

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Richtlinie 2003/88/EG
3. Regelungen zur Nachtarbeit
 - 3.1 Arbeitszeitgesetz - Definition Nachtarbeit/Nachtarbeitnehmer
 - 3.2 Arbeitszeitgesetz - Umsetzung der Nachtarbeit
 - 3.3 Beschäftigungsverbote
 - 3.3.1 Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung
 - 3.3.2 Jugendarbeitsschutz
 - 3.3.3 Mutterschutz
 - 3.3.4 Tarifvertragliche Regelungen
 - 3.4 Mitbestimmung
 - 3.5 Nachtarbeit - Umsetzung
 - 3.6 Steuerfreie Zuschläge
 - 3.7 Zuschläge für Nachtarbeit
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Angemessenheit - 1
 - 4.2 Angemessenheit - 2
 - 4.3 Angemessenheit - 3
 - 4.4 Arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse
 - 4.5 Belastungen
 - 4.6 Berechnungsbasis: Mindestlohn
 - 4.7 Besitzstandszulage - Mindestlohn
 - 4.8 Betriebsrat - 1
 - 4.9 Betriebsrat - 2
 - 4.10 Direktionsrecht
 - 4.11 Entgeltfortzahlung
 - 4.12 Freigestellte Betriebsratsmitglieder - 1
 - 4.13 Freigestellte Betriebsratsmitglieder - 2
 - 4.14 Gleichbehandlung
 - 4.15 Gleichwertigkeit
 - 4.16 Kündigung einer Pauschalierungsabrede
 - 4.17 Mindestlohnwirksame Zuschläge
 - 4.18 Mindestlohnwirksamkeit
 - 4.19 Mitbestimmung - 1
 - 4.20 Mitbestimmung - 2
 - 4.21 Nachtarbeitnehmer - Prognose
 - 4.22 Nachtdienstuntauglichkeit
 - 4.23 Pauschale Zuschläge
 - 4.24 Pfändbarkeit von Nachtarbeitszuschlägen
 - 4.25 Schwangere und junge Mütter
 - 4.26 Schwerbehinderte Menschen

- 4.27 Statusfeststellung
- 4.28 Tarifliche Regelung
- 4.29 Tatsächliche Arbeitsleistung
- 4.30 Unpfändbarkeit von Nachtarbeitszuschlägen
- 4.31 Unregelmäßige Nachtarbeit
- 4.32 Unterschiedliche Zuschläge
- 4.33 Vertrauensschutz
- 4.34 Wahlrecht - 1
- 4.35 Wahlrecht - 2
- 4.36 Wahlrecht - 3
- 4.37 Zeitungszusteller
- 4.38 Zuschläge bei Betriebsratstätigkeit
- 4.39 Zuschläge bei Schichtarbeit - 1
- 4.40 Zuschläge bei Schichtarbeit - 2
- 4.41 Zuschläge bei Schichtarbeit - 3
- 4.42 Zuschlagshöhe - 1
- 4.43 Zuschlagshöhe - 2

Information

1. Allgemeines

Der **Gesetzgeber** lässt **Nachtarbeit** nur unter bestimmten **Voraussetzungen** zu. Die Gründe dafür liegen auf der Hand. Das nächtliche Schaffen belastet die **Gesundheit** und ist neben anderen **Beeinträchtigungen** auch mit einem erheblichen Freizeitverzicht verbunden. Nachtarbeit war im nationalen Arbeitsrecht schon lange geregelt, trotzdem hat die **EU** mit ihrer Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung noch eins draufgesetzt. Sie verpflichtet die Mitgliedsstaaten unter anderem, die erforderlichen Maßnahmen zum **Gesundheitsschutz** zu treffen und Nachtarbeit für bestimmte Arbeitnehmergruppen besonders zu regeln. Zudem sieht sie ein Recht der Nachtarbeitnehmer vor, sich vor und regelmäßig während der Nachtarbeit unentgeltlich untersuchen zu lassen. Die Richtlinie 2003/88/EG wurde in nationales Recht umgesetzt. Das ArbZG enthält nun die grundlegenden, dem EU-Recht angepassten Vorschriften der Nachtarbeit.

Praxistipp:

Viele Vorgaben des ArbZG sind strikt und können weder von den Vertragspartnern noch via Tarifvertrag geändert werden. Daneben enthält das ArbZG allerdings eine Vielzahl von Ausnahbestimmungen, die in der Regel die Zustimmung der Aufsichtsbehörde voraussetzen. Wer das ist, ergibt sich aus dem jeweiligen Landesrecht - in der Regel sind es die staatlichen Ämter für Arbeitsschutz oder die Gewerbeaufsichtsämter. Wer Bußgelder wegen ArbZG - Verstößen und sonstigen Ordnungswidrigkeiten vermeiden will, sollte rechtzeitig mit ihnen Kontakt aufnehmen.

Nachtzeit i.S.d. des ArbZG ist "die Zeit von 23 bis 6 Uhr, in Bäckereien und Konditoreien die Zeit von 22 bis 5 Uhr". "Nachtarbeit" i.S.d. ArbZG "jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit umfasst". Für besondere Arbeitnehmer - zum Beispiel für schwangere Arbeitnehmerinnen, junge Mütter (§ 8 MuSchG) und Jugendliche (§ 14 JArbSchG) - gibt es besondere Schutzvorschriften. Im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen darf der Arbeitgeber Nachtarbeit über sein Direktionsrecht anweisen (§ 106 Satz 1 GewO). Dieses Direktionsrecht kann allerdings durch Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen eingeschränkt sein. Selbst wenn die keine Regelungen zur Vergütung von Nachtarbeit enthalten: der Arbeitgeber muss nach § 6 Abs. 5 ArbZG "für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt" gewähren.

Der Betriebsrat hat bei der Nachtarbeit unter anderem nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitzubestimmen.

2. Richtlinie 2003/88/EG

Die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte **Aspekte der Arbeitszeitgestaltung** vom 04.11.2003 enthält **die europarechtlichen Grundlagen** für die **Regelung von Nachtarbeit** - die der nationale Gesetzgeber mit dem ArbZG und anderen Gesetzen in nationales Recht umgesetzt hat.

In ihrer **Präambel** sagt die Richtlinie unter anderem, dass

- bei der **Gestaltung der Nachtarbeitszeit** den Grundsätzen der Internationalen Arbeitsorganisation Rechnung zu tragen ist (Abs. 6);
- "Untersuchungen zeigen, dass der menschliche Organismus während der Nacht besonders empfindlich auf Umweltstörungen und auf bestimmte (Abs. 7);
- die Dauer von Nachtarbeit wegen der damit verbundenen Belastungen einzuschränken ist (Abs. 8);
- Nachtarbeiter vor Aufnahme ihrer Arbeit - "und danach regelmäßig" - einen Anspruch auf eine unentgeltliche Untersuchung ihres Gesundheitszustands haben (Nr. 9);
- in "Anbetracht der besonderen Lage von Nacht- und Schichtarbeitern .. deren Sicherheit und Gesundheit in einem Maß geschützt werden" müssen, "das der Art ihrer Arbeit entspricht, und die Schutz- und Vorsorgeleistungen oder -mittel .. effizient organisiert und eingesetzt werden" müssen (Abs. 10).

Nachtzeit i.S.d. Richtlinie 2003/88/EG ist

"jede, in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegte Zeitspanne von mindestens sieben Stunden, welche auf jeden Fall die Zeitspanne zwischen 24 Uhr und 5 Uhr umfasst" (Art. 2 Nr. 3).

Nachtarbeiter i.S.d. EU-Richtlinie sind

- "a) einerseits: jeder Arbeitnehmer, der während der Nachtzeit normalerweise
- "b) andererseits: jeder Arbeitnehmer, der während der Nachtzeit gegebenenfalls einen bestimmten Teil seiner jährlichen Arbeitszeit verrichtet, der nach Wahl des jeweiligen Mitgliedsstaats festgelegt wird:
 - ◆ i) nach Anhörung der Sozialpartner in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder
 - ◆ ii) in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern auf nationaler oder regionaler Ebene" (Art. 2 Nr. 4).

Die Mitgliedsstaaten sind durch die Richtlinie 2003/88/EG aufgefordert,

- dafür zu sorgen, dass die Normalarbeitszeit von Nachtarbeitern im Durchschnitt acht Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum nicht überschreitet (Art. 8);
- die notwendigen Maßnahmen zu treffen, damit der **Gesundheitszustand** von Nachtarbeitern regelmäßig und unentgeltlich untersucht wird (Art. 9);
- den **Schutz bestimmter Gruppen** von Nachtarbeitern sicherzustellen, die während der Nachtzeit Sicherheits- und Gesundheitsrisiken ausgesetzt sind (Art. 10).

Abweichungen und Ausnahmen für bestimmte Arbeitnehmer, Branchen und Berufe lässt Art. 17 der Richtlinie zu, Abweichungen via Tarifvertrag Art. 18.

3. Regelungen zur Nachtarbeit

Die wichtigsten **Nachtarbeitsbestimmungen** stehen im ArbZG . Dieses Gesetz ist aber nicht die einzige Rechtsgrundlage für Nachtarbeit und ihre Ausgestaltung. Besonders dort, wo es gilt, bestimmte Arbeitnehmer vor den schädlichen Folgen von Nachtarbeit zu **schützen**, ist der Gesetzgeber aktiv geworden - zum Beispiel bei Jugendlichen, Schwangeren und jungen Müttern . Arbeitgeber und Arbeitnehmer können - wie die

Betriebspartner in Betriebsvereinbarungen und die Sozialpartner in Tarifverträgen - Nachtarbeit nur insoweit regeln, wie es die zwingenden gesetzlichen Regelungen zulassen.

3.1 Arbeitszeitgesetz - Definition Nachtarbeit/Nachtarbeitnehmer

Nachtarbeit i.S.d. ArbZG ist

- die **Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr**,
- in Bäcker- und Konditoreien die Zeit von 22:00 Uhr bis 05:00 Uhr (§ 2 Abs. 3 ArbZG).

ArbZG -Nachtarbeit ist "jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit umfasst" (§ 2 Abs. 4 ArbZG).
Nachtarbeitnehmer i.S.d. ArbZG sind Arbeitnehmer, die

- auf Grund ihrer Arbeitszeitgestaltung normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten haben (§ 2 Abs. 5 Nr. 1 ArbZG) oder
- Nachtarbeit an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr leisten (§ 2 Abs. 5 Nr. 2 ArbZG).

Tarifverträge können den Beginn des 7-stündigen Nachtzeitraums des § 2 Abs. 3 ArbZG auf die Zeit zwischen 22:00 Uhr und 24:00 Uhr festlegen (§ 7 Abs. 1 Nr. 5 ArbZG).

3.2 Arbeitszeitgesetz - Umsetzung der Nachtarbeit

Der Arbeitgeber muss die Arbeitszeit der Nachtarbeitnehmer nach "den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit festlegen" (§ 6 Abs. 1 ArbZG).
Nachtarbeitnehmer sind berechtigt,

- sich vor Beginn der Beschäftigung und
- danach in regelmäßigen Zeitabständen von nicht weniger als drei Jahren **arbeitsmedizinisch untersuchen** zu lassen (§ 6 Abs. 3 Satz 1 ArbZG).

Die **Kosten der Untersuchung** trägt der Arbeitgeber - wenn er sie den Nachtarbeitnehmern nicht kostenlos durch einen Betriebsarzt oder einen überbetrieblichen Dienst von Betriebsärzten anbietet (§ 6 Abs. 3 Satz 3 ArbZG).

Die werktägliche Arbeitszeit von Nachtarbeitnehmern

- darf **acht Stunden** nicht überschreiten (§ 6 Abs. 2 Satz 1 ArbZG);
- kann **auf bis zu zehn Stunden verlängert** werden, wenn abweichend von § 3 ArbZG innerhalb von einem Kalendermonat oder innerhalb von vier Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden (§ 6 Abs. 2 Satz 2 ArbZG).

Tarifverträge können von § 6 Abs. 2 ArbZG abweichende Regelungen vorsehen, § 7 Abs. 1 Nr. 4 ArbZG .

Soweit keine tarifvertraglichen **Ausgleichsregelungen** greifen, hat der Arbeitgeber

- 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 (§ 6 Abs. 5 ArbZG).

Wer Arbeitnehmer über die durch § 6 Abs. 2 ArbZG gezogenen Arbeitszeitgrenzen hinaus beschäftigt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, § 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG . Hier droht eine **Geldbuße** bis zu 15.000 EUR (§ 22 Abs. 2 1. Alt. ArbZG). Bei Vorsatz, Gesundheitsgefährdung oder beharrlicher Wiederholung liegt sogar eine Straftat vor, die nach § 23 Abs. 1 ArbZG eine Geld- oder Freiheitsstrafe nach sich zieht.

3.3 Beschäftigungsverbote

Trotz aller **Flexibilisierungswünsche** der Wirtschaft sind einige **Arbeitnehmer von Rechts wegen** daran **gehindert**, Nachtarbeit zu leisten:

3.3.1 Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können im **Arbeitsvertrag** alles frei und wirksam vereinbaren, was arbeitsrechtlich zulässig ist (§ 105 Satz 1 GewO) - auch Nachtarbeit.

Praxistipp:

Die Vorgaben des ArbZG und die gesetzlichen Beschäftigungsverbote - s. nachfolgend Gliederungspunkt 3.3.2. f.- sind strikt zu beachten. Von zwingenden gesetzlichen Vorschriften dürfen die Vertragspartner nicht abweichen. Der Arbeitgeber kann daher mit einer schwangeren Mitarbeiterin nicht vereinbaren, dass sie entgegen § 8 MuSchG auch nachts arbeitet.

Der Arbeitgeber hat mit seinem Weisungsrecht aus § 106 Satz 1 GewO die Möglichkeit, nach billigem Ermessen die **Zeit der Arbeitsleistung** näher zu bestimmen. Er kann via Direktionsrecht **Nachtarbeit** anweisen - selbstverständlich nur soweit, als die **Arbeitsbedingung** Nachtarbeit nicht bereits durch

- den Arbeitsvertrag,
- eine Betriebsvereinbarung
- einen Tarifvertrag oder
- gesetzliche Bestimmungen

geregelt ist (§ 106 Satz 1 GewO).

Praxistipp:

Auch wenn die Arbeitszeit über einen längeren Zeitraum unverändert blieb: Ein arbeitsvertraglicher Ausschluss von Nachtarbeit muss eindeutig geregelt sein (z.B.: "*Der/Die Arbeitnehmer/in wird nicht in der Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr beschäftigt.*"). Ohne eindeutige Regelung bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, im Rahmen des § 106 Abs. 1 GewO auch Nachtarbeit anzuweisen.

Nachtarbeit kann auch mit einer **Betriebsvereinbarung** geregelt werden. So dürfen die Betriebspartner beispielsweise über die gesetzlichen Beschäftigungsverbote hinaus weitere Tatbestände vereinbaren, bei deren Vorliegen **bestimmte Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern** von Nachtarbeit zu befreien sind. Soweit § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG - Gesundheitsschutz, Unfallverhütung - nicht greift, kommt wohl nur eine freiwillige, über die Einigungsstelle nicht erzwingbare Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG in Betracht (im Übrigen wird zu Mibestimmungsfragen auf Gliederungspunkt 3.4 dieses Stichworts verwiesen).

3.3.2 Jugendarbeitsschutz

Jugendliche dürfen nach § 14 Abs. 1 JArbSchG grundsätzlich **nur in der Zeit von 06:00 Uhr bis 20:00 Uhr** beschäftigt werden.

Haben Jugendliche das **16. Lebensjahr** vollendet, dürfen sie

- im Gaststätten- und Schaustellergewerbe bis 22:00 Uhr,
- in mehrschichtigen Betrieben bis 23:00 Uhr,
- in der Landwirtschaft ab 05:00 Uhr oder bis 21:00 Uhr und
- in Bäckereien und Konditoreien ab 05:00 Uhr

beschäftigt werden (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 4 JArbSchG). § 14 Abs. 4 JArbSchG fügt an: "An dem einem Berufsschultag unmittelbar vorangehenden Tag dürfen Jugendliche auch nach Absatz 2 Nr. 1 bis 3 nicht nach 20 Uhr beschäftigt werden, wenn der Berufsschulunterricht am Berufsschultag vor 9 Uhr beginnt".

Haben Jugendliche das **17. Lebensjahr** vollendet, dürfen sie in Bäckereien sogar ab 04:00 Uhr beschäftigt werden (§ 14 Abs. 3 JArbSchG).

Weitere **Ausnahmebestimmungen** vom generellen Nachtarbeitsverbot gibt es für

- das Vorliegen verkehrstechnischer Gründe (§ 14 Abs. 5 Satz 1 JArbSchG),
- die Vermeidung von Wartezeiten in mehrschichtigen Betrieben (§ 14 Abs. 5 Satz 2 JArbSchG)
- die Arbeit in Betrieben, in denen Beschäftigte "in außergewöhnlichem Grade der Einwirkung von Hitze ausgesetzt sind" (§ 14 Abs. 6 JArbSchG) und
- bei Musikaufführungen, Theatervorstellungen und anderen Aufführungen, Aufnahmen im Rundfunk (Hörfunk und TV), auf Ton- und Bildträger sowie bei Film- und Fotoaufnahmen (§ 14 Abs. 7 JArbSchG).

3.3.3 Mutterschutz

Werdende und stillende Mütter dürfen in der Nacht von 20:00 Uhr bis 06:00 Uhr nicht beschäftigt werden, § 8 Abs. 1 MuSchG . Abweichend von diesem generellen Nachtarbeitsverbot dürfen

- werdende Mütter in den ersten vier Monaten der Schwangerschaft und
- stillende Mütter

in

- Gast- und Schankwirtschaften und im übrigen Beherbergungsgewerbe bis 22:00 Uhr,
- der Landwirtschaft mit dem Melken von Vieh ab 05:00 Uhr

und als Künstlerinnen bei Musikaufführungen, Theatervorstellungen und ähnlichen Aufführungen bis 23:00 Uhr beschäftigt werden (§ 8 Abs. 3 MuSchG).

Die Aufsichtsbehörden können in begründeten Einzelfällen Ausnahmen von § 6 Abs. 1 und Abs. 3 MuSchG zulassen (§ 8 Abs. 6 MuSchG).

3.3.4 Tarifvertragliche Regelungen

Tarifverträge können unter anderem Rechtsnormen enthalten, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen, § 1 Abs. 1 TVG . Soweit gesetzlich zulässig, dürfen die Sozialpartner insbesondere

- Zeitraum und Dauer von Nachtarbeit festlegen,
- bezahlte Freizeit und/oder Entgeltzuschläge für den Nachtarbeitsausgleich vorsehen,
- Voraussetzungen aufstellen, unter denen der Arbeitgeber Nachtarbeit anweisen darf, und
- bestimmte Arbeitnehmergruppen von der Nachtarbeit ausnehmen oder Nachtarbeit für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern (z.B. Alleinerziehende, Behinderte, Leistungssportler, Vereinsmitglieder) nur unter Einschränkungen zu lassen.

Hier einige Beispiele:

- Nachtarbeit sind Arbeitsstunden "von 19.30 bis 6 Uhr", "in Verkaufsstellen von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr" (§ 6 Abs. 1 Satz 2 MTVEiHNW96 a.F. [= heute § 6 Abs. 1 MTV Einzelhandel NW n.F.] - Einzelhandel - Nordrhein-Westfalen - mit der Maßgabe, dass Nachtarbeit - so § 6 Abs. 1 Satz 1 MTVEiHNW96 a.F. "nach Möglichkeit zu vermeiden" ist). Heute sagt § 6 Abs. 2 MTV Einzelhandel NW n.F.: "Die Betriebsparteien haben zu prüfen, ob Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit vermieden werden können. Sie sind nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zulässig."
- "Nachtarbeit ist Arbeit zwischen 22.00 und 5.00 Uhr" (§ 5 Nr. 4 BRTVGBau - Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau - Bund).
- "Als Nachtarbeit gilt die in der Zeit von 22.00 Uhr bis 5.00 Uhr geleistete Arbeit" (§ 3 Nr. 3.2 RTVgewANGR - Gebäudereinigung - Bund).
- "Nachtschichtarbeit ist die dritte 8-stündige Schicht in der Zeit von 22.00 bis 6.00 Uhr"; "Nachtarbeit ist diejenige Zeit, die zwischen 24.00 bis 6.00 Uhr liegt und über 1 3/4 Stunden hinausgeht" (§ 6

Nr. 6.6 MTVHGGNi - Hotel- und Gaststättengewerbe - Niedersachsen).

- "Nachtarbeit ist in der Zeit zwischen 20.00 und 6.00 Uhr geleistete Arbeit" (§ 4 Nr. 3 Satz 1 MTVMHBeW - metallverarbeitendes Handwerk - Berlin - mit der Aufgabe an den Arbeitgeber, notwendige "Nachtarbeit ... kann nur im Einvernehmen mit dem Betriebsrat angeordnet werden" - § 4 Nr. 5 Satz 1 MTVMHBeW - und der Einschränkung: "Ist die Arbeitsleistung ... rechtzeitig angekündigt worden, darf sie nur aus zwingenden Gründen abgelehnt werden" - § 4 Nr. 5 Satz 4 MTVMHBeW).
- "Nachtarbeit ist die Arbeit in der Zeit von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr" (§ 3 Nr. 3 MTVgANTIBeW - **Textilindustrie** - Berlin mit der Maßgabe: "Bei dringendem Bedarf ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen ... Nachtarbeit ... zu leisten" (§ 3 Nr. 1 MTVgANTIBeW).

Der MTV Einzelhandel NW enthält sogar besondere Vorschriften für den Einsatz von Mitarbeitern in Verkaufsstellen nach 18:30 Uhr (sog. Spätöffnung). So muss der Arbeitgeber zum einen ihre "sozialen Belange" berücksichtigen. Zum anderen sagt § 4 Abs. 1 Satz 2 MTVEiHNW96 a.F. (= § 5 Abs. 3 Satz 2 MTV Einzelhandel NW n.F.): "Beim Vorliegen dringender persönlicher Gründe sollen die Beschäftigten im Verkauf auf ihren Wunsch hin an den Tagen Montag bis Freitag von einem Einsatz nach 18.30 ["sowie an Samstagen nach 16.00 Uhr"] ganz oder teilweise ausgenommen werden, wenn dieser Einsatz für sie unzumutbar wäre". "Das ist regelmäßig der Fall,

- wenn die nach ärztlichem Attest erforderliche Betreuung und Pflege naher Angehöriger/Lebenspartner nicht gewährleistet wäre,
- wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Betreuung und die Beaufsichtigung ihrer Kinder vor Vollendung des 12. Lebensjahres nicht gewährleistet wäre,
- für Auszubildende am Berufsschultag,
- wenn bei der Teilnahme an außerbetrieblichen Weiterbildungsmaßnahmen für die Dauer und den Umfang keine zeitlichen Alternativen bestehen."

Auch sollen Beschäftigte, die bei einem Geschäftsschluss um 20:00 Uhr ihren Wohnsitz in einem zumutbaren Zeitraum nicht mehr mit öffentlichen Verkehrsmitteln erreichen können, "wenn sie diese ausschließlich benutzen können", "in erforderlichem Umfang vor 20.00 Uhr von dem Arbeitseinsatz ausgenommen werden" (§ 4 Abs. 1 Satz 4 MTVEiHNW96 a.F. = § 5 Abs. 3 Satz 4 MTV Einzelhandel NW n.F.).

3.4 Mitbestimmung

Der **Betriebsrat** hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG - soweit keine

- gesetzliche oder
- tarifliche

Regelung besteht - bei "Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage" mitzubestimmen. Soweit gesundheitliche Gefahren der Nachtarbeit begegnet werden muss, öffnet § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei

"Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften."

§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gewährt ein Mitbestimmungsrecht in "Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung" - wenn es also um den angemessenen Ausgleich nach § 6 Abs. 5 ArbZG geht.

§ 87 Abs. 1 BetrVG enthält Tatbestände zwingender Mitbestimmung . Für freiwillige Betriebsvereinbarungen enthält § 88 BetrVG den Einstieg, zum Beispiel für "zusätzliche Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsschädigungen" (§ 88 Nr. 1 BetrVG). Im Gegensatz zu den Regelungstatbeständen des § 87 Abs. 1 BetrVG können freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG nicht erzwungen werden. Der Betriebsrat hat bei § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zwar ein Initiativrecht - dieses Initiativrecht besteht aber nur in den von § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gesteckten gesetzlichen und tariflichen

Grenzen.

Der Zweck des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG liegt darin, die

- Interessen der Mitarbeiter an der Lage ihrer Arbeitszeit und damit auch an ihrer Freizeit für die Gestaltung des Privatlebens mit den
- **Interessen des Arbeitgebers** an der wirtschaftlichen Gestaltung der Arbeitszeit und der Betriebsnutzungszeiten

in Einklang zu bringen.

Praxistipp:

Arbeitnehmer brauchen die mitbestimmungswidrige Anweisung von Nachtarbeit nicht zu befolgen. Arbeitgebermaßnahmen, die gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG - oder andere zwingende Mitbestimmungsrechte verstoßen - sind auch individualrechtlich unwirksam.

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 7 und Nr. 10 BetrVG erstreckt sich unter anderem auf

- die Einführung,
- die Ausgestaltung,
- die Vergütung (Ausgleich in Geld oder bezahlter Freizeit) oder
- die Reduzierung oder vollständige Rückführung

von Nachtarbeit. Dabei muss der Betriebsrat allerdings das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 Abs. 1 BetrVG beachten.

3.5 Nachtarbeit - Umsetzung

Der Arbeitgeber hat einen Nachtarbeitnehmer nach § 6 Abs. 4 Satz 1 ArbZG auf dessen Verlangen auf einen für ihn geeigneten Tagesarbeitsplatz umzusetzen, wenn

- a) nach arbeitsmedizinischer Feststellung die weitere Verrichtung von Nachtarbeit den Arbeitnehmer in seiner Gesundheit gefährdet oder
- b) im Haushalt des Arbeitnehmers ein Kind unter zwölf Jahren lebt, das nicht von einer anderen im Haushalt lebenden Person betreut werden kann, oder
- c) der Arbeitnehmer einen schwerpflegebedürftigen Angehörigen zu versorgen hat, der nicht von einem anderen im Haushalt lebenden Angehörigen versorgt werden kann,

sofern dem nicht **dringende betriebliche Erfordernisse** entgegenstehen.

Praxistipp:

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Nachtarbeitnehmer von sich aus auf einen Tagesarbeitsplatz zu versetzen. Er braucht nur tätig zu werden, wenn ein Mitarbeiter die Umsetzung verlangt. Der Arbeitgeber kann diesem Wunsch nur dringende betriebliche Erfordernisse entgegenhalten: die Umsetzung auf einen Tagesarbeitsplatz darf dem Arbeitgeber bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zumutbar sein.

Das ArbZG sagt zwar in § 2 Abs. 3, was es unter "Nachtzeit" versteht, enthält aber keine Definition des Tagesarbeitsplatzes. Im Umkehrschluss zu § 2 Abs. 3 ArbZG kann man nur sagen: "Tageszeit im Sinne dieses Gesetzes ist die Zeit von 6 bis 23 Uhr, in Bäckereien und Konditoreien die Zeit von 5 bis 22 Uhr". Ein Umkehrschluss aus § 2 Abs. 4 ArbZG - "Tagarbeit im Sinne dieses Gesetzes ist jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Tagzeit umfasst" - wird man nicht ziehen können. Wer es verlangt, darf in der Zeit, die das ArbZG als Nachtzeit vorgibt, überhaupt nicht beschäftigt werden.

Praxistipp:

Es kommt bei Anwendung des § 6 Abs. 4 ArbZG nicht ausschließlich auf das Verlangen des Mitarbeiters an. Es muss ein "für ihn geeigneter Tagesarbeitsplatz" da sein. Insoweit muss die Tagtätigkeit losgelöst von der Arbeitszeit nach ihrem Gesamtbild der bisherigen Tätigkeit entsprechen - wozu unter anderem auf die Anforderungen des Arbeitsplatzes und die einschlägigen Tätigkeitsmerkmale abzustellen ist.

Ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass der Umsetzung des Nachtarbeitnehmers auf einen für ihn geeigneten Tagesarbeitsplatz dringende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen, muss er seinen Betriebs- oder Personalrat anhören (§ 6 Abs. 4 Satz 2 ArbZG). Die Arbeitnehmervertretung kann dem Arbeitgeber Vorschläge für die Umsetzung machen (§ 6 Abs. 4 Satz 3 ArbZG).

3.6 Steuerfreie Zuschläge

§ 3b Abs. 1 Nr. 1 EStG sagt, dass

"Zuschläge, die für tatsächlich geleistete ... Nachtarbeit neben dem Grundlohn gezahlt werden,"

steuerfrei sind,

"soweit sie für Nachtarbeit 25 Prozent ... des Grundlohns nicht übersteigen."

Grundlohn ist nach § 3b Abs. 2 Satz 1 EStG "der laufende Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zusteht; er ist in einen Stundenlohn umzurechnen und mit höchstens 50 Euro anzusetzen."

Praxistipp:

Die Steuerfreiheit von Nachtzuschlägen bedeutet nicht, dass Arbeitgeber für Nachtarbeit immer einen Zuschlag von 25 Prozent zahlen müssen. Das EStG erlaubt bloß, gezahlte Nachtarbeitszuschläge in dieser Höhe steuerfrei zu lassen. Es verpflichtet Arbeitgeber nicht, ihn in dieser Höhe auch zu zahlen. Die Anspruchsgrundlagen für Nachtarbeitszuschläge sind u.a. Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, eine betriebliche Übung oder der individuelle Arbeitsvertrag - und die können alle sowohl nach oben als auch nach unten hin ganz andere Zuschläge vorsehen.

Nachtarbeit i.S.d. § 3b Abs. 1 Nr. 1 EStG ist "die Arbeit in der Zeit von 20 Uhr bis 6 Uhr". Wird die Nachtarbeit vor 00:00 Uhr aufgenommen, gilt abweichend von Abs. 1 und Abs. 2:

- Für Nachtarbeit in der Zeit von 00:00 Uhr bis 04:00 Uhr erhöht sich der Zuschlagssatz auf 40 Prozent (§ 3b Abs. 3 Nr. 1 EStG).
- Die Arbeit in der Zeit von 00:00 Uhr bis 04:00 Uhr des auf des auf einen Sonn- oder Feiertag folgenden Tags gilt als Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 3b Abs. 3 Nr. 2 EStG - mit dem Erfolg, dass höhere Zuschläge steuerfrei sind).

Steuerbegünstigte Nachtarbeit muss tatsächlich geleistet werden. Zahlt ein Arbeitgeber pauschale Zuschläge, gilt: "Pauschale Zuschläge sind nicht nach § 3b EStG steuerfrei, wenn sie nicht als Abschlagzahlungen oder Vorschüsse auf Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntagsarbeit, Feiertagsarbeit oder Nachtarbeit gezahlt werden, sondern Teil einer einheitlichen Tätigkeitsvergütung sind" (BFH, 16.12.2010 - VI R 27/10). Zuschläge für "Nachtarbeit", die Teil des vom Arbeitgeber nach § 11 MuSchG fortgezahlten Mutterschutzlohns sind, sind nicht nach § 3b EStG privilegiert, weil die Nachtarbeit ja tatsächlich nicht geleistet wird (BFH, 27.05.2009 - VI B 69/08).

3.7 Zuschläge für Nachtarbeit

In der Regel ist es so, dass Zuschläge für den Ausgleich von Nachtarbeit tariflich geregelt sind. Hier eine kleine Auswahl:

- "Nachtarbeit (...): 55 %" - § 7 Abs. 1 lit. c) MTVEiHNW96 a.F. (= § 7 Abs. 1 lit. d) MTV Einzelhandel n.F.) - Einzelhandel - Nordrhein-Westfalen.
- "20 % zum Stundenlohn" - § 5 Nr. 4 BRTVGBau - Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau - Bund.
- "für Nachtarbeit während der regelmäßigen Arbeitszeit 25 v.H.", "für Nachtarbeit über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus 100 v.H" - § 3 Nr. 3.7 lit b) und lit c) RTVgewANGR - Gebäudereinigung - Bund.
- "Der Zuschlag für Nacht- bzw. Nachtschichtarbeit beträgt 15%" - § 6 Nr. 6.1 Satz 1 MTVHGGNi - Hotel- und Gaststättengewerbe - Niedersachsen.
- "ständige Nachtarbeit 15 %, unregelmäßige Nachtarbeit 50 %, unregelmäßige Nachtarbeit, die zugleich Mehrarbeit ist 60 %" - § 5 Nr. 1 lit. c) MTVMHBeW - metallverarbeitendes Handwerk - Berlin
- "von 20.00 - 22.00 Uhr 15 %, nach 22.00 Uhr 25 %" - § 3 Nr. 3 MTVgANTIBeW - Textilindustrie - Berlin
- in "der Zeit von 20:00 Uhr - 06:00 Uhr wird ein Zuschlag von 23 % zum tatsächlichen Stundenlohn gewährt" - § 6 Nr. 1. MTVWSGBY - Wach- und Sicherheitsgewerbe - Bayern

Neben einem Zuschlag auf das Arbeitsentgelt kann ein Tarifvertrag auch eine Freistellungsregelung vorsehen. Lässt dieser Tarifvertrag dem Arbeitgeber kein Wahlrecht, muss er die tarifliche Lösung strikt umsetzen. Arbeitnehmer können daher keine zusätzliche Vergütung für die Nachtarbeitsstunden verlangen, wenn der anzuwendende Tarifvertrag ausschließlich bezahlte Freizeit vorsieht.

Praxistipp:

Wer als Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist, muss für Nachtarbeit trotzdem einen Ausgleich nach § 6 Abs. 5 ArbZG gewähren. Wer hier auf Nummer sicher gehen will, orientiert sich am besten an den branchenüblichen Tarifwerten. Dann gibt es mit der Angemessenheit der Gegenleistung kein Problem.

Ohne tarifliche Regelung kann sich ein Anspruch auf Zuschläge oder/und bezahlte Freistellung unter anderem aus

- dem **Arbeitsvertrag**,
- einer Betriebsvereinbarung,
- einer **betrieblichen Übung** oder
- über § 612 BGB i.V.m. § 6 Abs. 5 ArbZG

ergeben.

Praxistipp:

Sieht der Arbeits- oder Tarifvertrag beziehungsweise die maßgebliche Betriebsvereinbarung höhere Zuschläge als die nach § 3b EStG steuerfreien vor, bleibt es dabei, dass diese Zuschläge nur in der Höhe steuerfrei sind, wie § 3b EStG sie steuerfrei lässt. Der überschüssige Teil ist dann zu versteuern. Und soweit die arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen Nachtarbeit abweichend von § 3b EStG definieren: steuerprivilegiert sind nur die Zeiträume, die das EStG vorgibt.

Wenn es keine individual- oder kollektivrechtliche Anspruchsgrundlage für den Ausgleich von Nachtarbeit gibt, hat der Arbeitgeber als Schuldner der Ausgleichsleistung ein Wahlrecht: er kann bestimmen, ob er die Nachtarbeit mit Geld oder bezahlter Freizeit oder einem Mix aus beiden ausgleicht.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten Entscheidungen zur Nachtarbeit in alphabetischer Reihenfolge nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 Angemessenheit - 1

"Bei dem Merkmal 'angemessen' handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt. Die Entscheidung ist durch das Bundesarbeitsgericht nur beschränkt überprüfbar. Eine Rechtsverletzung liegt vor, wenn der Rechtsbegriff selbst verkannt worden ist oder wenn bei der Unterordnung des festgestellten Sachverhalts unter den Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt worden sind oder wenn bei der gebotenen Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt sind oder das Ergebnis widersprüchlich ist" (BAG, 11.02.2009 - 5 AZR 148/08 - hier Angemessenheit eines 10- beziehungsweise 12-prozentigen Zuschlags für Nachtarbeit eines nicht tarifgebundenen Wachmanns bejaht).

4.2 Angemessenheit - 2

§ 6 Abs. 5 ArbZG sagt: "Soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, hat der Arbeitgeber 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." Angemessen ist in der Regel ein Zuschlag von 25 Prozent - es sei denn, es handelt sich um Dauernachtarbeit. Bei Dauernachtarbeit ist ein 30-prozentiger Zuschlag angemessen. Alternativ kann der Arbeitgeber Nachtarbeit leistende Mitarbeiter entsprechend der geleisteten Nachtarbeit und der angefallenen Zuschläge bezahlt von der Arbeit freistellen (BAG, 09.12.2015 - 10 AZR 423/14) .

4.3 Angemessenheit - 3

"Nach § 6 Abs. 5 ArbZG ist der Arbeitgeber, soweit eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung nicht besteht, verpflichtet, dem Nachtarbeitnehmer (§ 2 Abs. 5 ArbZG) für die während der Nachtzeit (§ 2 Abs. 3 ArbZG) 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 Ausgleichsanspruch durch Zahlung von Geld, durch bezahlte Freistellung oder durch eine Kombination von beidem erfüllt. 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 ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 18.05.2011 - 10 AZR 369/10]."

"Regelmäßig stellt ein Zuschlag i.H.v. 25 % auf den jeweiligen Bruttostundenlohn bzw. die Gewährung einer entsprechenden Anzahl von bezahlten freien Tagen einen angemessenen Ausgleich für geleistete Nachtarbeit i.S.v. § 6 Abs. 5 ArbZG dar" (BAG, 09.12.2015 - 10 AZR 156/15) .

4.4 Arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse

"Nachtarbeit ist nach gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen grundsätzlich für jeden Menschen **schädlich** und hat negative gesundheitliche Auswirkungen" (s. dazu BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 47/17). "Die **Belastung und Beanspruchung** der Beschäftigten steigt nach bisherigem Kenntnisstand in der Arbeitsmedizin durch die Anzahl der Nächte pro Monat und die Anzahl der Nächte hintereinander, in denen Nachtarbeit geleistet wird. Die Anzahl der aufeinanderfolgenden Nachtschichten sollte daher möglichst gering sein, auch wenn viele Schichtarbeitnehmer, die in einem Rhythmus von fünf und mehr hintereinanderliegenden Nachtschichten arbeiten, subjektiv den - objektiv unzutreffenden - Eindruck haben, dass sich ihr Körper der Nachtschicht besser anpasst. Insgesamt ist anerkannt, dass Nachtarbeit umso schädlicher ist, in je größerem Umfang sie geleistet wird" (s. dazu BAG, 09.12.2015 - 10 AZR 423/14). "Die 'Verteuerung' der Nachtarbeit durch Zuschlagsregelungen wirkt sich zwar nicht unmittelbar, aber zumindest mittelbar auf die Gesundheit der Nachtarbeit leistenden Arbeitnehmer aus. Zugleich entschädigt der Zuschlag in gewissem Umfang für die erschwerte **Teilhabe am sozialen Leben**" (BAG, 21.03.2018 - 10 AZR 34/17 - mit Hinweis auf BAG, 23.08.2017 - 10 AZR 859/16).

4.5 Belastungen

Nimmt der Arbeitgeber einen Mitarbeiter aus einer mit Wochenend- und Nachtarbeit verbundenen Wechselschicht und weist er ihm eine von Montag bis Freitag gleichbleibende Tagschicht an, ist das eine Weisung, die grundsätzlich seinem nach billigen Ermessen auszuübenden Direktionsrecht - § 106 Satz 1 GewO - unterliegt. Bei der Ausübung dieses Direktionsrechts hat der Arbeitgeber die ihm erkennbaren Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. *"Dabei hat er keinesfalls automatisch davon auszugehen, dass sich eine Beibehaltung der Wechselschicht für den Arbeitnehmer 'günstiger' darstellen würde; denn den dort durch Nacht- und Wochenendzuschlägen begründeten besseren Verdienstmöglichkeiten stehen auf der*

anderen Seite eine wesentlich geringere gesundheitliche Belastung und wesentlich bessere Möglichkeiten der Freizeitdisposition gegenüber" (LAG Köln, 29.07.2010 - 7 Sa 240/10 3. Leitsatz).

4.6 Berechnungsbasis: Mindestlohn

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A zahlte seinen Mitarbeitern einen Lohn, der unter dem gesetzlichen Mindestlohn (das waren 2015 8,50 EUR) lag. Für Nachtarbeit gab es Zuschläge. Die Höhe der Zuschläge berechnete der Arbeitgeber jedoch nicht auf Basis des Mindestlohns, sondern auf der Basis des von ihm gezahlten geringeren Stundenlohns. Und das war falsch. § 6 Abs. 5 ArbZG sieht vor: "Soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, hat der Arbeitgeber 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." Das "zustehende Bruttoarbeitsentgelt" ist der gesetzliche Mindestlohn, sodass die Zuschläge auf der Basis des Mindestlohns zu berechnen sind, nicht nach dem tatsächlich gezahlten Stundenlohn (LAG Berlin-Brandenburg, 12.01.2016 - 19 Sa 1851/15) .

4.7 Besitzstandszulage - Mindestlohn

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A vergütete seine **Spielhallen-Mitarbeiter** zunächst weit unter Mindestlohn, zahlte ihnen aber für Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit bis zum 30.06.2014 unterschiedlich hohe Zuschläge. Um in seinem Unternehmen neue und gleichartige Entgeltstrukturen zu schaffen, vereinbarte er in der Folgezeit mit seinen Leuten geringere - einheitliche - Zuschläge. Für die **Zuschlagsanpassung** zahlte er betroffenen Mitarbeitern einen finanziellen "**Brutto-Ausgleich**". Zusammen mit dem tatsächlich gezahlten Stundenlohn von zuletzt 7,50 EUR ergab der Brutto-Ausgleich eine dem Mindestlohn entsprechende Vergütung. Arbeitnehmer N wollte trotzdem mehr.

Die Ausgleichszulage steht im **Austauschverhältnis Arbeit gegen Geld**. Sie ist nach der hier zu bewertenden Vertragsgrundlage ein Teil der **Entlohnung für die geleistete Arbeit**. Sie knüpft nicht bloß an das bestehende Arbeitsverhältnis an und hat auch keine gesetzliche Zweckbestimmung. "Die Ausgleichszulage ist **nicht als Zuschlag für Nacht-, Sonntags- oder Feiertagsarbeit** oder Arbeit in den Abendstunden zu leisten, sondern als Ausgleich im Sinne einer Besitzstandszulage für die mit der Änderungsvereinbarung einhergehende Reduzierung der Zuschläge, denn der Anspruch besteht unabhängig davon, ob und in welchem Umfang in den einzelnen Monaten Arbeit zu besonderen Zeiten anfällt und damit verbundene Erschwernisse auftreten" (BAG, 06.12.2017 - 5 AZR 699/16 - mit dem Ergebnis, dass die Besitzstandszulage hier mindestlohnwirksam war und N's Klage abgewiesen wurde).

4.8 Betriebsrat - 1

Betriebsräte haben mit § 37 Abs. 2 BetrVG keinen eigenständigen Vergütungsanspruch. § 37 Abs. 2 BetrVG sichert nur ihren Entgeltanspruch aus § 611 Abs. 1 BGB und weiteren Anspruchsgrundlagen (z.B. aus ihrem Arbeitsvertrag oder einem Tarifvertrag). Ein Betriebsrat hat daher (nur) Anspruch auf Weiterzahlung des Arbeitsentgelts, das er verdiente, wenn er gearbeitet und keine Betriebsratstätigkeit ausgeübt hätte (s. dazu BAG, 29.04.2015 - 7 AZR 123/13 ; BAG, 28.06.1995 - 7 AZR 1001/94 - und BAG, 31.07.1986 - 6 AZR 298/84). Arbeitsentgelt i.S.d. § 37 Abs. 2 BetrVG sind alle Vergütungsbestandteile - ohne Aufwendungsersatz (so: BAG, 23.06.2004 - 7 AZR 514/03 ; BAG, 05.04.2000 - 7 AZR 213/99 und BAG, 16.08.1995 - 7 AZR 103/95).

Zum Arbeitsentgelt gehören "neben der Grundvergütung insbesondere Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit" (so: BAG, 23.06.2004 - 7 AZR 514/03 ; BAG, 05.04.2000 - 7 AZR 213/99 und BAG, 16.08.1995 - 7 AZR 103/95). Die Zuschläge "werden für die Erschwernis der Arbeit zu ungünstigen Zeiten gewährt." Und da bei § 37 Abs. 2 BetrVG das Lohnausfallprinzip gilt, fallen keine fortzuzahlenden Nachtarbeitszuschläge an, wenn das Betriebsratsmitglied im fraglichen Zeitraum gar keine Nachtarbeit geleistet hätte. (BAG, 18.05.2016 - 7 AZR 401/14 - vor dem Hintergrund, dass die ursprüngliche Nachtarbeitszeit wegen der Betriebsratstätigkeit einvernehmlich auf die Tagesarbeitsstunden verschoben wurde und ein Anspruch auf Zahlung von Nachtarbeitszuschlägen in diesem Fall auch nicht aus § 78 Satz 2 BetrVG folgt).

4.9 Betriebsrat - 2

"Nimmt ein Betriebsratsmitglied an einer **außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit** stattfindenden Betriebsratssitzung teil und ist es ihm deswegen unmöglich oder unzumutbar, seine vor oder nach der Betriebsratssitzung liegende Arbeitszeit einzuhalten, so hat es insoweit gem. § 37 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung. Bei der Beurteilung, ob und wann einem Betriebsratsmitglied die **Fortsetzung der Arbeit** wegen einer außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit bevorstehenden Betriebsratssitzung **unzumutbar** ist, ist die in § 5 Abs. 1 ArbZG zum Ausdruck kommende Wertung zu berücksichtigen. Deshalb ist ein Betriebsratsmitglied, das zwischen zwei Nachtschichten an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen hat, berechtigt, die Arbeit in der vorherigen Nachtschicht vor dem Ende der Schicht zu einem Zeitpunkt einzustellen, der eine ununterbrochene Erholungszeit von elf Stunden am Tag ermöglicht, in der weder Arbeitsleistung noch Betriebsratstätigkeit zu erbringen ist" (BAG, 18.01.2017 - 7 AZR 224/15 - Leitsatz).

4.10 Direktionsrecht

Arbeitgeber und Arbeitnehmer hatten einen gerichtlichen Vergleich geschlossen, der in Ziffer 3 folgende Regelung enthielt: "Der Kläger verbleibt im Dauernachtdienst und verpflichtet sich, im Rahmen des Schichtdienstes auf Anforderung der Beklagten und in Absprache mit den vorgesetzten Managern seine Arbeitskraft in der jeweils geltenden Schichteinteilung zur Verfügung zu stellen." Diese Vereinbarung führt nicht dazu, dass der Arbeitnehmer nun einen Anspruch darauf hat, nur in der Nachtschicht beschäftigt zu werden. Der Arbeitgeber kann die Arbeitszeit nach § 106 GewO mit seinem Direktionsrecht festlegen. Besteht für eine Dauernachtschicht kein betrieblicher Bedarf mehr, kann der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter auch für andere Schichten einteilen (BAG, 10.12.2014 - 10 AZR 63/14).

4.11 Entgeltfortzahlung

"1. Ob ein arbeitsvertraglich vereinbarter pauschalierter Nachtarbeitszuschlag auch bei Annahmeverzug des Arbeitgebers als Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet ist, richtet sich ausschließlich nach arbeitsrechtlichen und nicht nach steuerrechtlichen Kriterien. 2. Nachtarbeitszuschläge stellen keinen Aufwendungsersatzanspruch dar, sondern gehören zum Arbeitsentgelt im weiteren Sinne, das grundsätzlich auch während eines Annahmeverzugszeitraums und als Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall weiterzuzahlen ist. 3. Das gilt erst recht, wenn es sich nach dem Arbeitsvertrags um eine pauschalierte, stets in gleichbleibender Höhe zu zahlende Monatsleistung handeln soll" (LAG Köln, 12.03.2009 - 7 Sa 1258/08 Leitsätze).

4.12 Freigestellte Betriebsratsmitglieder - 1

Das Gesetz schafft mit § 37 Abs. 2 BetrVG keinen eigenständigen Vergütungsanspruch. Es sichert Betriebsratsmitgliedern allerdings ihren "normalen" Vergütungsanspruch. Damit nimmt das Gesetz Arbeitgebern den **Einwand des nicht erfüllten Vertrags** (s. dazu BAG, 29.04.2015 - 7 AZR 123/13 und BAG, 08.09.2010 - 7 AZR 513/09). § 37 Abs. 2 BetrVG gilt - unabhängig von einer etwaigen Freistellung nach § 38 BetrVG - für alle Betriebsratsmitglieder. Der Arbeitgeber muss ihnen das Arbeitsentgelt weiterzahlen, das sie verdient hätten, wenn sie gearbeitet und keine Betriebsratstätigkeit ausgeübt hätten (s. dazu BAG, 18.05.2016 - 7 AZR 401/14 ; BAG, 29.04.2015 - 7 AZR 123/13 und BAG, 28.06.1995 - 7 AZR 1001/94). Es gilt das **Lohnausfallprinzip** (s. dazu BAG, 23.06.2004 - 7 AZR 514/03 und BAG, 16.08.1995 - 7 AZR 103/95). "Zu dem Arbeitsentgelt zählen **neben der Grundvergütung** insbesondere Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit (BAG, 29.08.2018 - 7 AZR 206/17 - mit Hinweis auf BAG, 18.05.2016 - 7 AZR 401/14 ; BAG, 23.06.2004 - 7 AZR 514/03 ; BAG, 05.04.2000 - 7 AZR 213/99 und BAG, 16.08.1995 - 7 AZR 103/95).

4.13 Freigestellte Betriebsratsmitglieder - 2

Gewährt der Arbeitgeber im vollzogenen Arbeitsverhältnis gem. § 37 Abs 2 BetrVG zum fortzuzahlenden Entgelt gehörende Zuschläge für die Erschwernis der Arbeit zu ungünstigen Zeiten (z.B. Feiertags-, Nacht- und Sonntagsarbeit), "stehen diese einem nach § 38 BetrVG vollständig freigestellten Betriebsratsmitglied auch dann zu, wenn es aufgrund seiner Amtstätigkeit tatsächlich überhaupt keine Arbeitstätigkeiten und auch keine Tätigkeiten zu den zuschlagsrelevanten ungünstigen Zeiten geleistet hat" (s. dazu BAG, 13.07.1994 - 7 AZR 477/93). Die Zuschläge sind in diesem Fall **hypothetisch zu berechnen**, u.U. über eine Schätzung anhand der Werte vergleichbarer Arbeitnehmer gem. § 287 Abs. 2 ZPO (s. dazu BAG, 29.04.2015 - 7 AZR

123/13). So "kann auch die Festlegung eines pauschalen Monatsbetrags im Einklang mit § 37 Abs. 2 und § 78 Satz 2 BetrVG stehen, sofern die Pauschale im Wesentlichen dem **Durchschnitt der tatsächlichen hypothetischen Zuschlagsansprüche** entspricht, sich in der pauschalen Zahlung also keine versteckte zusätzliche Vergütung verbirgt" (s. dazu BAG, 08.11.2017 - 5 AZR 11/17 - und BAG, 05.04.2000 - 7 AZR 213/99). Zu **Vermeidung einer unzulässigen Begünstigung** von Betriebsratsmitgliedern - s. dazu § 78 BetrVG - muss sich die Pauschale "an dem Umfang der üblicherweise erbrachten zuschlagspflichtigen Tätigkeiten orientieren und darf lediglich einer rechnerischen Erleichterung dienen" (BAG, 29.08.2018 - 7 AZR 206/17) .

4.14 Gleichbehandlung

Nachtarbeit kann nicht nur die **Gesundheit gefährden**, sie erschwert auch die **Teilhabe am sozialen Leben**. Diese Aspekte treffen alle Nachtarbeitnehmer - und das unabhängig davon, ob sie Nachtarbeit im Rahmen von Schichtarbeit leisten oder nicht. Daher: "Eine tarifvertragliche Regelung, die für Nachtarbeit einen Zuschlag von 50 % zum Stundenlohn vorsieht, während Nachtarbeit im Schichtbetrieb lediglich mit einem Zuschlag von 15 % vergütet wird, stellt Nachtschichtarbeitnehmer gegenüber Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit leisten, **gleichheitswidrig schlechter**" (BAG, 21.03.2018 - 10 AZR 34/17 - Leitsatz).

4.15 Gleichwertigkeit

§ 6 Abs. 5 ArbZG sieht keine Rangfolge für den Ausgleich vor. Vergütung mit Zuschlag und Freizeitgewährung stehen gleichwertig nebeneinander. Da der Freizeitausgleich nicht vorrangig ist, spricht alles dafür, die Angemessenheit beider Alternativen nach einem einheitlichen Maßstab zu bewerten. "Der Umfang der Ausgleichsverpflichtung soll nicht davon abhängen, für welche Art des Ausgleichs sich der Arbeitgeber entscheidet. Sein Wahlrecht macht nur Sinn, wenn sich die jeweiligen Leistungen nach ihrem Wert grundsätzlich entsprechen" (BAG, 01.02.2006 - 5 AZR 422/04 - mit dem Ergebnis, dass sich ein 10-prozentiger Freizeitausgleich nicht mit einem 25-prozentigen Vergütungszuschlag vereinbaren lässt).

4.16 Kündigung einer Pauschalierungsabrede

Auch wenn die hier vorgestellte Entscheidung zu einer Pauschalierungsabrede für Erschwerniszuschläge erging, haben ihre Grundgedanken doch auch bei der Pauschalierung von Nachtarbeitszuschlägen Bedeutung (Anm. d. Verf.). Die "**Nebenabrede zum Arbeitsvertrag**" von Arbeitnehmer A enthielt zusätzlich zur Pauschalierungsvereinbarung die Klausel: "Diese Nebenabrede kann mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsschluss gekündigt werden." Zulässig? Das BAG meint: "Eine **Vereinbarung über die Kündbarkeit** einer Pauschalierungsabrede kann einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB i.V.m. § 307 Abs. 1 BGB selbst dann standhalten, wenn das Recht zur Kündigung nicht an einen in der Klausel selbst angegebenen **Grund geknüpft** ist" (BAG, 18.05.2017 - 2 AZR 721/16 - Leitsatz).

4.17 Mindestlohnwirksame Zuschläge

Zuschläge für Arbeit an Sonn- und Feiertagen sind mindestlohnwirksam. "Sie sind im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis **erbrachtes Arbeitsentgelt** und werden gerade für die tatsächliche Arbeitsleistung gewährt. Einer besonderen gesetzlichen **Zweckbestimmung** unterliegen Sonn- und Feiertagszuschläge nicht. Anders als für während der Nachtzeit geleistete Arbeitsstunden begründet das Arbeitszeitgesetz **keine besonderen Zahlungspflichten** des Arbeitgebers für Arbeit an Sonn- und Feiertagen. Neben einer Mindestzahl beschäftigungsfreier Sonntage (§ 11 Abs. 1 ArbZG) sieht § 11 Abs. 3 ArbZG als Ausgleich für Sonn- und Feiertagsarbeit lediglich Ersatzruhetage vor" (BAG, 24.05.2017 - 5 AZR 431/16) .

4.18 Mindestlohnwirksamkeit

Der Mindestlohn ist nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG "**je Zeitstunde**" festgesetzt. Das MiLoG macht den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn allerdings nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen abhängig. Das lässt es zu, **alle Entgeltbestandteile** als mindestlohnwirksam anzusehen, die **im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis** als Entgeltzahlung erbracht werden. Ausgenommen sind Zahlungen, "die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen

Zweckbestimmung beruhen" (BAG, 11.10.2017 - 5 AZR 621/16 - mit Hinweis auf BAG, 25.05.2016 - 5 AZR 135/16 und BAG, 21.12.2016 - 5 AZR 374/16 und den in der Literatur beschriebenen Streitstand).

4.19 Mitbestimmung - 1

"2. Der Betriebsrat hat bei der Ausgestaltung des vom Arbeitgeber gem. § 6 Abs. 5 ArbZG geschuldeten Ausgleichs für Nachtarbeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen. Dieses Mitbestimmungsrecht entfällt nur dann, wenn der Tarifvertrag eine abschließende Ausgleichsregelung i.S.v. § 6 Abs. 5 ArbZG enthält. 3. Eine tarifliche Regelung, die sich darin erschöpft, den Anspruch auf Nachtarbeitszuschlag auszuschließen, ist keine Ausgleichsregelung i.S.d. § 6 Abs. 5 ArbZG . In diesem Fall reduziert sich die gesetzlich eröffnete Wahlmöglichkeit auf die Gewährung von Freizeitausgleich. Bei dessen Ausgestaltung hat der Betriebsrat mitzubestimmen" (BAG, 26.04.2005 - 1 ABR 1/04 Leitsätze 2 und 3).

4.20 Mitbestimmung - 2

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei "Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder Unfallverhütungsvorschriften" - soweit nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG "eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht." So darf der Betriebsrat grundsätzlich mitbestimmen, wenn es um die Entscheidung des Arbeitgebers geht, ob er einen Ausgleich für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG durch bezahlte freie Tage oder durch einen angemessenen Entgeltzuschlag gewährt. Nur: Besteht bereits eine tarifliche Regelung, die eine Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers ausschließt (hier: Gewährung von Zusatzurlaub statt Entgelt), entfällt das Mitbestimmungsrecht (BAG, 17.01.2012 - 1 ABR 62/10).

4.21 Nachtarbeitnehmer - Prognose

Nachtarbeitnehmer sind nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 ArbZG Arbeitnehmer, die "auf Grund ihrer Arbeitszeitgestaltung normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten haben" und nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 ArbZG Arbeitnehmer, die "Nachtarbeit an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr leisten." Bei Nr. 1 kommt es auf die rechtliche Verpflichtung an, bei Nr. 2 dagegen auf das tatsächliche Leisten von Nachtarbeit in dem dort beschriebenen Umfang. "Über den Wortlaut hinaus ist aber das Arbeitsschutzrecht für Nachtarbeit auch dann schon im Wege der Prognose zu berücksichtigen, wenn mit Sicherheit zu erwarten ist, dass der Arbeitnehmer 48 Tage in Nachtzeit beschäftigt werden wird" (LAG Düsseldorf, 07.12.2010 - 17 Sa 883/09).

4.22 Nachtdienstuntauglichkeit

"1. Kann eine Krankenschwester aus gesundheitlichen Gründen keine Nachtschichten im Krankenhaus mehr leisten, ist sie deshalb nicht arbeitsunfähig krank. Sie hat Anspruch auf Beschäftigung, ohne für Nachtschichten eingeteilt zu werden. 2. Wird die Arbeitsleistung dem Arbeitgeber mit dieser Einschränkung angeboten, handelt es sich um ein ordnungsgemäßes Angebot i.S.d. §§ 294 , 295 BGB " (BAG, 09.04.2014 - 10 AZR 637/13 Leitsatz).

4.23 Pauschale Zuschläge

"1. Pauschale Zuschläge, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf die Höhe der tatsächlich erbrachten Sonntagsarbeit, Feiertagsarbeit oder Nachtarbeit an den Arbeitnehmer leistet, sind nur dann nach § 3b EStG begünstigt, wenn sie nach dem übereinstimmenden Willen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Abschlagszahlungen oder Vorschüsse auf eine spätere Einzelabrechnung gem. § 41b EStG geleistet werden. 2. Diese Einzelabrechnung zum jährlichen Abschluss des Lohnkontos ist grundsätzlich unverzichtbar. 3. Auf sie kann im Einzelfall nur verzichtet werden, wenn die Arbeitsleistungen fast ausschließlich zur Nachtzeit zu erbringen und die pauschal geleisteten Zuschläge so bemessen sind, dass sie auch unter Einbeziehung von Urlaub und sonstigen Fehlzeiten - aufs Jahr bezogen - die Voraussetzungen der Steuerfreiheit erfüllen" (BFH, 08.12.2011 - VI R 18/11).

4.24 Pfändbarkeit von Nachtarbeitszuschlägen

§ 850a Nr. 3 ZPO sieht vor, dass "**Erschwerniszulagen**", soweit sie "den Rahmen des Üblichen nicht übersteigen", unpfändbar sind. Erschwerniszulagen i.S.d. § 850a Nr. 3 ZPO sind auch Zuschläge, die Arbeitgeber ihren Mitarbeitern für Nachtarbeit zahlen. Die **Üblichkeit** orientiert sich am steuerfreien Rahmen des § 3b Abs. 1 Nr. 1 EStG : 25 %. Zuschläge, die diese Grenzen nicht überschreiten, dürfen **nicht gepfändet** werden. Dagegen besteht für Zuschläge, die anlässlich von Schicht-, Samstags- und Vorfesttagsarbeit gezahlt werden, kein besonderes Pfändungsverbot (BAG, 23.08.2017 -10 AZR 859/16) .

4.25 Schwangere und junge Mütter

Der EuGH zur Frage, ob Schwangere, Wöchnerinnen und Stillende , die zum Teil in die Nachtstunden fallende **Schichtarbeit** leisten, nach Art. 7 RL 92/85/EWG - Nachtarbeit - besonders zu schützen sind: "Art. 7 der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur **Verbesserung der Sicherheit** und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz ist dahin auszulegen, dass er auf eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens Anwendung findet, in der die betroffene Arbeitnehmerin Schichtarbeit leistet, in deren Rahmen sie ihre Arbeit **nur zum Teil während der Nachtzeit** verrichtet" (EuGH, 19.09.2018 - C-41/17 - Leitsatz - Spanien).

4.26 Schwerbehinderte Menschen

Schwerbehinderte Menschen haben nach § 81 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX Anspruch gegen ihren Arbeitgeber auf "behindertengerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten einschließlich der Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte sowie der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit, unter besonderer Berücksichtigung der Unfallgefahr." Dieser Anspruch ist - wenn er für den Arbeitgeber nicht unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist - sogar einklagbar. Daraus kann sich sogar die Pflicht ergeben, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer nicht zur Nachtarbeit einzuteilen (BAG, 03.12.2002 - 9 AZR 462/01) .

4.27 Statusfeststellung

Der vereinfachte Fall: **Facharzt für Allgemeinmedizin** F war in seinem Hauptberuf Berufssoldat. Er hatte mit der Gemeinschaftspraxis G einen - als Nebentätigkeit erlaubten - "Freien-Mitarbeiter-Vertrag" geschlossen. Darin hatte er sich verpflichtet, für G in der **Zeit von 20:00 Uhr bis 07:00 Uhr** gegen eine **Pauschalvergütung** bis zu drei Mal im Monat bei freier Gestaltung der Arbeitszeit den hausärztlichen Notdienst zu übernehmen. F beantragte die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status .

Das LSG Rheinland-Pfalz ist der Auffassung, dass die **Übernahme von Nachtdiensten** hier nicht dazu führe, F's Engagement als Beschäftigung i.S.d. Sozialrechts anzusehen. Die Tatsache, dass F einen übernommenen konkreten Nachtdienst nach den vertraglich getroffenen Vereinbarungen durchzuführen hat, spricht nicht für eine **Eingliederung in den Betrieb der Gemeinschaftspraxis**. Kennzeichen einer abhängigen Beschäftigung sei nicht die "bloße vertragliche Verpflichtung, eine bestimmte Leistung während eines bestimmten Zeitraums erbringen zu müssen" (LSG Rheinland-Pfalz, 20.04.2016 - L 4 R 318/14 - mit dem Ergebnis Selbstständigkeit und dem Hinweis, dass es viele typische selbstständige Tätigkeiten gebe, die aufgrund vertraglicher Vorgaben fristgebunden sind).

4.28 Tarifliche Regelung

Die **Ausgestaltung** des Ausgleichs für Nachtarbeit wird gemäß § 6 Abs. 5 ArbZG den Tarifvertragsparteien überlassen. Sie haben einfach die größere Sachnähe - der gesetzliche Ausgleichsanspruch ist daher bloß subsidiär (s. dazu BAG, 26.04.2005 - 1 ABR 1/04 - und BAG, 26.08.1997 - 1 ABR 16/97) . Wie sie den Ausgleich regeln, steht den Tarifpartnern grundsätzlich frei . Eine tarifliche Regelung muss allerdings, wenn sie den gesetzlichen Anspruch aus § 6 Abs. 5 ArbZG erfüllen soll, eine **Kompensation** für die mit der Nachtarbeit verbundenen Belastungen vorsehen. Das kann sowohl ausdrücklich als auch **stillschweigend geregelt** sein (s. dazu BAG, 26.08.1997 - 1 ABR 16/97) . "Letzteres ist aber nur der Fall, wenn entweder der Tarifvertrag selbst entsprechende Hinweise enthält oder sich dafür aus der Tarifgeschichte oder aus Besonderheiten des Geltungsbereichs Anhaltspunkte ergeben" (BAG, 13.12.2018 - 6 AZR 549/17 - mit Hinweis auf BAG, 12.12.2012 - 10 AZR 192/11 ; BAG, 18.05.2011 - 10 AZR 369/10 - und BAG, 09.12.2015 - 10 AZR 423/14) .

4.29 Tatsächliche Arbeitsleistung

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmer N verlangte von Arbeitgeber A u.a. **Zuschläge** für Nachtarbeit - und das für einen Zeitraum, in dem er - obwohl im Schichtplan eingetragen - **zum Abbau von Mehrarbeitsstunden freigestellt** war. Der maßgebliche Manteltarifvertrag für die bei der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der hier maßgeblichen Fassung (MTV DFS) sah dazu in § 20 Abs. 1 vor: " Zeitzuschläge werden gezahlt **für geleistete ... Nachtarbeit** in Höhe von neun Euro je Stunde".

Pech für N: § 20 Abs. 1 MTV DFS spricht ausdrücklich "geleistete ... Nachtarbeit" an. N hat aber keine Nachtarbeit geleistet. "Allein der Umstand, dass er im Schichtplan ursprünglich für Arbeit zu zuschlagspflichtigen Zeiten eingeteilt war, hiervon aber zum Zweck des Abbaus von Mehrarbeitsstunden wieder befreit wurde, reicht nicht aus." Bereits die **Auslegung des Wortlauts** der Tarifbestimmung führt zu einem eindeutigen Ergebnis. Arbeit leisten ist **aktives Tun**. Die Tarifpartner haben sich mit § 20 Abs. 1 MTV DFS nicht vom Grundsatz **"Ohne Arbeit kein Lohn"** verabschiedet. Dieses Ergebnis wird auch durch Systematik und Gesamtzusammenhang der Tarifnormen gestützt (BAG, 19.09.2018 - 10 AZR 496/17 - mit weiteren Erläuterungen).

4.30 Unpfändbarkeit von Nachtarbeitszuschlägen

Nach § 850a Nr. 3 ZPO sind u.a. "Erschwerniszulagen" unpfändbar. Erschwernisse i.S.d. § 850a Nr. 3 ZPO können sich für den Arbeitnehmer aufgrund der Tätigkeit ergeben, die er ausübt, aber auch aus regelmäßig wechselnden Arbeitsschichten oder der Leistung von Arbeit an Sonn- und Feiertagen oder **während der Nacht**. Das bedeutet: Die Anspruch eines Arbeitnehmers auf Schichtzulagen und Zuschläge für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sind nach § 850a Nr. 3 ZPO unpfändbar. Das wiederum bedeutet, dass sie nach § 400 BGB auch nicht abgetreten werden können (LAG Berlin-Brandenburg, 09.01.2015 - 3 Sa 1335/14).

4.31 Unregelmäßige Nachtarbeit

Der Manteltarifvertrag für die nordrhein-westfälischen Brauereien kennt unterschiedliche Arten von Nachtarbeit - regelmäßige und unregelmäßige Nachtarbeit sowie Nachtschichtarbeit. So unterschiedlich wie die Arbeitszeiten sind auch die Zuschläge für Nachtarbeit. Eine "unregelmäßige Nachtarbeit" liegt nach den tariflichen Bestimmungen vor, "wenn die Nachtarbeit nicht als Nachtschichtarbeit, als regelmäßige Nachtarbeit oder als Schichtarbeit in die Nachtzeit fällt". Schichtarbeit soll zwar nicht als unregelmäßige Nachtarbeit vergütet werden. "§ 6 Ziff. 4 Abs. 4 MTV bestimmt davon jedoch eine Ausnahme: Nachtdienst, der kürzer ist als eine Kalenderwoche und der vertretungsweise ohne Einhaltung der Ankündigungsfrist gemäß Abs. 2 (von einer Kalenderwoche) geleistet wird, 'gilt' als unregelmäßige Nachtarbeit" - die mit einem Zuschlag von 50 % zu vergüten ist (BAG, 25.09.2013 - 10 AZR 846/12 - mit dem Hinweis, dass die Kalenderwoche nach den §§ 187 Abs. 1 , 188 Abs. 1 BGB zu berechnen ist).

4.32 Unterschiedliche Zuschläge

Der stark vereinfachte Fall: Der maßgebliche **Manteltarifvertrag** sieht für Nachtschichtarbeit unterschiedliche Zuschläge vor. 50 % für außerhalb eines Schichtsystems geleistete Nachtarbeit, 15 % für innerhalb eines Schichtsystems geleistete Nachtarbeit. Das hielten betroffene Schichtarbeiter für ungerecht - scheiterten aber mit ihren Klagen vor dem Arbeitsgericht. Die tarifliche Regelung ist nicht zu beanstanden. Die Tarifpartner (**Erfrischungsgetränkeindustrie NRW**) haben den ihnen offen stehenden **Ermessensspielraum** mit der für die Nachtarbeitszuschläge vorgenommenen Gruppenbildung nicht überschritten - wobei zugunsten der Schichtarbeiter auch noch besondere tarifliche Regelungen (z.B. Freischichten und bezahlte Pausen) berücksichtigt werden müssen (ArbG Köln, 09.01.2020 - 11 Ca 5999/19 u. 11 Ca 6000/19).

4.33 Vertrauensschutz

Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine besondere Vereinbarung für die Beschäftigung nachts an Sonn- und Feiertagen getroffen, gehört die Lage der Arbeitszeit nicht zu den bestandsgeschützten Positionen eines Arbeitnehmers - und damit ebensowenig die Möglichkeit, Zuschläge für diese Arbeitszeiten zu bekommen. "So kann beispielsweise ein Arbeitgeber von der ihm tarifvertraglich zustehenden Möglichkeit, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft anzuordnen, verringerten oder keinen Gebrauch mehr machen und

dadurch den Anspruch auf die entsprechenden Zuschläge mindern bzw. ausschließen (...). Auch sonstige, von den konkreten Arbeitsbedingungen abhängige Zulagen gehören nicht zu den bestandsschutzgesicherten Positionen und fallen ersatzlos weg, wenn die dafür maßgebenden tatsächlichen Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind" (LAG Köln, 30.03.2009 - 5 Sa 1289/08).

4.34 Wahlrecht - 1

Der Arbeitgeber kann ohne tarifliche Regelung nach § 6 Abs. 5 ArbZG frei wählen, ob er den Ausgleichsanspruch seiner Mitarbeiter durch Geld, bezahlte Freistellung oder eine Kombination beider erfüllt. Die per Gesetz begründete Wahlschuld - § 262 BGB - konkretisiert sich erst dann auf eine geschuldete Leistung, wenn der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmung ausübt. Die **Höhe des angemessenen Ausgleichs** orientiert sich an der geschuldeten Gegenleistung - so kann ein geringerer Ausgleich erforderlich sein, "wenn in die Nachtarbeit Arbeitsbereitschaft fällt" (BAG, 18.05.2011 - 10 AZR 369/10 ; Wahlrecht bestätigt durch BAG, 13.12.2018 - 6 AZR 549/17).

4.35 Wahlrecht - 2

Der Arbeitgeber hat das von § 6 Abs. 5 ArbZG eröffnete Wahlrecht grundsätzlich in jeder Periode der Entgeltzahlung - also in der Regel von Monat zu Monat immer wieder neu. Obwohl die gesetzliche Konzeption der Wahlschuld vom Prinzip her davon ausgeht, dass der Schuldner sein Wahlrecht nur einmal ausübt, die einmal ausgeübte Wahl dann verbindlich ist und das Schuldverhältnis dann insgesamt rückwirkend gestaltet: Die gesetzlichen Bestimmungen beziehen sich auf den Fall einer bloß einmal geschuldeten Leistung. Im Dauerschuldverhältnis Arbeitsvertrag entsteht bei einer Wahlschuld der Leistungsanspruch immer wieder neu, sodass keine Bindungswirkung über den einzelnen Anspruch hinaus entsteht.

Das heißt für den Ausgleichsanspruch nach § 6 Abs. 5 ArbZG : Er "entsteht jeweils neu, wenn vom Arbeitnehmer ausgleichspflichtige Nachtarbeitsstunden erbracht werden. Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, zu wählen, ob er - regelmäßig mit der Vergütung **für den jeweiligen Lohnabrechnungszeitraum** - einen finanziellen Ausgleich leistet oder ob er Freizeitausgleich gewähren will. Hat der Arbeitgeber sein Wahlrecht ausgeübt, ist er hieran nach § 263 Abs. 2 BGB gebunden und kann die Wahl für diesen Zeitraum nicht mehr ändern" (BAG, 09.12.2015 - 10 AZR 156/15 - mit Hinweis auf BAG, 16.04.2014 - 4 AZR 802/11 ; Wahlrecht bestätigt durch BAG, 13.12.2018 - 6 AZR 549/17).

4.36 Wahlrecht - 3

§ 6 Abs. 5 ArbZG sieht vor, dass Arbeitgeber, wenn es dazu keine tarifliche Regelung gibt, Nachtarbeitnehmern für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihnen hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt gewähren müssen. Dabei kann der Arbeitgeber, soweit es den gesetzlichen Ausgleichsanspruch aus § 6 Abs. 5 ArbZG betrifft, selbst bestimmen, "ob er ihn durch Zahlung von Geld, durch bezahlte Freistellung oder durch eine Kombination von beidem erfüllt." § 6 Abs. 5 ArbZG begründet eine Wahlschuld i.S.d. § 262 BGB . Und diese Wahlschuld konkretisiert sich erst dann auf eine der geschuldeten Leistungen, "wenn der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ausübt" (BAG, 13.01.2016 - 10 AZR 792/14 - mit Hinweis auf BAG, 09.12.2015 - 10 AZR 423/14 ; Wahlrecht bestätigt durch BAG, 13.12.2018 - 6 AZR 549/17).

4.37 Zeitungszusteller

"1. Die Übergangsregelung des § 24 Abs. 2 MiLoG , die für Zeitungszustellerinnen und Zeitungszusteller unter den dort genannten Voraussetzungen bis zum 31. Dezember 2017 einen **abgesenkten Mindestlohn** vorgesehen hat, verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG . 2. Erfolgt die Zeitungszustellung **dauerhaft in Nachtarbeit** i.S.d. Arbeitszeitgesetzes, haben Zeitungszustellerinnen und Zeitungszusteller Anspruch auf einen Nachtarbeitszuschlag **in Höhe von 30 %** des ihnen je Arbeitsstunde zustehenden Mindestlohns, sofern nicht eine höhere Vergütung vereinbart ist" (BAG, 25.04.2018 - 5 AZR 25/17 - Leitsätze).

4.38 Zuschläge bei Betriebsrätstätigkeit

Selbst wenn Betriebsratsmitglieder nachts nicht arbeiten, bekommen sie in dem Fall, dass vergleichbare Arbeitnehmer für ihre Arbeit Nachtzuschläge erhalten haben und das Betriebsratsmitglied ohne die übernommene Betriebsratsstätigkeit ebenfalls Nachtarbeit geleistet hätte, Nachtzuschläge. Der vereinfachte Fall: Der Betriebsrat arbeitete in der Logistikabteilung eines Möbelhauses. Sein regulärer Arbeitsbeginn war 04:00 Uhr. Um eine bessere Kontaktaufnahme mit den vertretenen Arbeitnehmern zu ermöglichen, wurde sein Arbeitsbeginn auf 06:00 Uhr verschoben. Wegen § 37 Abs. IV BetrVG muss er trotzdem so gestellt werden, als ob er keine Betriebsratsstätigkeit ausübe - mit dem Erfolg, dass er für die Zeit von 04:00 Uhr bis 06:00 Uhr Anspruch auf Nachtzuschläge hat (LAG Köln, 19.12.2013 - 12 Sa 682/13).

4.39 Zuschläge bei Schichtarbeit - 1

Der Bundesmanteltarifvertrag für die Süßwarenindustrie sieht Nachtarbeitszuschläge vor, deren Höhe davon abhängt, ob ein Arbeitnehmer **innerhalb oder außerhalb eines Schichtsystems** arbeitet. Im ersten Fall beträgt der Zuschlag für Nachtarbeit 15%, im zweiten Fall 60. Diese Regelung hielten 130 Mitarbeiter zweier Süßwarenhersteller in Nordrhein-Westfalen für unwirksam – sie klagten. Im Ergebnis jedoch ohne Erfolg: Die **ungleiche Behandlung von Arbeitnehmern** sei hier gerechtfertigt, weil die Nachtarbeit außerhalb eines Schichtsystems für die Kollegen meist mit Mehrarbeit verbunden ist. Das rechtfertigt es, ihnen für diese Arbeit **höhere Zuschläge** zu zahlen (ArbG Aachen, 25.06.2020 – 1 Ca 484/20 u.a. u. 3 Ca 2400/19 u.a. – mit dem Ergebnis, dass die Tarifpartner hier den ihnen bei der Regelung von Zuschlägen zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten haben).

4.40 Zuschläge bei Schichtarbeit - 2

Sieht eine tarifliche Regelung vor, dass sich der Zuschlag für Nachtarbeit halbiert, wenn die Nachtarbeit innerhalb eines Schichtsystems geleistet wird, kann das durchaus ein Fall sein, in dem so eine Regelung gegen den allgemeinen **Gleichheitssatz** aus Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Der hier maßgebliche Manteltarifvertrag für die Brauereien in Hamburg und Schleswig-Holstein sah für Nachtarbeit außerhalb eines Schichtsystems einen 50-prozentigen, für Nachtarbeit innerhalb eines Schichtsystems nur einen 25-prozentigen Nachtarbeitszuschlag vor. Das geht nicht, meint die dritte Instanz: **Nachtarbeitnehmer** und **Nachtschichtarbeitnehmer** sind miteinander vergleichbar (BAG, 09.12.2020 - 10 AZR 334/20 - mit dem Hinweis, dass hier keine sachlichen Gründe für eine Schlechterstellung der Nachtschichtarbeiter erkennbar seien).

4.41 Zuschläge bei Schichtarbeit - 3

Sieht ein Tarifvertrag vor, dass für **regelmäßige** (20 %) und **unregelmäßige** (50 %) Nachtarbeit unterschiedlich hohe Zuschläge zu zahlen sind, kann das möglicherweise gegen EU-Recht verstoßen. Daher muss der EuGH nun folgende Fragen klären: "1. Wird mit einer tarifvertraglichen Regelung die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG im Sinn von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union durchgeführt, wenn die tarifvertragliche Regelung für unregelmäßige Nachtarbeit einen **höheren Ausgleich** vorsieht als für regelmäßige Nachtarbeit?" Und wenn ja: "Ist eine tarifvertragliche Regelung mit Art. 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vereinbar, die für unregelmäßige Nachtarbeit einen höheren Ausgleich vorsieht als für regelmäßige Nachtarbeit, wenn damit neben den gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch die Nachtarbeit auch Belastungen wegen der schlechteren Planbarkeit von unregelmäßiger Nachtarbeit ausgeglichen werden sollen?" (BAG, 09.12.2020 - 10 AZR 332/20 (A) - u. 333/20 (A)).

4.42 Zuschlagshöhe - 1

"Arbeitnehmer, die in einer Verkaufsstelle des Einzelhandels in der Zeit von 20.00 Uhr bis 20.10 Uhr aufgrund eines vorab erstellten Dienstplans Arbeitsleistungen erbringen, haben auch dann Anspruch auf Zahlung des tariflichen Nachtarbeitszuschlags von 55 % nach § 7 Abs. 1 Buchst. d) des Manteltarifvertrags für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen (MTV), wenn die Verkaufsstelle um 20.00 Uhr schließt und danach Abschlussarbeiten i.S.v. § 2 Abs. 6 MTV anfallen. Der reduzierte Zuschlagssatz von 40 % nach § 7 Abs. 2 MTV betrifft ausschließlich Arbeiten, die über die vereinbarte und festgelegte [hier aber bereits in den Dienstplan eingearbeitete] Arbeitszeit hinausgehen" (LAG Hamm, 17.11.2010 - 4 Sa 1388/10).

4.43 Zuschlagshöhe - 2

Der Manteltarifvertrag für den Berliner **Einzelhandel** sieht u.a. Zuschläge für **Nacht- und Spätöffnungsarbeit** vor. Er definiert Nachtarbeit als Arbeit, die zwischen 20:00 Uhr abends und 06:00 Uhr morgens geleistet wird (wenn kein Sonderfall des Zuendebedienens etc. vorliegt). Nachtarbeit löst einen 50-prozentigen Zuschlag aus, es sei denn, die Nachtarbeit wird im Rahmen von **Schichtarbeit** geleistet. Dazu meint das BAG: "§ 8 Ziff. 5 Buchst. a MTV, wonach für Nachtarbeit ein Zuschlag von 50 %, jedoch für Nachtarbeit im Rahmen von Schichtarbeit nur ein Zuschlag von 20 % zu gewähren ist, verstößt unter den besonderen branchentypischen Bedingungen des Einzelhandels nicht gegen Art.3 Abs. 1 GG " (BAG, 11.12.2013 - 10 AZR 736/12 Leitsatz).