf ihr Wahlrecht verweist, entweder einen angemessenen Zuschlag oder eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage zu gewähren (§ 6 Abs. 5 ArbZG), hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht entschieden, dass die Beklagte hiervon auch für die Zukunft bereits Gebrauch gemacht hat. In Nr. 2 BV 3/2016 hat sie ihr Wahlrecht dahingehend ausgeübt, einen Nachtarbeitszuschlag als Ausgleich zahlen zu wollen (*vgl. zur Möglichkeit, aus kollektivrechtlichen Gründen zu einer bestimmten Art des Ausgleichs verpflichtet zu sein, BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 156/15 - Rn. 67*). Eines Rückgriffs auf die BV 12/2016, die die BV 3/2016 auch nicht abgelöst hat (*vgl. dazu BAG 14. Dezember 2022 - 10 AZR 531/22 - Rn. 37 ff.*), braucht es dafür nicht. 35

7. Der Kläger hat seit dem 21. Dezember 2018 Anspruch auf Prozesszinsen (§§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2, § 187 Abs. 1 BGB). Die Klage wurde der Beklagten am 20. Dezember 2018 zugestellt. Die Verzinsungspflicht beginnt ab dem auf den Zustellungstag folgenden Tag (*BAG 10. November 2021 - 10 AZR 261/20 - Rn. 58*). Die versehentliche Auslassung im Tenor der Vorinstanzen war nach § 319 ZPO von Amts wegen zu berichtigen (*vgl. BAG 10. November 2021 - 5 AZR 335/21 - Rn. 9*). 36

III. Die Kosten der Revision hat die Beklagte zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 37

W. Reinfelder

Nowak

Günther-Gräff

S. Viehl

Beitz