

## **BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 5.9.2002, 9 AZR 202/01**

### **Nacharbeit - Zuschlag - Angemessenheit**

#### Leitsätze

Der Arbeitgeber hat das Wahlrecht, ob er den gesetzlich bestimmten Anspruch des Nachtarbeitnehmers auf Ausgleichsleistungen (§ 6 Abs 5 ArbZG) durch eine angemessene Zahl freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das dem Arbeitnehmer für die Nacharbeit zustehende Bruttoarbeitsentgelt erfüllt.

Das Wahlrecht erlischt nicht infolge Zeitablaufs, wenn zwischen der Leistung der Nacharbeit und der Erfüllung des Anspruchs des Arbeitnehmers ein erheblicher zeitlicher Abstand (hier: vier Jahre) liegt.

Bei der Bemessung der Höhe des vom Arbeitgeber geschuldeten "angemessenen" Zuschlags ist nicht ohne weiteres von den Festlegungen in dem einschlägigen Tarifvertrag auszugehen. Diese können als Orientierungshilfe dienen.

#### Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 29. Januar 2001 - 19 Sa 257/00 - wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 27. Januar 2000 - 1 Ca 1421/99 - teilweise abgeändert und das Urteil zur Klarstellung insgesamt neu gefaßt.

Die Beklagte wird verurteilt, nach ihrer Wahl dem Kläger 51 bezahlte freie Arbeitstage zu gewähren oder 13.018,00 Euro nebst 4 % Zinsen auf den sich daraus ergebenden Nettobetrag seit 09. November 1999 zu zahlen.

Im übrigen werden die Revision und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat der Kläger zu tragen. Im übrigen hat der Kläger 82,55 % und die Beklagte 17,45 % der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

#### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Zahlung von Nacharbeitszuschlägen.

Der 1960 geborene Kläger ist seit September 1995 bei der Beklagten, einem Unternehmen der obst- und gemüseverarbeitenden Industrie, beschäftigt. In dem schriftlichen Arbeitsvertrag heißt es in § 1 ua., dem Arbeitnehmer sei bekannt, daß das Unternehmen des Arbeitgebers nicht tarifgebunden ist und daher Mantel- und Entgelttarifverträge für die Beurteilung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses keine Anwendung finden. Nach der Anlage zum Arbeitsvertrag, in dem der Kläger als Maschinenhelfer bezeichnet wird, ist er für die Inbetriebnahme, Bedienung und Wartung von Tetra-Abfüllmaschinen, der dazugehörigen Packautomaten, der Erhitzungsanlagen sowie des angeschlossenen Palettierers verantwortlich. Dort sind außerdem die betriebsüblichen Arbeitszeiten aufgeführt. Nach § 3 des Arbeitsvertrages erhält der Kläger "für seine Tätigkeit einen Brutto-Stundenlohn in Höhe von DM 18,40".

Bei der Beklagten wird im Mehr-Schichtsystem gearbeitet; die jeweilige Schichtdauer beträgt 37,5 Wochenstunden. Der Kläger wird ausschließlich in der Nachtschicht eingesetzt. Er arbeitet von montags bis donnerstags jeweils in der Zeit von 22.30 Uhr bis 6.00 Uhr und freitags von 22.30 Uhr bis 8.30 Uhr. Bei einer täglichen Pause von 45 Minuten beträgt seine regelmäßige Wochenarbeitszeit dementsprechend 36,25 Stunden, die mit dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Satz von 18,40 DM brutto vergütet wird. Im Oktober 1999 forderte der Kläger die Beklagte erstmals vergeblich schriftlich auf, Nacharbeitszuschläge zu zahlen.

Mit seiner im November 1999 erhobenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Beklagte schulde nach § 6 Abs. 5 ArbZG die Zahlung eines angemessenen Zuschlags. Dessen Höhe richte sich nach dem Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der obst- und gemüseverarbeitenden Industrie (MTV) und betrage nach § 5 Nr. 2 b MTV 50 vH des Stundenlohnes. Ein Ausgleich der Nacharbeit durch bezahlte Freistellung scheidet aus Rechtsgründen aus. Auf Grund des zeitlichen Abstandes zwischen der geleisteten Nacharbeit und

der bisher nicht gewährten Ausgleichsleistung habe eine Freistellung keinen Erholungseffekt mehr. Bei arbeitstäglich 6,5 Stunden hat der Kläger für die Zeit vom 1. Januar 1997 bis zum 31. Oktober 1999 738 Arbeitstage errechnet und einen Betrag von 42.435,00 DM brutto verlangt.

Das Arbeitsgericht hat der ausschließlich auf Zahlung gerichteten Klage stattgegeben. Vor dem Landesarbeitsgericht hat der Kläger seine Klage (hilfsweise) auf die Gewährung bezahlter Freistellung an 51 Arbeitstagen erweitert. Für die Höhe hat er auf einen im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Vorschlag zurückgegriffen, wonach für je 90 geleistete Nachtarbeitsstunden ein zusätzlicher freier Tag zu gewähren sei.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 42.435,00 DM brutto nebst 4 vH Zinsen auf den sich daraus ergebenden Nettobetrag seit 9. November 1999 zu zahlen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, nach ihrer Wahl dem Kläger 51 bezahlte freie Arbeitstage zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat im wesentlichen geltend gemacht, der vereinbarte Stundenlohn enthalte bereits einen angemessenen Zuschlag für Nachtarbeit; ein Zuschlag von 50 vH sei jedenfalls unangemessen hoch.

Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte auf den Hilfsantrag des Klägers verurteilt, dem Kläger nach ihrer Wahl 51 bezahlte freie Arbeitstage zu gewähren oder an ihn 42.435,00 DM brutto nebst 4 vH Zinsen auf den sich daraus ergebenden Nettobetrag seit dem 9. November 1999 zu zahlen. Hiergegen wenden sich beide Parteien mit den vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revisionen.

### Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Revision der Beklagten hat dagegen teilweise Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts, soweit es die Beklagte zur Zahlung eines höheren Zuschlags als 30 vH des Stundenlohns von 18,40 DM verurteilt hat. Im übrigen ist die Revision unbegründet.

A. I. Die Revision des Klägers ist zulässig. Sein Hauptantrag war auf die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines Nachtarbeitszuschlags auf den vereinbarten Stundenlohn gerichtet. Dieses Ziel hat er nicht erreicht, so daß er durch die wahlweise Verurteilung der Beklagten zur Entgeltzahlung oder zur bezahlten Freistellung beschwert ist.

II. Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht den Hauptantrag abgewiesen und die Beklagte nach ihrer Wahl zur Zahlung des Zuschlags oder zur Gewährung bezahlter Freistellung verurteilt.

1. Auf das mit der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis ist mangels beiderseitiger Tarifbindung (§ 3 Abs. 1 TVG) oder Inbezugnahme kein Tarifvertrag anzuwenden. Die Parteien haben auch keine eigenständige vertragliche Regelung getroffen. Als Anspruchsgrundlage kommt deshalb allein § 6 Abs. 5 ArbZG in Betracht. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei fehlen einer tariflichen Regelung 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. Zwischen den Alternativen des Belastungsausgleichs besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes kein Rangverhältnis. Der Arbeitgeber kann wählen, ob er den Anspruch des Arbeitnehmers durch Zahlung von Geld, durch bezahlte Freistellung oder auch durch eine Kombination von beidem erfüllt (BAG 26. August 1997 - 1 ABR 16/97 - BAGE 86, 249; 24. Februar 1999 - 4 AZR 62/98 - BAGE 91, 63). Die gesetzlich begründete Wahlschuld (§ 263 BGB) konkretisiert sich auf eine der geschuldeten Leistungen erst dann, wenn der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ausübt. Eine solche Wahl hat die Beklagte bisher nicht getroffen.

2. Das Wahlrecht der Beklagten ist entgegen der Auffassung des Klägers infolge Zeitablaufs nicht erloschen. Unerheblich ist, daß die Nachtarbeit bereits in den Jahren 1997 bis 1999 geleistet worden ist und die Beklagte den Anspruch auf Ausgleichsleistungen bisher nicht erfüllt hat.

a) Die Ausübung des Wahlrechts ist noch möglich. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht fort. Die Beklagte kann daher den Kläger noch zum Ausgleich der Nachtarbeit bezahlt von seiner Arbeitspflicht freistellen (vgl. BAG 24. Februar 1999 - 4 AZR 62/98 - aaO).

b) Der Kläger macht geltend, der mit dem Belastungsausgleich bezweckte Gesundheitsschutz werde verfehlt, wenn die Freistellung sich nicht zeitnah an die Nachtarbeit anschließe. Auch dieser Einwand rechtfertigt nicht, das Wahlrecht des Arbeitgebers als erloschen anzusehen.

aa) Die dem biologischen Rhythmus des Menschen widersprechende Nachtarbeit soll gesundheitlich besser verkräftet werden, wenn sie auf Blöcke von wenigen Tagen beschränkt und dem Arbeitnehmer durch Arbeitsunterbrechungen Gelegenheit zur Erholung gegeben wird (vgl. Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin Leitfaden zur Einführung und Gestaltung von Nacht- und Schichtarbeit S 12 ff.). Diese Erkenntnisse haben indessen in § 6 Abs. 5 ArbZG keinen Eingang gefunden. Freizeitausgleich und Geldzuschlag werden vielmehr gleichrangig nebeneinander genannt, obgleich auf der Hand liegt, daß ein Geldzuschlag nicht geeignet ist, die mit Nachtarbeit verbundene körperliche Belastung auszugleichen. Der Geldzuschlag dient dem Gesundheitsschutz deshalb nur mittelbar (BAG 26. August 1997 - 1 ABR 16/97 - aaO). Die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wird verteuert, um auf diesem Weg Nachtarbeit einzudämmen; Nachtarbeit soll für Arbeitgeber weniger attraktiv sein. Dieser Druck besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitnehmer zu einem nicht zeitnah zur Nachtarbeit liegenden Zeitpunkt von der Arbeit bezahlt freizustellen.

bb) Ein Vorrang des Zahlungsanspruchs läßt sich entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht aus den Bestimmungen zu den höchstzulässigen Arbeits- und Ausgleichszeiten herleiten. Nach § 3 Satz 2 ArbZG sind Überschreitungen der höchstzulässigen werktäglichen Arbeitszeit von acht Stunden im Durchschnitt von sechs Monaten oder 24 Wochen auszugleichen. Bei Nachtarbeit verkürzt sich der Ausgleichszeitraum. Überschreitungen der täglichen Arbeitszeit sind nach § 6 Abs. 2 ArbZG innerhalb eines Monats oder innerhalb von vier Wochen auszugleichen. Eine derartige zeitliche Beschränkung für die Gewährung des Nachtausgleichs enthält § 6 Abs. 5 ArbZG jedoch nicht.

cc) Die hier vorliegenden Umstände des Einzelfalls rechtfertigen insoweit kein anderes Ergebnis.

Nach den auf jedes Rechtsverhältnis anzuwendenden Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) können besondere Umstände das gesetzliche Wahlrecht des Arbeitgebers auf die Geldschuld beschränken. Allerdings genügt dafür der bloße zeitliche Abstand zwischen dem Entstehen des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Belastungsausgleich und seiner Erfüllung nicht. Es müssen zum zeitlichen Ablauf noch weitere Umstände hinzutreten, die eine spätere Freistellung als treuwidrig erscheinen lassen. Daran fehlt es hier. Der erhebliche Abstand zwischen der Leistung der Nachtarbeit und deren Ausgleich ist auch auf den Kläger zurück zu führen, der seine Ansprüche für die Zeit seit 1997 erstmals im Oktober 1999 geltend gemacht hat. Die Dauer des Rechtsstreits, die zu einer weiteren Verzögerung beigetragen hat, ist der Beklagten nicht anzulasten.

Im übrigen kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß es dem Kläger ohne weiteres möglich gewesen wäre, die Beklagte zur Vornahme der Wahl aufzufordern. Hätte die Beklagte dann die Wahl nicht rechtzeitig vorgenommen, wäre das Wahlrecht nach § 264 Abs. 2 BGB auf den Kläger übergegangen.

dd) Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts wirkt allerdings "perplex". Der auf der Grundlage des Stundenlohnes von 18,40 DM für den streitbefangenen Zeitraum sich bei einem Nachtarbeitszuschlag von 50 vH ergebende Betrag von mehr als 42.000,00 DM steht wertmäßig in keinem Verhältnis zur alternativen Freistellung an 51 Arbeitstagen. Dem "ungereimten" Ergebnis auf Seiten des Klägers entspricht die unausgewogene Belastung der Beklagten. Das beruht indessen nicht auf dem in § 6 Abs. 5 ArbZG bestimmten Wahlrecht des Arbeitgebers, sondern darauf, daß der Kläger "lediglich" Freistellung für 51 Tage beantragt hat

und mit seinem Zahlungsantrag vor dem Landesarbeitsgericht voll obsiegt hat.

c) Erwägungen zu § 315 Abs. 1 BGB, wonach eine Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen ist, führen zu keinem anderen Ergebnis. Dabei ist nicht zu entscheiden, ob die Vorschrift auf die Ausübung des Wahlrechts durch den Arbeitgeber unmittelbar oder jedenfalls ihrem Rechtsgedanken nach anzuwenden ist. Gründe, die zu einer Reduzierung des Ermessens des Beklagten auf "Null" führten und der Anspruch des Klägers deshalb ausschließlich durch Entgelt erfüllt werden könnte, sind nicht ersichtlich.

B. Die Revision der Beklagten ist überwiegend unbegründet. Der Kläger hat Anspruch auf die in § 6 Abs. 5 ArbZG bestimmten Ausgleichsleistungen. Der von der Beklagten alternativ geschuldete angemessene Geldzuschlag beträgt jedoch nicht 50 vH des klägerischen Stundenlohnes sondern nur 30 vH. Den Zuschlag kann die Beklagte durch bezahlte Freistellung des Klägers an 51 Arbeitstagen ablösen.

I. Der Anspruch des Klägers folgt aus § 6 Abs. 5 ArbZG.

1. Der Anspruch ist entstanden. Der Kläger ist Nachtarbeiter iSd. ArbZG. Er leistet, wie in § 2 Abs. 5 Nr. 2 ArbZG definiert ist, im Kalenderjahr an mindestens 48 Tagen Nachtarbeit. Nachtarbeit ist nach § 2 Abs. 4 ArbZG jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit iSv. § 2 Abs. 3 ArbZG, nämlich die Zeit von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr, umfaßt. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 ZPO aF) hat der Kläger im streitbefangenen Zeitraum Nachtarbeit an 738 Arbeitstagen mit durchschnittlich arbeitstäglich 6,25 Stunden geleistet. Ihm steht deshalb der in § 6 Abs. 5 ArbZG gesetzlich bestimmte Belastungsausgleich zu. Die Beklagte hat ihm entweder eine angemessene Zahl freier Tage zu gewähren oder einen angemessenen Zuschlag auf die ihm für seine Tätigkeit zustehende Vergütung zu zahlen.

2. Diesen Anspruch hat die Beklagte bisher nicht erfüllt. Der arbeitsvertraglich vereinbarte und gezahlte Stundenlohn von 18,40 DM enthält keinen Zuschlag für die vom Kläger geleistete Nachtarbeit.

a) Für die Beurteilung, ob ein Entgelt bereits einen angemessenen Zuschlag iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG enthält, kommt es entgegen der Beklagten nicht darauf an, daß die Zahlungspflicht des Arbeitgebers im Arbeitszeitgesetz geregelt ist. Der vom Arbeitgeber wahlweise zu gewährende Nachtarbeitszuschlag steht nicht als "rein" öffentlich-rechtlicher Anspruch außerhalb der vertraglichen Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien, wie sie annimmt. Auch auf gesetzlich bestimmte Ansprüche hat der Arbeitnehmer auf der Grundlage des geschlossenen Arbeitsvertrags einen schuldrechtlichen Anspruch.

b) In welcher Weise die Ausgleichsleistung Inhalt des Arbeitsvertrags wird, ist dem Arbeitgeber überlassen. Das Gesetz enthält insoweit keine Vorgaben. Regelmäßig werden Art und Höhe der Ausgleichsleistung im Arbeitsvertrag vereinbart. Dabei ist nicht ausgeschlossen, daß die Arbeitsvertragsparteien auf eine gesonderte Zuschlagsregelung verzichten und statt dessen den Grundlohn wegen der vereinbarten Nachtarbeit entsprechend erhöhen (vgl. BAG 24. Februar 1999 - 4 AZR 62/98 - aaO). Von einer derartigen pauschalen Abgeltung des Nachtarbeitszuschlags kann jedoch nur ausgegangen werden, wenn der Arbeitsvertrag konkrete Anhalte für eine Pauschalierung enthält (zur tariflichen Ausgleichsleistung BAG 26. August 1997 - 1 ABR 16/97 - aaO). Hierfür ist regelmäßig erforderlich, daß in dem Arbeitsvertrag zwischen der Grundvergütung und dem (zusätzlichen) Nachtarbeitszuschlag unterschieden wird; jedenfalls muß ein Bezug zwischen der zu leistenden Nachtarbeit und der Lohnhöhe hergestellt sein. Diese Anforderung ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 5 ArbZG. Der für geleistete Nachtarbeit geschuldete angemessene Zuschlag ist danach "auf" das dem Arbeitnehmer hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren.

c) Anhalte, die Beklagte habe dem Kläger bereits einen angemessenen Geldzuschlag gewährt, fehlen.

aa) Der mit 18,40 DM vereinbarte Stundenlohn des Klägers gilt nach der Anlage zum Arbeitsvertrag für alle Arbeitszeitmodelle, die im Betrieb der Beklagten gefahren werden. Er ist ohne Rücksicht auf einen Einsatz im 1-Schicht-, 2-Schicht- oder 3-Schichtbetrieb und ungeachtet der Einteilung zur Tag- oder Nachtarbeit stets gleich hoch. Damit läßt sich die Behauptung der Beklagten nicht vereinbaren, bei der Lohnfindung seien die besonderen Belastungen der Nachtarbeit berücksichtigt worden.

bb) Ob der mit dem Kläger vereinbarte Grundlohn der tariflichen Eingruppierung entspricht, ist ohne

Bedeutung. Der Tarifvertrag findet keine Anwendung. Wäre der Tarifvertrag anzuwenden, hätte der Kläger nicht nur Anspruch auf den Stundenlohn nach Maßgabe der tariflichen Eingruppierungsvorschriften. Zur Feststellung, ob der Stundenlohn den geschuldeten Aufschlag enthält, sind alle im Tarifvertrag bestimmten Leistungen und damit auch der tarifliche Nachtarbeitszuschlag von 50 vH zu berücksichtigen. Das Landesarbeitsgericht hat deshalb auch keine Aufklärungspflichten verletzt, wie die Beklagte meint. Es war nicht gehalten, die Eingruppierung des Klägers zu überprüfen. Die Beklagte hätte vielmehr die Tatsachen vortragen müssen, die ihre Behauptung von einer wegen der Nacharbeit gezahlten überdurchschnittlichen Vergütung stützen. Daran fehlt es. Sie macht nicht einmal geltend, die Frage der zusätzlichen Vergütung von Nacharbeit überhaupt angesprochen zu haben. In der Revision verweist sie lediglich auf eine auf die Ablösung der Nachtarbeitszuschläge gerichtete "Intention". Das genügt nicht.

3. Die Beklagte wendet sich allerdings zu Recht gegen die Höhe des vom Landesarbeitsgericht zuerkannten Zuschlags von 50 vH des vertraglich vereinbarten Stundenlohns.

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das Merkmal "angemessen" eröffne einen Beurteilungsspielraum, der mehrere Lösungen zulasse. Nach dem Gesetzeszweck sei zwischen den Belangen des betroffenen Arbeitnehmers, namentlich dem Umfang und der Intensität der Belastung durch Nacharbeit, und den betrieblichen Notwendigkeiten sowie den wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers abzuwägen. Tarifniveau brauche nicht erreicht zu werden. Fehle es an Besonderheiten des Einzelfalls sei auf die Regelungen im einschlägigen Branchentarifvertrag zurückzugreifen. Man könne davon ausgehen, daß die Tarifvertragsparteien in Kenntnis der Besonderheiten ihres Industriezweiges sowohl die Belange der von Nacharbeit betroffenen Arbeitnehmer als auch die betrieblichen Notwendigkeiten beachtet und bei der Festlegung der Höhe des Nachtarbeitszuschlags die wirtschaftlichen Belastungen für die Arbeitgeber berücksichtigt hätten. Auch bei der Konkretisierung des Begriffs "angemessene Vergütung" in § 10 Abs. 1 Satz 1 BBiG werde die tarifliche Vergütung herangezogen. Der Nachtarbeitszuschlag von 50 vH auf den Stundenlohn (§ 5 Nr. 2 b) MTV) bewege sich im allgemeinen Tarifniveau.

b) Dem stimmt der Senat nicht zu.

aa) Bei dem Merkmal "angemessen" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Rechtsanwendung 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 diesen Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt worden sind oder wenn bei der gebotenen Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt oder das Ergebnis widersprüchlich ist (ständige Rspr. BAG vgl. Senat 17. November 1998 - 9 AZR 503/97 - AP BildungsurlaubsG NRW § 1 Nr. 26 = EzA AWbG § 7 Nr. 29 mwN).

bb) Trotz dieser eingeschränkter Rechtskontrolle hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts dem Angriff der Beklagten nicht stand.

(1) Zu Unrecht macht die Beklagte allerdings geltend, das Landesarbeitsgericht habe die Voraussetzungen für eine Analogie verkannt. Das Landesarbeitsgericht hat keine Vorschriften "analog" angewendet. Es hat auch nicht, wie die Beklagte geltend macht, auf § 612 Abs. 2 BGB zurück gegriffen. Der Begriff "übliche" Vergütung findet sich in dem Urteil nicht.

(2) Ebensowenig ist der Auffassung der Beklagten zuzustimmen, bei fehlender vertraglicher Festlegung des Nachtarbeitszuschlags sei auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zurückzugreifen. Zu beantworten sei die Frage, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Regelungslücke erkannt hätten. Nach der Konzeption des § 6 Abs. 5 ArbZG muß der Nachtarbeitszuschlag nicht zwingend Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung sein. Ein Arbeitsvertrag, der für Nacharbeit keinen Zuschlag vorsieht, ist nicht "lückenhaft".

(3) Die auf § 10 BBiG gestützte Argumentation des Landesarbeitsgerichts ist jedoch für das Verständnis des Begriffs "angemessen" in § 6 Abs. 5 ArbZG nicht sachgerecht. Ob eine Leistung angemessen ist, beurteilt sich nach dem mit ihr verfolgten Zweck, wie er sich aus dem Inhalt der Vorschrift und dem gesetzlichen

Zusammenhang erschließt. Für die Beurteilung der Angemessenheit einer Leistung können die für die Auslegung einer anderen Vorschrift entwickelten Kriterien deshalb nur herangezogen werden, wenn die "Leistungen", die der Arbeitgeber "angemessen" zu entgelten hat, vergleichbar sind. Hieran fehlt es.

Die nach § 10 BBiG vom Ausbilder geschuldete angemessene Vergütung dient dem Unterhalt des Auszubildenden. Sie ist ein Beitrag zur Finanzierung der Berufsausbildung. Ihre Höhe wird zusätzlich durch das Interesse der Arbeitgeberseite bestimmt, einen qualifizierten Nachwuchs heranzubilden. Schließlich stellt sie eine Entlohnung der Leistung des Auszubildenden dar (BAG 30. September 1998 - 5 AZR 690/97 - AP BBiG § 10 Nr. 8 = EzA BBiG § 10 Nr. 4 mwN). Keiner dieser Zwecke trifft für den Nachtarbeitszuschlag zu. Er ist zwar Lohnbestandteil iSv. § 611 Abs. 1 BGB und gesetzlich bei Arbeitsausfall wegen Feiertags oder wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach § 4 Abs. 1 EFZG (BAG 13. März 2002 - 5 AZR 648/00 - AP EntgeltFG § 4 Nr. 58 = EzA EFZG § 4 Nr. 6) und während des Urlaubs nach §§ 1, 11 BUrtG (BAG 12. Januar 1989 - 8 AZR 404/87 - BAGE 61, 1) zu zahlen. Er dient aber, wenn auch nur mittelbar, vorrangig dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers.

(4) Auch den Erwägungen des Landesarbeitsgerichts zur "Richtigkeitsgewähr" tariflicher Regelungen stimmt der Senat nicht zu. Die Aussage, eine tarifliche Festlegung des Nachtarbeitszuschlags sei stets "angemessen", läßt sich auf den nach § 6 Abs. 5 ArbZG geschuldeten Zuschlag nicht übertragen. Sie beruht auf der Vermutung, daß die von den Tarifvertragsparteien in Wahrnehmung der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) getroffenen Regelungen insgesamt ausgewogen sind und die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen berücksichtigen. Die einzelne Tarifnorm wird hiervon nur als ein Teil des Gesamtpakets "Tarifvertrag" erfaßt.

4. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig. Der ausgeurteilte Zuschlag von 50 vH ist nicht "angemessen".

a) § 6 Abs. 5 ArbZG ist nur anzuwenden, wenn eine tarifliche Ausgleichsregelung fehlt. Schon nach der Konzeption des Gesetzes ist deshalb nicht "im Regelfall" auf die Höhe des im einschlägigen Tarifvertrag festgelegten Zuschlags abzustellen (aA Buschmann/Ulber ArbZG 3. Aufl. § 6 Rn. 30; Zachert RdA 2000, 107). Andernfalls würde der Arbeitgeber über die "Angemessenheit" der Ausgleichsleistung an einen Tarifvertrag gebunden, an dessen Zustandekommen und Geltung er weder durch Mitgliedschaft in der tarifvertragschließenden Partei (§ 3 Abs. 1 TVG) noch durch einzelvertragliche Bezugnahme beteiligt ist.

b) Gegen eine ungeprüfte Heranziehung des tariflich vereinbarten Nachtarbeitszuschlags spricht auch die Bandbreite der tariflichen Regelungen. Sie reicht von 15 vH (Chemische Industrie) bis hin zu 100 vH (Wohnungswirtschaft). Die Zuschläge werden teils zusätzlich nach der zeitlichen Lage innerhalb der Nachtarbeitsstunden gestaffelt; es wird zwischen regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit differenziert. Die Zeiten zuschlagspflichtiger Nachtarbeit übersteigen oft die Zeiten der Nachtarbeit iSv. § 2 ArbZG (vgl. die Übersicht über 43 ausgewählte Tarifbereiche im WSI Tarifhandbuch 2000 S 139 ff.). Arbeitsmedizinische Gründe erklären diese Vielfalt nicht. Der mit dem Nachtarbeitszuschlag verfolgte Zweck ist stets derselbe. Er dient dem Ausgleich der mit Nachtarbeit verbundenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Die von der Arbeitswissenschaft empfohlenen Freistellungsansprüche (s. hierzu Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin Leitfaden zur Einführung und Gestaltung von Nacht- und Schichtarbeit S 12 ff.) sind allerdings eher selten Gegenstand der tariflichen Vereinbarung. Außerdem soll der Nachtarbeitszuschlag in einem gewissen Umfang den Arbeitnehmer für die erschwerte Teilhabe am sozialen Leben entschädigen.

Im Mittel betragen tarifliche Nachtarbeitszuschläge etwa 25 vH. Bei Nachtarbeitszuschlägen, die diese Marge überschreiten, ist nicht auszuschließen, daß deren Höhe (auch) auf anderen Gründen beruht. So können sie historisch zu erklären sein, nämlich beeinflusst durch das erst vom Bundesverfassungsgericht (28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - BVerfGE 85, 191) für verfassungswidrig erklärte Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen (§ 19 AZO). Der Nachtarbeitszuschlag, den bis dahin nur männliche Arbeitnehmer erhalten konnten, kompensierte möglicherweise einen verhältnismäßig niedrigen Grundlohn.

50

c) Zu berücksichtigen ist ferner, daß der Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung als solche das Entgelt erhält, das er mit dem Arbeitgeber vertraglich vereinbart hat. Eine Steigerung dieses Entgelts wegen Nachtarbeit um

die Hälfte mißt der mit ihr verbundenen Erschwernis ein zu hohes Gewicht bei. Ein Aufschlag um die Hälfte des Grundlohnes verliert den Charakter des Zuschlags als "zusätzlich" geschuldete Leistung. Entgelt und Zuschlag sind in sich unausgewogen.

d) Der Senat setzt sich mit seiner Entscheidung nicht in Widerspruch zu anderen Senaten des Bundesarbeitsgerichts. Auch der Vierte Senat hat entschieden, eine arbeitsvertragliche Regelung sei nicht bereits deshalb unangemessen, weil sie hinter dem Tarifniveau zurückbleibe (24. Februar 1999 - 4 AZR 62/98 - aaO).

5. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden. Die Beklagte schuldet einen Zuschlag von 30 vH pro geleisteter Nachtarbeitsstunde.

a) Nachdem der Gesetzgeber davon abgesehen hat, Vorgaben zur Höhe des angemessenen Zuschlags auf die vereinbarte Grundvergütung zu machen, wäre es für die Praxis sicherlich hilfreich, im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit unabhängig vom Einzelfall einen Prozentsatz festzusetzen, an dem sich Arbeitsvertragsparteien orientieren können und müssen. Das ist gleichwohl nicht möglich. Denn ob eine Leistung "angemessen" ist, richtet sich nach der Gegenleistung, für die sie bestimmt ist. Auch wenn der Zweck des Lohnzuschlags stets die mit der Nachtarbeit für den Arbeitnehmer verbundenen Nachteile ausgleichen soll, können die Umstände des Einzelfalls nicht außer acht gelassen werden.

b) Allerdings hat die Beklagte keinerlei Belange vorgetragen, die aus ihrer Sicht für die Höhe des Zuschlags bestimmend sein könnten. Alleiniger Gesichtspunkt ist die Abwehr von Kosten; die Arbeitsleistung des Klägers soll nicht "teurer" sein als wenn er tagsüber gearbeitet hätte. In einem solchen Fall bieten die im Wirtschaftszweig des Arbeitgebers bestehenden Tarifverträge jedenfalls Orientierung. Das ist der hier einschlägige Tarifvertrag für die obst- und gemüseverarbeitende Industrie mit dem relativ hohen Satz von 50 vH. Im genossenschaftlichen Bereich (Manteltarifvertrag Obst- und Gemüseverwertungsgenossenschaften Hessen und Rheinland-Pfalz vom 16. April 1997) beträgt der Zuschlag für Nachtarbeit zwischen 21.00 Uhr und 6.00 Uhr immerhin 35 vH.

c) Der festgesetzte Satz von 30 vH hält auch einen gebührendem Abstand zum Stundenlohn. Die Nachtarbeit wird im Verhältnis zu der vom Kläger erbrachten Arbeitsleistung nicht "überproportional" bewertet.

d) Die Aufstockung um 30 vH entspricht dem vom Gesetzgeber mit dem Lohnzuschlag verfolgten Zweck, im Interesse der Gesundheit des Arbeitnehmers den Arbeitgeber finanziell zu belasten. Damit hat er den Auftrag des Bundesverfassungsgerichts umgesetzt (BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - BVerfGE 85, 191), zu Gunsten der Nachtarbeitnehmer Schutzvorschriften zu erlassen, um die mit Nachtarbeit verbundenen körperlichen Beeinträchtigungen auszugleichen. Demgegenüber verfängt der Hinweis der Beklagten auf das weitere Schutzziel des ArbZG nicht. Nach § 1 Nr. 1 ArbZG ist Zweck des Gesetzes zwar auch, die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern. Das führt aber nicht zur Schmälerung der dem Arbeitnehmer zustehenden gesetzlichen Rechte und zum Ansatz eines Zuschlags von höchstens 10 vH, wie sie meint.

e) Der Senat sieht sein Ergebnis durch die von der Beklagten, wenn auch zu eigenen Gunsten, herangezogenen steuerrechtlichen Bestimmungen bestätigt. Nach § 3 b Abs. 1 bis 4 EStG ist für Nachtarbeit ein Satz von 25 vH und für Nachtarbeit von 0.00 Uhr bis 4.00 Uhr ein Satz von 40 vH steuerfrei, wenn die Arbeit vor Mitternacht aufgenommen wird. Mit der Steuerfreiheit von Nachtarbeit ist mittelbar deren "Wert" akzeptiert. Der Kläger nimmt seine Arbeit stets vor Mitternacht auf.

f) Für einen deutlich niedrigeren Satz (etwa 10 vH) lassen sich die nicht in das Gesetz übernommenen Vorschläge zum Freizeitausgleich heranziehen. Der Referentenentwurf sah für je 90 Nachtarbeitsstunden einen Tag Zusatzurlaub vor. Bei Dauernachtschicht wären das bis zu zwei Tage/Monat. Rechnerisch bei 21 Arbeitstagen im Monat verblieben 19 Arbeitstage: Vergütung für 19 Tage x 100 : 21 = 90,47 vH. Ähnliches ergibt der Vorschlag der SPD-Fraktion: für 20 Arbeitstage mit mehr als drei Nachtarbeitsstunden (SPD-Entwurf) ein zusätzlicher freier Tag (BT-Drucks. 12/5282 S 5). Abgesehen von der fehlenden Umsetzung der Vorschläge in das Gesetz ist eine Absenkung auf 10 oder 15 vH, wie sie teils auch im Schrifttum vertreten wird (Neumann/Biebl ArbZG 13. Aufl. § 6 Rn. 26) nicht geeignet, den mit dem Geldausgleich bezweckten

Druck auf den Arbeitgeber auszuüben.

II. Die Revision der Beklagten ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Zuerkennung der wahlweise zu gewährenden 51 Freistellungstage wendet.

Ob der Umfang des nach § 6 Abs. 5 ArbZG vom Arbeitgeber geschuldeten angemessenen Freizeitausgleichs dem Geldzuschlag wertmäßig zu entsprechen hat, wie das Bundesarbeitsgericht zur Frage der Abgeltung von Mehrarbeitszuschlägen entschieden hat (BAG 25. Oktober 1961 - 5 AZR 370/60 - AP AZO § 15 Nr. 11), kann hier für dahinstehen. Das gilt auch für die Erwägungen des Landesarbeitsgerichts, maßgeblich sei ein Vergleich der Kosten, die für den Arbeitgeber mit dem Lohnzuschlag einerseits und der bezahlten Freistellung andererseits verbunden seien. Hierauf beruht die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht, sondern auf der Bindung an den vom Kläger gestellten Antrag auf Freistellung an 51 Arbeitstagen. Hiergegen trägt die Beklagte nichts Rechtserhebliches vor.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

Düwell Zwanziger Reinecke

Schwarz Heilmann