

7 Sa 839/14
30 Ca 1429/14
(ArbG München)

Verkündet am: 26.06.2015

Kübler
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

TEILURTEIL

In dem Rechtsstreit

F.

- Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Firma U.

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

- 2 -

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juni 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Karrasch und die ehrenamtlichen Richter Bussek und Hans

für Recht erkannt:

1. Die Berufung beider Parteien gegen die Ziffer 2 des Endurteils vom 18.09.2014 - 30 Ca 1429/14 wird zurückgewiesen.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.
3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Bezahlung von Nachtzuschlägen.

Der Kläger ist bei der Beklagten, einem Unternehmen des Transportgewerbes, das Teil der U.-Gruppe, einem privaten Paketdienst, ist, seit 13.03.2000 als Lkw-Fahrer beschäftigt und erhielt seit Oktober 2013 einen Bruttostundenlohn in Höhe von 15,90 € den die Beklagte unternehmenseinheitlich für den Bereich West mit einer Abweichung davon für den Stundenlohn Ost zahlt.

Im schriftlichen Arbeitsvertrag der Parteien mit Datum 01.03.2000 (Bl. 8-9 d. A.) stand unter § 3:

...

Als Vergütung für seine Tätigkeit erhält der Mitarbeiter einen Bruttolohn pro Stunde von 13,55 €. Die Abrechnung erfolgt monatlich.

...

Die Vertragspartner sind sich darüber einig, dass auf das Vertragsverhältnis kein Tarifvertrag Anwendung findet.“

Unter der Überschrift § 7 des Arbeitsvertrages stand unter Ziffer 4:

„...“

Alle Ansprüche aus dem Beschäftigungsverhältnis müssen mindestens drei Monate nach Fälligkeit, bei Ausscheiden spätestens drei Monate nach dem Ausscheiden schriftlich bei der Firma geltend gemacht werden. Nach Ablauf dieser Frist sind die Ansprüche verfallen.“

Seit dem 01.01.2011 arbeitete der Kläger nahezu ausschließlich in der Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr. Zuletzt fuhr er im Wechsel zwei unterschiedliche Nachtrouten, eine von A. nach N., G. und zurück die andere von A. nach D. und zurück, wobei es auf den Touren sogenannte Verfügbarkeitszeiten in Form von Wartezeiten mit unterschiedlicher Dauer gab.

Für die Arbeit in der Zeit von 21:00 Uhr bis 06:00 Uhr zahlte die Beklagte dem Kläger einen Nachtzuschlag, der in der Zeit von 01.01.2011 bis 30.09.2011 1,75 € brutto und ab 01.10.2011 bis 30.09.2012 1,90 € brutto betrug. Ab 01.10.2012 bis einschließlich 30.09.2013 zahlte die Beklagte bei einem Bruttostundenlohn von 15,63 € einen Nachtzuschlag in Höhe von 2,92 € brutto. Ab 01.10.2013 betrug der von der Beklagten bezahlte Nachtzuschlag 3,18 € brutto, was rechnerisch 20 % des Grundlohns entsprach.

Der Kläger hat gemeint, ein angemessener Nachtzuschlag müsse einem Betrag iHv. 30 % aus dem Grundgehalt entsprechen, da er nahezu ausschließlich nachts tätig sei und damit am sozialen Leben überhaupt nicht teilnehmen könne und weiterhin erheblichen gesundheitlichen Risiken und Beeinträchtigungen ausgesetzt sei. Er hat auch gemeint, dass bereits ab 21:00 Uhr geleistete Zuschläge bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen seien, da diese auch den Arbeitnehmern, die im Tagdienst tätig seien, zu Gute kämen. Er war weiter der Auffassung, die in § 7 des Arbeitsvertrages geregelte Ausschlussfrist sei unwirksam, denn zum einen befinde sie sich an einer ungewöhnlicher Stelle im Arbeitsvertrag und zum anderen handele es sich um eine einseitige Frist für den Arbeitnehmer und sie sei damit einseitig belastend. Der Kläger hat auch darauf verwiesen, dass ihm der Nachtarbeitszuschlag in Geld und nicht in Form einer Freistellung zustehe, denn die Be-

klagte habe bereits durch die Zahlung von Zuschlägen ihr Wahlrecht ausgeübt und von diesem Gebrauch gemacht. Der Kläger hat vorgetragen, er habe im Kalenderjahr 2011 der Kläger in der Zeit von 21:00 Uhr bis 06:00 Uhr 1.462,98 Arbeitsstunden erbracht und in der Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr 1.094,98 Arbeitsstunden. Im Kalenderjahr 2012 habe er in der Zeit von 21:00 Uhr bis 06:00 Uhr 1.440,59 Arbeitsstunden und in der Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr 1.066,59 Arbeitsstunden erbracht. Für das Kalenderjahr 2013 hat er sich darauf berufen, in der Zeit von 21:00 Uhr bis 06:00 Uhr 1.370,10 Arbeitsstunden und in der Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr 1.022,10 Arbeitsstunden erbracht zu haben und dass er im Kalenderjahr 2014 in der Zeit vom 01.01.2014 bis 30.04.2014 zwischen 21:00 Uhr und 06:00 Uhr 587,83 Stunden und in der Zeit zwischen 23:00 Uhr und 06:00 Uhr 441,83 Stunden gearbeitet habe.

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 8.051,60 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 17,04 seit 01.02.2011, aus € 340,80 seit 01.03.2011, aus € 221,89 seit 01.04.2011, aus € 241,20 seit 01.05.2011, aus € 340,09 seit 01.06.2011, aus € 204,25 seit 01.07.2011, aus € 351,68 seit 01.08.2011, aus € 252,76 seit 01.09.2011, aus € 254,66 seit 01.10.2011, aus € 292,95 seit 01.11.2011, aus € 329,22 seit 01.12.2011, aus € 247,61 seit 01.01.2012, aus € 272,03 seit 01.02.2012, aus € 296,19 seit 01.03.2012, aus € 326,43 seit 01.04.2012, aus € 66,96 seit 01.05.2012, aus € 255,29 seit 01.06.2013, aus € 323,64 seit 01.07.2012, aus € 305,51 seit 01.08.2012, aus € 0,00 seit 01.09.2012, aus € 242,98 seit 01.10.2012, aus € 205,62 seit 01.11.2012, aus € 189,39 seit 01.12.2012, aus € 167,57 seit 01.01.2013, aus € 111,51 seit 01.02.2013, aus € 186,29 seit 01.03.2013, aus € 196,03 seit 01.04.2013, aus € 157,07 seit 01.05.2013, aus € 114,78 seit 01.06.2013, aus € 212,40 seit 01.07.2013, aus € 225,68 seit 01.08.2013, aus € 0,00 seit 01.09.2013, aus € 66,38 seit 01.10.2013, aus € 151,05 seit 01.11.2013, aus € 189,21 seit 01.12.2013, aus € 143,10 seit 01.01.2014, aus € 208,29 seit 01.02.2014, aus € 190,53 seit 01.03.2014, aus € 152,64 seit 01.04.2014, aus € 151,05 seit 01.05.2014 zu bezahlen.

(hilfsweise: oder dem Kläger einen Freizeitausgleich von 136 Arbeitstagen zu gewähren).

2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ab 01.05.2014 einen Nachtschichtzuschlag für die Nachtarbeit von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr in Höhe von 30 % vom Bruttostundenlohn (derzeit € 4,77 brutto pro Stunde) zu bezahlen.

(hilfsweise: oder dem Kläger einen Freizeitausgleich von 3 Arbeitstagen für 80 vom Kläger geleistete Nachtarbeitsstunden von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr zu gewähren).

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat gemeint, dass sie für die vom Kläger während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden stets einen angemessenen Zuschlag gewährt habe und auch weiterhin gewähre und es sei zu berücksichtigen, dass sie für den Zeitraum zwischen 21:00 Uhr und 23:00 Uhr bereits Zuschläge auf freiwilliger Basis leiste. Es sei auch zu berücksichtigen, dass zur Durchführung des Geschäftes der nächtliche Warentransport zwingend erforderlich sei und Nachtarbeit üblich sei und bereits ein deutlich übertariflicher Grundlohn von derzeit 15,90 € brutto gezahlt werde. Einschlägige Tarifverträge könnten höchstens mittelbar als Orientierung herangezogen werden und danach gäbe es aber Regulierungen, die eine Pauschalierung von 5,00 € je Nacht oder aber Zuschläge von ca. 15-25 % gewährten und auch die sogenannten Verfügungszeiten seien zu berücksichtigen. Schließlich hat die Beklagte auch gemeint, dass Ansprüche aus der Zeit vor September 2013 verfallen seien und im Übrigen sei das Vorbringen des Klägers zur Höhe des Anspruchs unschlüssig.

Hinsichtlich des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze vom 03.02.2014 (Bl. 1-7 d. A.), 15.04.2014 (Bl. 77-95 d. A.), 23.06.2014 (Bl. 230-250 d. A.), 03.09.2014 (Bl. 294-304 d. A.) und 09.09.2014 (Bl. 348-354 d. A.) samt ihren Anlagen verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage insoweit stattgegeben, als es die Beklagte verurteilt hat, dem Kläger ab 01.05.2014 einen Nachtzuschlag für die Nachtarbeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr in Höhe von 25 % vom Bruttostundenlohn zu zahlen und es hat die Beklagte weiter verurteilt hat, an den Kläger 5.386,61 € brutto nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Das Arbeitsgericht hat ausgeführt, dass der Kläger Anspruch auf Zahlung eines Nachtzuschlags für Nachtarbeit in Höhe von 25 % des Stundenlohns habe, da er Nachtarbeitnehmer im Sinne des Arbeitszeitgesetzes sei und auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis mangels beiderseitiger Tarifbindung kein Tarifvertrag Anwendung finde. Die Beklagte habe auch ihr Wahlrecht dadurch ausgeübt, dass sie in den Gehaltsabrechnungen beginnend ab Januar 2011 einen Nachtzuschlag fest auswies. Das Arbeitsgericht hat als angemessenen Zuschlag einen in Höhe von 25 % erachtet, da zu berücksichtigen sei, dass der Kläger dauerhaft fast ausschließlich in der Nachtarbeit tätig sei, wobei nicht relevant sei, dass bereits ein Stundenlohn in Höhe von derzeit 15,90 € brutto bezahlt wurde. Der Anspruch des Klägers für Zeiten vor September 2013 sei auch nicht verfallen, da die im Arbeitsvertrag vereinbarte Ausschlussfristenregelung gemäß § 305c Abs. 1 BGB unwirksam sei. Die Klausel sei als überraschend zu werten, da sie ohne drucktechnische Hervorhebung in § 7 Ziff. 4 des Arbeitsvertrages stehe und zudem habe es sich dabei um eine unwirksame einseitige Regelung gehandelt. Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf die Seiten 10-18 (Bl. 400-408 d. A.) des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

Gegen dieses Urteil vom 18.09.2014, das dem Kläger am 10.10.2014 und der Beklagten am 13.10.2014 zugestellt wurde, haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Die Beklagte hat ihre Berufung mit einem am 03.11.2014 per Fax beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz eingelegt und mit einem am 13.01.2015 beim Landesarbeitsgericht per Fax eingegangenen Schriftsatz begründet, nachdem zuvor die Frist zur Berufungsbegründung bis zu diesem Tag verlängert worden war.

Der Kläger hat mit einem am 03.11.2014 beim Landesarbeitsgericht per Fax eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, die er mit einem am 09.01.2015 per Fax beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat, nachdem zuvor die Frist zur Berufungsbegründung bis auf den 12.01.2015 verlängert worden war.

Die Beklagte hält das Urteil des Arbeitsgerichts für fehlerhaft, denn dieses überschreite zum Merkmal „angemessen“ im Sinne des § 6 Abs. 5 ArbZG bei der Überprüfung des von der Beklagten bereits gezahlten Zuschlags für die Nachtarbeit seinen Beurteilungsspielraum und beachte wesentliche Umstände des Einzelfalls nicht. Die Beklagte meint auch, der Antrag zu Ziffer 2 sei bereits unzulässig und das Arbeitsgericht verkenne, dass dieser Antrag nicht als Feststellungs- sondern als Leistungsantrag gestellt werde und ein solcher sei nur unter den engen Voraussetzungen des § 259 ZPO zulässig. Diese lägen aber nicht vor, denn es fehle bereits an der erforderlichen Bestimmtheit und im Übrigen sei nach § 259 ZPO bereits dem Wortlaut nach die erforderliche Besorgnis der Leistungsverweigerung nicht gegeben und werde auch nicht vorgetragen. Das Arbeitsgericht gehe auch rechtsfehlerhaft davon aus, dass die gesetzlich begründete Wahlschuld sich bereits auf die Zahlung eines Nachtzuschlages konkretisiert habe. Bei Dauerschuldverhältnissen sei das Wahlrecht nur für den Zeitraum ausgeübt, für den es ausgesprochen werde und dies könne ausweislich der monatlich erstellten Abrechnungen höchstens der Kalendermonat sein. Es sei weiter rechtsfehlerhaft, wenn das Arbeitsgericht den Umstand von Nachtarbeit in Dauer zuschlagerhöhend berücksichtige und richtigerweise müsse es feststellen, dass der in der Vergangenheit und auch derzeit gezahlte Zuschlag angemessen sei. Verfehlt sei auch, wenn das Arbeitsgericht Verfügbarkeitszeiten bei der Bemessung der Angemessenheit des Nachtarbeitszuschlags nicht berücksichtige. Ebenso fehlerhaft nehme das Arbeitsgericht an, dass der von der Beklagten gezahlte Grundlohn nicht bereits Erschwernisse der Nachtarbeit berücksichtige, denn die Beklagte zahle bereits einen für die Branche besonders hohen Grundlohn. Ebenso sei es rechtsfehlerhaft, wenn das Arbeitsgericht den für den Zeitraum von 21:00 Uhr bis 23:00 Uhr freiwillig geleisteten Nachtarbeitszuschlag bei der Beurteilung der Angemessenheit des Nachtarbeitszuschlags nach § 6 Abs. 5 ArbZG nicht berücksichtige. Die Beklagte meint auch, dass der dem Kläger zugesprochene Geldbetrag sowohl im Tenor als auch in den Entscheidungsgründen teilweise bereits rechnerisch falsch sei. Diesbezüglich wird auf ihre Ausführungen im Schriftsatz vom 13.01.2015 Seite 16 Mitte bis 17 oben (Bl. 499-500 d. A.) verwiesen.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 18.09.2014 - 30 Ca 1429/14 - abzuändern, soweit es der Klage stattgegeben hat und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Zurückweisung der Berufung und beantragt weiter:

- I. Das Urteil des Arbeitsgerichtes München vom 18.09.2014, Aktenzeichen 30 Ca 1429/14 wird aufgehoben, soweit die Klage abgewiesen worden ist.
- II. Das Urteil des Arbeitsgerichtes München vom 18.09.2014, Aktenzeichen 30 Ca 1429/14 wird abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 8.051,60 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 17,04 seit 01.02.2011, aus € 340,80 seit 01.03.2011, aus € 221,89 seit 01.04.2011, aus € 241,20 seit 01.05.2011, aus € 340,09 seit 01.06.2011, aus € 204,25 seit 01.07.2011, aus € 351,68 seit 01.08.2011, aus € 252,76 seit 01.09.2011, aus € 254,66 seit 01.10.2011, aus € 292,95 seit 01.11.2011, aus € 329,22 seit 01.12.2011, aus € 247,61 seit 01.01.2012, aus € 272,03 seit 01.02.2012, aus € 296,19 seit 01.03.2012, aus € 326,43 seit 01.04.2012, aus € 66,96 seit 01.05.2012, aus € 255,29 seit 01.06.2012, aus € 323,64 seit 01.07.2012 , aus € 305,51 seit 01.08.2012 , aus € 0,00 seit 01.09.2012, aus € 242,98 seit 01.10.2012, aus € 205,62 seit 01.11.2012, aus € 189,39 seit 01.12.2012, aus € 167,57 seit 01.01.2013, aus € 111,51 seit 01.02.2013, aus € 186,29 seit 01.03.2013, aus € 196,03 seit 01.04.2013, aus € 157,07 seit 01.05.2013, aus € 114,78 seit 01.06.2013, aus € 212,40 seit 01.07.2013, aus € 225,68 seit 01.08.2013, aus € 0,00 seit 01.09.2013, aus € 66,38 seit 01.10.2013, aus € 151,05 seit 01.11.2013, aus € 189,21 seit 01.12.2013, aus € 143,10 seit 01.01.2014, aus € 208,29 seit 01.02.2014, aus € 190,53 seit 01.03.2014, aus € 152,64 seit 01.04.2014, aus € 151,05 seit 01.05.2014 zu bezahlen.
(Hilfsweise: oder dem Kläger einen Freizeitausgleich von 136 Arbeitstagen (entspricht 1088 Stunden) zu gewähren).

2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ab 01.05.2014 einen Nachtschichtzuschlag für die Nachtarbeit von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr in Höhe von 30 % vom Bruttostundenlohn (bis 30.09.2014: € 4,77 brutto pro Stunde, ab 01.10.2014: € 4,86 brutto pro Stunde) zu bezahlen.

(Hilfsweise: oder dem Kläger einen Freizeitausgleich von 3 Arbeitstagen (entspricht 24 Stunden) für 80 vom Kläger geleistete Nachtarbeitsstunden von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr zu gewähren).

Hilfsweise (Für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu Ziff. 2):

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ab dem 01.05.2014 einen Nachtschichtzuschlag an den Kläger für die Nachtarbeit von 23:00 bis 6:00 Uhr in Höhe von 30% vom Bruttostundenlohn (bis 30.09.2014: 4,77 pro Stunde, ab 01.10.2014: € 8,86 brutto pro Stunde) zu bezahlen.

(Hilfsweise: oder den Kläger einen Freizeitananspruch von 3 Arbeitstagen (entspricht 24 Stunden) für 80 vom Kläger geleistete Nachtarbeitsstunden von 23:00 bis 6:00 Uhr zu gewähren).

3. Die Beklagte hat die gesamten Kosten des Rechtsstreites zu tragen.

Der Kläger hat zu seinen Anträgen klarstellt, dass mit den in der Berufung gestellten Anträgen nur insoweit das Urteil des Arbeitsgerichts angefochten wird, wie es teilweise die Klage abgewiesen hat.

Der Kläger verteidigt grundsätzlich die Entscheidung des Arbeitsgerichts, meint aber, dass der Nachtschichtzuschlag 30 % vom Bruttostundenlohn betragen müsse. Er hält seinen Antrag auf zukünftige Leistung für zulässig, zumal die Beklagte ab 01.10.2014 nur einen Betrag in Höhe von 3,24 € mithin 20 % an Nachtschichtzuschlag für die Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr zahle. Nach seiner Auffassung wäre ein angemessener Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 30 % zu zahlen, gerade wegen der Dauernachtarbeit, die eine geringere Gelegenheit am sozialen Leben teilzunehmen bedeute und daher eine deutlich höhere Belastung mit sich bringe.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung des Klägers.

Die Beklagte begründet dies im Wesentlichen mit den Ausführungen in ihrer Berufungsbegründung.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze vom 03.11.2014 (Bl. 388-389 d. A.), 03.11.2014 (Bl. 416-417 d. A.), 09.01.2015 (Bl. 437-450 d. A.), 13.01.2015 (Bl. 484-500 d. A.), 13.03.2015 (Bl. 549-567 d. A.), 16.03.2015 (Bl. 577-585 d. A.), 08.04.2015 (Bl. 597-607 d. A.), 29.05.2015 (Bl. 619-622 d. A.) und vom 12.06.2015 (Bl. 640-644 d. A.) samt ihren Anlagen verwiesen. Im Übrigen wird insbesondere zur Prozessgeschichte auf den Inhalt der Gerichtsakte und insbesondere auf die Sitzungsniederschriften verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufungen beider Parteien sind zulässig. Sie sind nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Beide Berufungen sind jedoch nicht begründet.

A) Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zutreffend und mit ausführlicher und überzeugender Begründung, auf die zunächst Bezug genommen wird (§ 69 Abs. 2 ArbGG), entschieden, dass der Kläger einen Anspruch auf einen

Nachtarbeitszuschlag von 25 % auf seinen jeweiligen Stundenlohn hat, denn die Klage ist zulässig und begründet.

1. Die Klage ist in der gebotenen Auslegung als Elementenfeststellungsklage zulässig. Allerdings lässt - wovon die Beklagte ausgeht- der Wortlaut des dem Kläger im Berufungsverfahren zugesprochenen Klageantrags zu Ziffer 2 ein Verständnis als Leistungsantrag zu. Ein solcher bedarf aber, wie die Beklagte zu Recht rügt hat, stets der Bezifferung, ansonsten er nicht hinreichend bestimmt ist, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Daran fehlt es im Streitfall. Der Klageantrag wäre deshalb als Leistungsantrag unzulässig (vgl. BAG Ur. v. 25.03.2015 – 5 AZR 874/12; Ur. v. 22. 10. 2014 - 5 AZR 731/12).

a) Die Gerichte sind gehalten, Anträge nach Möglichkeit so auszulegen, dass hierdurch eine vom Kläger erkennbar erstrebte Sachentscheidung ermöglicht wird (vgl. BAG Ur. v. 25.03.2015 – 5 AZR 874/12, Ur. v. 22. 10. 2014 - 5 AZR 731/12) und deshalb wird der verfahrensgegenständliche Klageantrag als Feststellungsantrag ausgelegt.

aa) Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Die Feststellungsklage kann sich auf einzelne Bedingungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken - sog. Elementenfeststellungsklage (st. Rspr., vgl. nur BAG 22. 10. 2008 - 4 AZR 784/07, 27. 08. 2014 - 4 AZR 518/12, Ur. v. 25.03.2015 – 5 AZR 874/12).

b) Eine Feststellungsklage setzt nach § 256 Abs. 1 ZPO weiterhin ein rechtliches Interesse des Klägers voraus, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Dieses besondere Feststellungsinteresse muss als Sachurteilsvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens gegeben sein. Sein Vorliegen ist von Amts wegen zu prüfen (st. Rspr., zB BAG 17. 10.2007 - 4 AZR 1005/06 zuletzt BAG Ur. v. 25.03.2015 – 5 AZR 874/12). Ein solches Feststellungsinteresse ist nur dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag der Streit insgesamt beseitigt und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt wird. Es fehlt, wenn durch die Entscheidung kein Rechtsfrieden geschaffen werden kann. Die Rechtskraft der

Entscheidung muss weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über die zwischen den Parteien strittigen Fragen um denselben Fragenkomplex ausschließen. Das setzt bei einem auf die Feststellung der Rechtsgrundlage der Vergütung gerichteten Antrag voraus, dass über weitere Faktoren, die die Vergütungshöhe bestimmen, kein Streit besteht und die konkrete Bezifferung dann lediglich eine Rechenaufgabe ist, die von den Parteien ebenso unstrittig durchgeführt werden kann wie die Umsetzung der weiteren Zahlungsmodalitäten (BAG 27. 08. - 4 AZR 518/12, Urt. v. 25.03.2015 – 5 AZR 874/12).

c) Nach diesen Grundsätzen ist vorliegend das Feststellungsinteresse gegeben. Denn der Streit der Parteien geht ausschließlich darum, ob dem Kläger ein Nachtarbeitszuschlag von 20, 25 oder 30% aus dem der Höhe nach zwischen den Parteien unstrittigen Bruttostundenlohn zusteht. Die konkrete Bezifferung des Differenzbetrages ist für die Beklagte lediglich eine Rechenaufgabe und vorliegend bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte einer rechtskräftig festgestellten Zahlungsverpflichtung nicht nachkommen wird, ohne dass eine zusätzliche Leistungsklage erforderlich wäre, zumal sie im Gegensatz zum Kläger es auch für sinnvoll hielt, den Ausgang des bereits beim Bundesarbeitsgerichts anhängigen Pilotverfahrens abzuwarten.

d) § 256 Abs. 1 ZPO verlangt zudem ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung. Erforderlich ist deshalb grundsätzlich, dass es sich um ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis handelt. Wird ein Antrag auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses gerichtet, ist dieser nur zulässig, wenn sich aus der Entscheidung noch Rechtsfolgen für die Zukunft ergeben (BAG 16. 11. 2011 - 4 AZR 839/09). Diese Voraussetzung ist erfüllt, denn es geht - wenn auch für einen vergangenen Zeitraum - um eine Verpflichtung aus einem gegenwärtigen Rechtsverhältnis (so auch BAG Urt. v. 25.03.2015 – 5 AZR 874/12). Der mit dem Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit begründete Vorrang der Leistungsklage steht dem nicht entgegen. Die Möglichkeit der Leistungsklage schließt das Feststellungsinteresse nicht schlechthin aus (BAG 12. 10. 1961 - 5 AZR 294/60, BAG Urt. v. 25.03.2015 – 5 AZR 874/12).

2. Der Kläger hat Anspruch auf einen i.S.d. § 6 Abs. 5 ArbZG als angemessen anzusehenden Nachtarbeitszuschlag von 25 % seines jeweiligen Stundenlohnes (so bereits auch LAG München in einem Parallelverfahren Urt. v. 29.01.2015 – 4 Sa 557/14).

a) § 6 Abs. 5 ArbZG findet Anwendung, da der Kläger unstreitig Nachtarbeitnehmer im Sinne des ArbZG ist, weil er Nachtarbeit gem. § 2 Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 ArbZG an mindestens 48 Tagen je Kalenderjahr leistet und auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kein Tarifvertrag Anwendung findet.

b) Nach § 6 Abs. 5 ArbZG 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. Diese Regelung dient dem Gesundheitsschutz, auch mit dem Ziel, Nachtarbeit wegen der mit ihr verbundenen sozialen und gesundheitlichen Beeinträchtigungen möglichst einzuschränken (ständige Rspr. des Bundesarbeitsgerichts vgl. etwa BAG, Urt. v. 18.05.2011 - 10 AZR 369/10 = AP Nr. 11 zu § 6 ArbZG). Diese gesetzliche Regelung begründet, trotz ihrer Stellung im Arbeitszeitgesetz als primär öffentlich-rechtliches Schutzgesetz gleichzeitig auch einen schuldrechtlichen Vergütungs-/Zuschlagsanspruch des hierunter fallenden Arbeitnehmers unmittelbar.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Berufungskammer anschließt, ist im Regelfall - auch im vorliegenden Fall und den konkreten Umständen der Dauernachtarbeit im Paketdienst bei der Beklagten - ein Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 25 % des jeweiligen Bruttostundenlohnes als angemessen anzusehen (vgl. zuletzt BAG, Urt. v. 16.04.2014 - 4 AZR 802/11, NZA 2014 S. 1277 m.w.N.; zur Situation bei der Beklagten vgl. LAG Hamburg, Urt. v. 09.04.2014 - 6 Sa 106/13 in einem Parallelverfahren gegen die Beklagte; dazu ebenso LAG München Urt. 29.01.2015 - 4 Sa 557/14), wobei hier keine Besonderheiten vorliegen, die eine Abweichung von einem solchen Nachtarbeitszuschlag nach unten oder gemäß der Berufung des Klägers nach oben rechtfertigen müssten.

bb) Der Kläger arbeitet in Dauernachtschicht. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts ist unter Bezugnahme auf arbeitsmedizinische Erkenntnisse ein ständiger Einsatz im Rahmen der Nachtarbeit objektiv stärker belastend als etwa eine Wechselschichttätigkeit mit Wechsel zwischen Tag- und Nachtarbeit (vgl. nur BAG, Urt. v. 27.05.2003 - 9 AZR 180/02 = AP Nr. 5 zu § 6 ArbZG).

Dies mag insofern zutreffend sein, als hinsichtlich der mit Nachtarbeit verbundenen Belastungssituation zu unterscheiden ist zwischen subjektiver Gesundheitsgefährdung, die wegen ihres Eingriffs in den natürlichen Lebens-/Biorhythmus nahezu zwangsläufig mit Nachtarbeit verbunden ist, und einer damit objektiv in gewissem Maß verbundenen sozialen Exklusion, weil der „reine“ Nachtarbeitnehmer kaum oder wenig Gelegenheit hat, insbesondere abends am üblichen sozialen Leben teilzunehmen. Ob sich auch Letzteres - typischerweise und mittelbar - auf die gesundheitliche Situation solcher Arbeitnehmer auswirkt, wie das Bundesarbeitsgericht hierzu andeutungsweise annehmen will, lässt sich in allgemeiner Form kaum feststellen, mag im Einzelfall und bei Vorliegen besonderer Empfindlichkeiten/Befindlichkeiten zutreffen. Hinsichtlich gesundheitlicher Auswirkungen der Nachtarbeit wird Wechselschichtarbeit - zumal solche, die zwischen Tagschichten und Nachtdiensten ohne gewohnheitsinduzierten festen Rhythmus etwa dienstplanmäßig unregelmäßig wechselt - wegen der damit verbundenen Auswirkungen auf den Lebensrhythmus und die individuellen Arbeits-/Ruhensgewohnheiten arbeitsphysiologisch mindestens ebenso, wenn nicht stärker, belastend sein als durchgängige Nachtarbeit immer im annähernd gleichen Zeitraum und der gleichen Zeitspanne - wenngleich solche natürlich grundsätzlich dem üblichen Biorhythmus widerspricht (LAG München Urt. v. 29.01.2015 – 4 Sa 557/14) . Der besonderen Situation von Dauernachtarbeit wird aber nicht schon dadurch ausreichend Rechnung getragen werde, dass beim Kläger der Nachtarbeitszuschlag eben durchgängig für die gesamte (Nacht-)Arbeitszeit - deshalb insgesamt in höherem absoluten Betrag - gezahlt wird, während etwa bei Wechselschichtarbeit solche Zuschläge nur für die Zeit der periodischen tatsächlichen Heranziehung zur Nachtarbeit anfallen, denn er wird auch für die besondere durch die Nachtarbeit verursachte Situation sozialer Exklusion gezahlt.

c) Die von der Beklagten ins Feld geführten „Verfügbarkeitszeiten“, in denen der Nachtarbeitnehmer „keine Arbeitsleistung zu erbringen“ habe, sind für die Bemessung eines angemessenen Nachtarbeitszuschlages unerheblich. Denn nach dem von der Beklagten nicht qualifiziert bestrittenen Vorbringen des Klägers hierzu muss er während dieser, nach ihrem zeitlichen Umfang streitigen Zeiten notwendige Überprüfungsarbeiten und auch kleinste Reparaturen am Lkw durchführen (z. B. Austausch einer Glühbirne) und kann keinesfalls in solchen Zeiten „Pause“ machen oder das Fahrzeug/die Arbeit verlassen. Er muss vielmehr jederzeit verfügbar sein, was einer Arbeitsbereitschaft

gleichkommt. Diesbezüglich kann allenfalls ein geringerer Ausgleich erforderlich sein, wenn in die Nachtarbeit Arbeitsbereitschaft fällt (BAG, Urt. v. 15.07.2009 - 5 AZR 867/08 = AP Nr. 10 zu § 6 ArbZG, BAG, Urt. v. 31.08.2005 - 5 AZR 545/04 = AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG) wozu aber bei dem vorliegenden Sachverhalt keine Veranlassung besteht (so auch LAG München Urt. v. 29.01.2015 – 4 Sa 557/14).

d) In Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht wird auch nicht davon ausgegangen werden, dass der von der Beklagten gezahlte Grundlohn pro Stunde von 15,30 € ab Januar 2011 und von 15,63 € ab Oktober 2011 und ab Oktober 2013 von 15,90 € bereits inzident einen Nachtarbeitszuschlag enthielte, wie die Beklagte weiter annehmen will (so auch LAG München Urt. v. 29.01.2015 – 4 Sa 557/14).

aa) Es können zwar, ähnlich wie in tarifvertraglichen Vergütungsbestimmungen, auch in einzelvertraglichen Vergütungsregelungen wie hier, soweit diese atypische hohe Vergütungssätze enthalten, bereits inzident, stillschweigend, Erschwernis-/Nachtarbeitszuschläge inkludiert sein (BAG, Urt. v. 05.09.2002 - 9 AZR 202/01 = AP Nr. 4 zu § 6 ArbZG; Urt. v. 18.05.2011 - 10 AZR 369/10 = AP Nr. 11 zu § 6 ArbZG). Voraussetzung ist jedoch immer, dass die arbeitsvertragliche Entgeltregelung selbst entsprechende konkrete Anhaltspunkte für einen solchen inzidenten Pauschalierungsanteil enthält oder sich solches aus den konkreten Umständen/Besonderheiten greifbar ableiten lässt. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (Urt. v. 05.09.2002 - 9 AZR 202/01) wäre hierfür bereits nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 5 ArbZG - nach dem der geschuldete angemessene Nachtarbeitszuschlag „auf“ das dem Arbeitnehmer zustehende Arbeitsentgelt zu gewähren ist - erforderlich, dass ein irgendwie erkennbarer Bezug zwischen der zu leistenden Nachtarbeit und der Lohnhöhe hergestellt ist.

bb) Der jeweilige von der Beklagten gezahlte Bruttostundenlohn liegt zwar über dem einschlägigen Tariflohn, auch in Bayern, wie hier als Vergleichsmaßstab zunächst und vorrangig maßgeblich. Es gibt jedoch keinerlei, erforderliche, konkretisierbaren Anhaltspunkte für eine entsprechende Einbeziehung eines pauschalierten Nachtarbeitszuschlages o. ä. in die Grundvergütung als deren inzidenten Vergütungsbestandteils. Auch wenn es zutreffen sollte, dass ca. 90 % der ca. 500 Kraftfahrer der Beklagten im Bundesgebiet auf sog. Nachttouren eingesetzt werden, die übrigen ca. 10 % ihrer Kraftfahrer dagegen

auf sog. Tagtouren, erhalten jedoch alle die gleiche (Grund-)Stundenvergütung ohne Differenzierung zwischen den Schichteinsatzmodellen. Andererseits hat die Beklagte seit geraumer Zeit über Jahre hinweg gesondert ausgewiesene Nachtarbeitszuschläge gezahlt, die zuletzt 20 % betragen. Dies konterkariert aber eine Annahme, dass mit dem Stundenlohn bereits Nachtarbeitszuschlagsanteile abgegolten sein sollen (so auch LAG München Urt. v. 29.01.2015 – 4 Sa 557/14).

e) Unerheblich ist es, dass die Beklagte den Nachtarbeitszuschlag unstreitig seit jeher bereits ab 21.00 Uhr bis 23.00 Uhr, bezahlt, denn diese Zuschlagszahlung ist offensichtlich schon deshalb kein Ausgleich für Nachtarbeitserschwernisse der Nachtarbeitnehmer, weil diese auch den Tagarbeitnehmern für Arbeitsleistung zwischen 21.00 Uhr und 23.00 Uhr gezahlt wird. Damit verbietet die betriebliche Handhabung bereits die Bewertung dieser Zahlung als Nachschichtzuschlag, deren Ursprung im Übrigen auch unklar ist und ohne nähere Erläuterung der Beklagten keinesfalls per se als sog. Nachschichtzuschlag betrachtet werden kann.

3. Dem Kläger steht auch der geltend gemachte Nachtarbeitszuschlag in Geld zu. Der in § 6 Abs. 5 ArbZG nur allgemein geregelte Anspruch auf einen angemessenen Nachtarbeitszuschlag kann hier, mangels anwendbarer tariflicher Vorgaben o.ä., durch einzelvertragliche Regelung näher – als Geldzuschlag oder gesonderter Freizeitausgleichsanspruch – ausgestaltet werden (etwa BAG, Urt. v. 15.07.2009 - 5 AZR 867/08 = AP Nr. 10 zu § 6 ArbZG). Nach dem Sachvortrag des Klägers hat er jedenfalls seit Januar 2011 und damit kontinuierlich über mehrere Jahre für jeden einzelnen Monat von der Beklagten ausschließlich eine finanzielle Ausgleichszahlung für Nachtarbeiten erhalten. Durch diese Handhabung ist jedenfalls eine konkludente Vereinbarung über eine finanzielle Kompensation in dieser Weise, somit dauerhaft und auch künftig, zustande gekommen – weshalb die ursprünglich bestehende Wahlschuld der Beklagten (§ 262 BGB) hierbei erloschen ist (so auch LAG München Urt. v. 29.01.2015 – 4 Sa 557/14).

B) Die Berufung des Klägers ist, soweit er mit ihr einen Nachtarbeitszuschlag iHv. 30% aus dem Bruttostundenlohn in Abweichung zu dem ihm vom Arbeitsgericht zugesprochen in Höhe von 25% begehrt, ebenfalls ohne Erfolg.

1. Mangels entscheidungserheblicher Besonderheiten besteht wie bereits zur Berufung der Beklagten ausgeführt wurde keine Veranlassung, von einem als im Sinne des § 6 Abs. 5 ArbZG angemessen anzusehenden (finanziellen) Nachtarbeitszuschlag von 25 % nach oben abzuweichen. Dies ergibt sich (gerade auch) nicht aus der Tätigkeit des Klägers als Nachtarbeitnehmers, etwa der Leistung von Nachtarbeit im Rahmen einer (Wechsel-)Schichtarbeit (so auch LAG München Ur. v. 29.01.2015 – 4 Sa 557/14).

2. Hinsichtlich des Hilfsantrages des Klägers auf Gewährung von Freizeitausgleich „von 3 Arbeitstagen für 80 von vom Kläger geleisteten Nachtarbeitsstunden von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr“, im Sinne einer Wahlschuld, ist der Antrag des Klägers unzulässig, weil nicht ausreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Er will damit für jeweils 80 im Zeitraum von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr geleistete Nachtarbeitsstunden einen Freizeitausgleich von (jeweils) „3 Arbeitstagen“.

a) Bereits der Begriff des „Arbeitstages“ ist jedoch quantitativ nicht ausreichend bestimmt, der Antrag des Klägers damit unzulässig. Der Arbeitsvertrag normiert eine Arbeitszeit von „zur Zeit 40 Stunden wöchentlich“. Bei deren etwaiger, im Zweifel anzunehmenden, gleichmäßigen Verteilung auf eine eventuelle Arbeitstage/Woche würde dies eine Arbeitszeit von acht Stunden je Arbeitstag (Nacht) bedeuten. Bei proportionaler Umsetzung eines 25-prozentigen Nachtarbeitszuschlages (vgl. BAG, Ur. v. 01.02.2006, 5 AZR 422/04, NZA 2006, S. 494 f – Rzn. 22 f -) würde ein solcher Arbeitstag bei einem Nachtarbeitszuschlag von 25 % (wie vorstehend als angemessen entschieden) bei 80 Nachtarbeitsstunden einem Freizeitausgleichsanspruch von (jeweils) 20 Stunden entsprechen - also nur 2 ½ solcher Arbeitstage. Hiernach ist dieser - der Höhe nach auch nicht begründete - Leistungsantrag nicht ausreichend bestimmt und einer Vollstreckung nicht zugänglich und damit unzulässig (siehe hierzu im Übrigen LAG München Ur. v. 29.01.2015 – 4 Sa 557/14).

III.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten

IV.

Die Berufungskammer hat die Revision für beide Parteien wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil können beide Parteien Revision einlegen.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Karrasch

Bussek

Hans