

**4 Sa 557/14**  
27 Ca 14113/13  
(ArbG München)

Verkündet am: 29.01.2015

Hömberg  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

H.

- Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Sch.

gegen

Firma U. oHG

- Beklagte, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte J.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. November 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger und die ehrenamtlichen Richter Brenninger und Geier

für Recht erkannt:

- I. **Die Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 6. Juni 2014 - 27 Ca 14113/13 - werden zurückgewiesen.**
- II. **Die Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger zu 1/6 und die Beklagte zu 5/6 zu tragen.**
- III. **Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Höhe des Anspruchs des Klägers als Arbeitnehmers der Beklagten auf Zahlung von Nachtarbeitszuschlägen.

Der - ausweislich der vorgelegten Unterlagen: am 00.00.0000 geborene - Kläger ist auf der Grundlage des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 01.07.2000 seit 04.08.1997 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin als „Krafftfahrer“ - Lkw-Fahrer - tätig. Nach ihren Angaben sei die Beklagte, als Teil der U.-Gruppe, dafür zuständig, Paketsendungen zwischen Niederlassungen und Hauptumschlagsbasen (sog. „HUBs“) in großen Lastkraftwagen (sog. „Feedern“) zu transportieren, wobei sie auch für andere Auftraggeber außerhalb der U.-Gruppe tätig sei. Die zum Transport durch die Beklagte vorgesehenen Paketsendungen würden nach ihren näheren Ausführungen zunächst von einem Zusteller bei ihrem Kunden abgeholt und bis ca. 20.00 Uhr in die örtliche Niederlassung der Beklagten gebracht. Dort würden die Paketsendungen aus dem Paketstellfahrzeug entladen, sortiert und entsprechend ihrer jeweiligen Zieldestinationen in Container verladen, die anschließend zur entsprechenden Hauptumschlagsbasis transportiert würden. Der Transport der Paketsendungen von einer Abholniederlassung zum HUB sowie anschließend von einem HUB wiederum zur Zielniederlassung erfolge in solchen großen Lastkraftwagen („Feedern“). In der Zielniederlassung würden die angeliefer-

ten Container entladen, nach Zustellgebieten sortiert und in die jeweiligen Zustellfahrzeuge verladen - dort sodann vom jeweiligen Paketzusteller beim Empfänger zugestellt. Die, nicht tarifgebundene, Beklagte beschäftigt nach ihren Angaben bundesweit insgesamt ca. 500 Krafffahrer, von denen ca. 90 % auf sog. Nachttouren und die übrigen auf sog. Tagtouren eingesetzt würden. Die Beklagte sei bei ihrer Tätigkeit jeweils an die Vorgaben der U. Deutschland Inc. & Co oHG bzw. an diejenigen großer Geschäftskunden gebunden, die der Beklagten insoweit wie ein Kunde/Auftraggeber gegenüberstünden. Der Kläger ist im Regionalbetrieb Süd der Beklagten mit dem Dienstsitz in G. bei M. tätig, wobei er als sog. Springer verschiedene Nachttouren - v. a. eine Route von G. nach R. und zurück nach G. sowie die Route von A. über N. und zurück nach A. - befahre. Nach seinen Angaben habe er im hier streitgegenständlichen Zeitraum ab Anfang 2010 im Rahmen der meisten von ihm gefahrenen Touren seine Arbeit regelmäßig um 19.30 aufgenommen und zwischen 8.00 Uhr und 8.30 Uhr am Folgetag beendet. Er hat von Beginn seiner Beschäftigung im August 1997 an jeweils Nachtarbeitszuschläge von anfänglich 8 % (bzw. von 7,35/7,53 %) bis nunmehr, seit August 2014, ansteigend auf 20 % seines jeweiligen Stundenlohns erhalten (tabellarische Aufstellung des Klägers hinsichtlich seiner „Lohnentwicklung“ sowie der Entwicklung der Nachtzuschläge in absoluter Zahl und prozentual zum jeweiligen Stundenlohn zuletzt im Schriftsatz vom 24.11.2014, dort S. 17, Bl. 669 f/685 d. A.). Die Beklagte hat die jeweiligen Nachtarbeitszuschläge ab 21.00 Uhr bis 6.00 Uhr des folgenden Morgens gezahlt.

Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger die Zahlung eines Nachtarbeitszuschlages in Höhe von 30 % seines jeweiligen Stundenlohns ab Januar 2010 im Wesentlichen mit der Begründung geltend, dass er, da er nahezu ausschließlich nachts tätig sei, damit am sozialen Leben überhaupt nicht teilnehmen könne und erheblichen gesundheitlichen Risiken und Beeinträchtigungen ausgesetzt sei, er im Übrigen allenfalls sehr kurze Pausen habe (u. a.) - weshalb ein solcher Zuschlag angemessen sei. Demgegenüber ist die Beklagte der Auffassung, dass sie für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden an den Kläger stets einen angemessenen Zuschlag gewährt habe, wobei bei der Bewertung dessen Angemessenheit insbesondere zu berücksichtigen sei, dass sie solche Nachtarbeitszuschläge bereits ab 21.00 Uhr leiste, zur Durchführung ihres Geschäfts der nächtliche Warentransport zwingend erforderlich und deshalb Nachtarbeit üblich seien und sie im Übrigen einen deutlich übertariflichen Grundlohn an den Kläger gezahlt habe und zahle. Die entsprechenden tariflichen Regelungen könnten als Orientierung

herangezogen werden, wobei es einschlägige Tarifregelungen hinsichtlich einer Pauschalierung von 5,- € je Nacht gebe. Des Weiteren seien sog. Verfügungszeiten des Klägers während seiner Tätigkeit zu berücksichtigen, die zwischen einer und ca. 1,5 Stunden pro Nacht liegen würden und in denen der Kläger nicht aktiv tätig sein müsse.

Wegen des unstreitigen Sachverhalts im Übrigen und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im Ersten Rechtszug wird auf den Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Arbeitsgerichts München vom 06.06.2014, das den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 03.07.2014 und den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 07.07.2014 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses dem Kläger die Differenzbeträge zu einem Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 25 % seines jeweiligen Stundenlohns für den streitgegenständlichen Zeitraum mit der Begründung zuerkannt hat, dass entgegen dem Einwand der Beklagten die Ansprüche des Klägers aus der Zeit vor dem 01.07.2013 nicht aufgrund der arbeitsvertraglichen Ausschlussfristenregelung verfallen seien, da diese gemäß § 305c Abs. 1 BGB, ggf. weiter gemäß § 307 Abs. 1 BGB, unwirksam sei. Der Anspruch des Klägers als Nachtarbeitnehmers im Sinne des Arbeitszeitgesetzes damit auf Zahlung eines angemessenen Nachtarbeitszuschlages gemäß § 6 Abs. 5 ArbZG sei in Höhe eines 25-prozentiger Zuschlages begründet - hinsichtlich dessen die Beklagte durch durchgängige Zahlung eines in den Gehaltsabrechnungen jeweils ausgewiesenen „Nachtzuschlages fest“ ihr Wahlrecht bzgl. der gegebenen Wahlschuld ausgeübt gehabt habe. Dies folge aus der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der von einem solchen regelmäßig als angemessen anzusehenden Prozentsatz auszugehen sei, wobei hier zu berücksichtigen sei, dass der Kläger dauerhaft, nahezu ausschließlich, in Nachtarbeit tätig sei und sog. Verfügbarkeitszeiten nur auf der einen Tour nach N. in überschaubarem Umfang anfielen; die Zahlung von Nachtzuschlägen bereits zwischen 21.00 Uhr und 23.00 Uhr sei hierbei jedoch irrelevant, da dies keinen Ausgleich für die Erschwernisse der Nachtarbeit darstelle, sondern auch den Tagarbeitnehmern bezahlt würde. Auch wenn die Beklagte einen Stundensatz deutlich über dem Tariflohn zahle, könne von einer etwa damit gegebenen pauschalen Abgeltung des Nachtarbeitszuschlages hierdurch nicht ausgegangen werden, da dies voraussetzen würde, dass der Arbeitsvertrag konkrete Anhaltspunkte für eine dort enthaltene solche Pauschalierung von Nachtarbeitszuschlägen enthalte - wie hier nicht gegeben. Ebenso wenig sei zu berücksichtigen, dass der Kläger im Kfz-

Verkehr zur Nachtzeit erhöhten Anforderungen ausgesetzt sei, da die Regelung des § 6 Abs. 5 ArbZG dem Ausgleich der mit der Nachtarbeit an sich verbundenen Belastung, nicht aber erhöhten Anforderungen an die Art der Tätigkeit diene. Nach allem stehe dem Kläger für den klagegegenständlichen Zeitraum ab Anfang 2010 ein weiterer Betrag von deshalb 6.359,08 € brutto, zzgl. Zinsen jeweils ab dem 5. Arbeitstag des jeweils folgenden Monats aufgrund der entsprechenden Regelungen über die Fälligkeit der Vergütungsansprüche in der Arbeitsordnung der Beklagten, zu - ein weitergehender Nachtarbeitszuschlag in der vom Kläger geltend gemachten Höhe von 30 % bestehe dagegen nicht.

Hiergegen richten sich die Berufung des Klägers mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 28.07.2014, am selben Tag zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, und die Berufung der Beklagten mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 29.07.2014, am 30.07.2014 beim Landesarbeitsgericht München eingegangen.

Zur Begründung seiner Berufung hat der Kläger nach auf seinen Antrag erfolgter Verlängerung der Frist zu deren Begründung bis 20.10.2014 mit, am selben Tag zunächst wiederum per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangenem, Schriftsatz vom 24.09.2014 ausgeführt, dass nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei dauerhafter Nachtarbeit wie hier grundsätzlich ein Nachtarbeitszuschlag von 30 % angemessen sei, gegen den hier keine gewichtigen Gründe sprächen. Seine Nachtarbeit beinhalte eine besondere Belastung, da seine Tätigkeit als Fahrer während der Nacht besonders hoher Aufmerksamkeit bedürfe und erhöhte Anforderungen stelle. Bei § 6 Abs. 5 ArbZG spielten auch die gesundheitlichen Beeinträchtigungen sowie die erschwerte Teilhabe des Nachtarbeitnehmers am sozialen Leben eine wesentliche Rolle, die bei der Angemessenheit des Nachtarbeitszuschlages zu berücksichtigen seien. Zu seinen von der Beklagten erstinstanzlich genannten Verfügbarkeitszeiten während seiner Nachtarbeit bleibe nach den Ausführungen des Arbeitsgerichts unklar, ob und inwieweit dies berücksichtigt worden sei. Die Belastungen im Straßenverkehr seien nachts besonders hoch und Ruhezeiten erst recht dringend notwendig. Hinzu komme, dass der Fahrer vor jeder Fahrt die gesamten Funktionen am Fahrzeug prüfen müsse, was jeweils ca. 25 Minuten in Anspruch nehme. Des Weiteren seien während sog. Verfügbarkeitszeiten tatsächlich kleinste Reparaturen wie z. B. der Austausch einer

Glühbirne durchzuführen. Solche Wartezeiten ergäben sich auch nicht etwa am Stück, sondern hingen von der jeweils zu fahrenden Tour ab und fielen überdies nicht stets in der Zeit von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr an. Auch während solcher Wartezeiten müsse der Kläger jedoch durchgängig verfügbar sein und darauf warten, wann er wieder losfahren könne, weshalb solche Zeiten nicht planbar seien. Auch sei nicht nachvollziehbar, dass - wie auch das Arbeitsgericht angenommen habe - der Ausschluss einer Tätigkeit zwischen 23.00 Uhr und 6.00 Uhr der Beklagten nicht möglich sein sollte. Ebenso wenig habe das Arbeitsgericht näher ausgeführt, in welcher Weise die Tatsache, dass die Beklagte als deutschlandweit tätiges Unternehmen unterschiedliche Löhne in Ost und West bezahle, Berücksichtigung gefunden habe. Die Schwestergesellschaft der Beklagten Fa. U. Inc. & Co. oHG bezahle im Übrigen einen Nachtarbeitszuschlag von 29,67 % - was die Angemessenheit eines entsprechenden Zuschlages auch bei der Beklagten bestätige. Der einschlägige Tarifvertrag in Bayern lege für die streitgegenständliche Nachtarbeit einen - damit als angemessen anzusehenden - Zuschlag von 50 % fest. Die Nachtarbeit bei der Beklagten betrage im Übrigen nicht 90 %, sondern lediglich 50 %. Nach allem habe der Kläger Anspruch auf einen 30-prozentigen Nachtarbeitszuschlag, wobei die Verzinsung eines entsprechenden Nachzahlungsanspruches entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts ab dem ersten Kalendertag des jeweiligen Folgemonats zu erfolgen habe, da die Arbeitsordnung von der entsprechenden arbeitsvertraglichen Regelung nicht wirksam zugunsten des Klägers abweichen habe können.

Der Kläger beantragt:

- I. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 06.06.2014, Aktenzeichen 27 Ca 14113/13 wird aufgehoben, soweit die Klage abgewiesen worden ist.**
- II. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 06.06.2014, Aktenzeichen 27 Ca 14113/13 wird abgeändert und wie folgt neu gefasst:**
  - 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 9.393,83 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 303,33 seit 01.02.2010, aus € 232,68 seit**

**01.03.2010, aus € 388,34 seit 01.04.2010, aus € 144,84 seit  
01.05.2010, aus € 150,52 seit 01.06.2010, aus € 102,24 seit  
01.07.2010, aus € 41,18 seit 01.08.2010, aus € 289,68 seit  
01.09.2010, aus € 78,10 seit 01.10.2010, aus € 158,84 seit  
01.11.2010, aus € 253,87 seit 01.12.2010, aus € 357,61 seit  
01.01.2011, aus € 119,28 seit 01.02.2011, aus € 268,12 seit  
01.03.2011, aus € 394,05 seit 01.04.2011, aus € 248,07 seit  
01.05.2011, aus € 253,47 seit 01.07.2011, aus € 96,53 seit  
01.08.2011, aus € 151,94 seit 01.09.2011, aus € 119,28 seit  
01.10.2011, aus € 145,55 seit 01.11.2011, aus € 302,85 seit  
01.12.2011, aus € 367,67 seit 01.01.2012, aus € 204,73 seit  
01.02.2012, aus € 268,37 seit 01.03.2012, aus € 301,04 seit  
01.04.2012, aus € 274,95 seit 01.05.2012, aus € 167,18 seit  
01.06.2012<sup>3(2)</sup>, aus € 120,14 seit 01.07.2012, aus € 303,97 seit  
01.08.2012, aus € 100,44 seit 01.09.2012, aus € 216,62 seit  
01.10.2012, aus € 115,17 seit 01.11.2012, aus € 191,55 seit  
01.12.2012, aus € 56,20 seit 01.01.2013, aus € 146,17 seit  
01.02.2013, aus € 185,89 seit 01.03.2013<sup>2(3)</sup>, aus € 144,45 seit  
01.04.2013, aus € 151,12 seit 01.05.2013, aus € 59,12 seit  
01.06.2013, aus € 106,20 seit 01.07.2013, aus € 233,20 seit  
01.08.2013, aus € 217,27 seit 01.09.2013, aus € 8068 seit  
01.10.2013, aus € 176,38 seit 01.11.2013, aus € 136,95 seit  
01.12.2013, aus € 136,39 seit 01.01.2014, aus € 165,57 seit  
01.02.2014 und aus € 169,05 seit 01.03.2014 zu bezahlen.**

**(Hilfsweise: oder dem Kläger einen Freizeitausgleich von 146  
Tagen zu gewähren).**

- 2. Die Beklagte wird verurteilt dem Kläger ab 01.03.2014 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 und ab 01.10.2014: € 4,86  
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 beantragt,

***das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 06. Juni 2014 (Az. 27 Ca 14113/13) abzuändern, soweit es der Klage stattgegeben hat und die Klage insgesamt abzuweisen.***

Die Beklagte trägt zur Begründung ihres Berufungsantrages vor, dass der Umfang ihrer, ganz überwiegenden, Nachttouren mit ihren Aufgaben innerhalb der U.-Gruppe, wie vorstehend wiedergegeben, zusammenhänge. Bei seiner rechtsfehlerhaften Entscheidung habe das Arbeitsgericht im Rahmen der Überprüfung des von der Beklagten gezahlten Nachtarbeitszuschlages am Merkmal „angemessen“ im Sinne des § 6 Abs. 5 ArbZG seinen Beurteilungsspielraum überschritten und wesentliche Umstände des Einzelfalls nicht beachtet. Zum einen handle es sich hierbei um eine Wahlschuld gemäß § 262 BGB, die als solche so lange bestehen bleibe, bis der Arbeitgeber seine Wahl getroffen habe - was bei Dauerschuldverhältnissen wie hier bedeute, dass das Wahlrecht nur für denjenigen Zeitraum ausgeübt sei, für den es ausgesprochen worden sei, also den jeweiligen Kalendermonat. Deshalb hätte das Arbeitsgericht weder den Feststellungsantrag noch den Leistungsantrag für die Vergangenheit ohne einen wahlweise zu gewährenden Freizeitausgleich zusprechen dürfen. Hinsichtlich der Angemessenheit des Nachtarbeitszuschlages nach § 6 Abs. 5 ArbZG sei zu berücksichtigen, dass Dauernachtarbeit wie hier nicht zur Rechtfertigung eines höheren Zuschlages herangezogen werden könne. Der unterschiedlichen Belastung des menschlichen Organismus durch einen Einsatz in Wechselschicht einerseits und einen dauerhaften Einsatz in Nachtschicht andererseits werde bereits dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass nach den gesetzlichen Vorgaben ein Zuschlag nur für die Zeit der Nachtarbeit zu gewähren sei - woraus sich zwangsläufig ergebe, dass der Ausgleichsanspruch tatsächlich umso höher ausfalle, je häufiger und länger der Mitarbeiter während der Nachtstunden eingesetzt sei, weshalb ein in Dauernachtarbeit eingesetzter Mitarbeiter zwangsläufig deutlich höhere Ansprüche auf Zahlung von Nachtzuschlägen als ein solcher habe, der in Wechsel-



schicht und damit lediglich in periodischen Abständen zur Nachtarbeit herangezogen werde. Das Arbeitsgericht habe auch die bei der Nachtarbeit des Klägers anfallenden sog. Verfügbarkeitszeiten nicht in der gebotenen Weise berücksichtigt. Diese habe die Beklagte erstinstanzlich mit einem Zeitraum von ca. einer Stunde bis ca. 1,5 Stunden je Nacht je nach Tour angegeben, was natürlich variere. Verfügbarkeitszeiten und Pausenzeiten würden jeweils gesondert erfasst. Während der Verfügbarkeitszeiten müsse der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringen, erhalte diese jedoch vergütet. Weiter habe das Arbeitsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, dass der von der Beklagten gezahlte Grundlohn nicht bereits Erschwernisse der Nachtarbeit berücksichtige. Nach der einschlägigen Rechtsprechung wäre in Fällen ständiger und fast ausschließlicher Nachtarbeit aller betroffenen Arbeitnehmer eine Aufspaltung der Vergütung in Grundlohn und Nachtzuschlag gekünstelt. Auch habe das Arbeitsgericht die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten nicht ausreichend berücksichtigt, insbesondere, dass die Beklagte bereits einen für die Branche sehr hohen Stundenlohn bezahle, der deutlich über dem Tariflohn liege. Darüber hinaus habe das Arbeitsgericht auch den bereits für den Zeitraum von 21.00 Uhr bis 23.00 Uhr von ihr freiwillig geleisteten Nachtarbeitszuschlag bei der Beurteilung dessen Angemessenheit nach § 6 Abs. 5 ArbZG unberücksichtigt gelassen und hierbei verkannt, dass auch diese Zulagen ausweislich der Verdienstabrechnung sowie der Gespräche mit dem Gesamtbetriebsrat hierüber deutlich erkennbar dem vom Gesetz verfolgten Zweck der Gewährung eines angemessenen Ausgleichs für Nachtarbeit dienten. Wenngleich sich das Arbeitsgericht im Übrigen hinsichtlich der Angemessenheit der Nachtarbeitszuschläge auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu einer Orientierung an Tarifverträgen bezogen habe, habe es den ihm obliegenden Beurteilungsspielraum fehlerhaft ausgeübt. Der Kläger mit Dienstsitz G. bei M. würde in den Anwendungsbereich eines Manteltarifvertrages für das Bundesland Bayern fallen, wobei nach dem damit einschlägigen Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer und Angestellten des Speditions-, Transport- und Logistikgewerbes in Bayern aus 2012 für Kraftfahrer, die Fahrten im Umkreis von mehr als 100 km Luftlinie vom regelmäßigen Standort ausführten, lediglich eine Pauschale von 5,-- € pro Nacht als solcher Zuschlag zu zahlen sei; gleiches würde auch nach dem einschlägigen Manteltarifvertrag für das Land Nordrhein-Westfalen gelten.

Der Kläger trägt zur Begründung seines Antrages auf Zurückweisung der Berufung der Beklagten vor, dass das Wahlrecht im Rahmen der vorliegenden Wahlschuld auch stillschweigend ausgeübt werden könne, wobei die Beklagte aufgrund durchgängiger Auszahlung des, zu niedrigen, Geldzuschlages bereits von ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht habe und kein Wahlrecht mehr bestehe. Seit Beginn seiner Beschäftigung im Jahr 1997 habe er zu keinem Zeitpunkt einen Freizeitausgleich für die Nacharbeit, sondern ausschließlich Zahlungen hinsichtlich der Nacharbeitszuschläge erhalten - diese führe nach wie vor nicht aus, dass sie das bisher ausgeübte Wahlrecht ändern und ggf. künftig Freizeitausgleich gewähren wolle. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei bei der vorliegenden Dauernacharbeit von einem angemessenen Nacharbeitszuschlag in Höhe von grundsätzlich 30 % auszugehen. Die Behauptungen der Beklagten zu den Verfügbarkeitszeiten seien hinsichtlich deren zeitlichen Umfangs völlig unsubstantiiert - solche seien tatsächlich täglich völlig unterschiedlich. Im Schnitt betrügen diese insgesamt pro Nacht höchstens eine halbe Stunde, wo der Kläger eben auch notwendige Überprüfungsarbeiten und Kleinstreparaturen ausführen müsse. Keinesfalls lägen hierbei Pausen vor, da der Kläger hier zu keinem Zeitpunkt genau wisse, wann er den Container zur Weiterfahrt zugewiesen bekomme, er also jederzeit verfügbar sein müsse. Auch fielen solche Verfügbarkeitszeiten meist nicht während der Nacharbeit, sondern vor dem hier relevanten Zeitraum von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr oder danach, fraktioniert, an. Das Arbeitsgericht habe auch zu Recht angenommen, dass nicht bereits sein Grundlohn Erschwernisse seiner Nacharbeit abgelten wolle. Der Arbeitsvertrag enthalte, anders als hierzu erforderlich, keine Regelung, dass damit auch Nacharbeit bezahlt werden sollte. Schließlich habe das Arbeitsgericht nicht festgestellt, dass die Beklagte einen besonders hohen Lohn für die Branche bezahle - festgestellt sei nur, dass diese übertariflich bezahle. Dies erfolge jedoch deshalb, weil die Beklagte gute Mitarbeiter erhalten und die bestehenden Mitarbeiter motivieren wolle - was nichts mit dem Nacharbeitszuschlag gemäß § 6 Abs. 5 ArbZG zu tun habe. Im Hinblick auf das von der Beklagten angezogene Lohngefälle zwischen Ost und West und des von ihr deutschlandweit einheitlich gezahlten Stundenlohnes sei zu berücksichtigen, dass die Lebenshaltungskosten in Bayern, insbesondere in M. und im Großraum dort, am höchsten seien. Die Tatsache, dass die Beklagte Nacharbeitszuschläge bereits in der Zeit zwischen 21.00 Uhr und 23.00 Uhr bezahle, leite sich zwar nicht aus § 6 Abs. 5 ArbZG ab, jedoch stelle dies keine freiwillige Leistung der Beklagten dar, da die Arbeitnehmer aufgrund entsprechender betrieblicher

Übung Anspruch auf eine solche Leistung hätten. Dies verfolge eine andere Zielrichtung, zumal es sich in diesem Zeitraum nicht um die üblichen Schlafzeiten handle. Der von der Beklagten angezogene Gesamtbetriebsrat habe im Übrigen stets versucht, mit dieser eine Einigung über einen aus dessen Sicht ebenfalls angemessenen Zuschlag von 30 % zu erzielen. Hinsichtlich einschlägiger Tarifverträge könne im Rahmen des Ermessens des Gerichts eine Orientierung hieran erfolgen. Der Tarifvertrag in Bayern würde einen Nachtarbeitszuschlag von 50 % vorsehen, wobei die von der Beklagten angezogene Pauschalierungsregelung von 5,-- € je Nacht für den Kläger nicht gelten würde, da er nicht ein Arbeitnehmer sei, der Fahrten von einem mehr als 100 km Luftlinie vom regelmäßigen Standort entfernten Standort ausführe. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte selbst seit Beginn der Tätigkeit des Klägers im Jahr 1997 den Nachtarbeitszuschlag von damals 8 % auf mittlerweile 20 % erhöht habe.

Die Beklagte trägt zur Begründung ihres Antrages auf Zurückweisung der Berufung des Klägers vor, dass entgegen dessen Ansicht seine Tätigkeit in Dauernachtarbeit nicht zu einem höheren Zuschlagsanspruch von 30 % führen könne. Der gesetzliche Nachtarbeitszuschlag nach § 6 Abs. 5 ArbZG sei kein Erschwerniszuschlag für die Art der Tätigkeit, wie das Arbeitsgericht insoweit zutreffend entschieden habe. Andernfalls müsste dann etwa im Rettungsdienst ein besonders hoher Nachtarbeitszuschlag gezahlt werden - was der einschlägigen Rechtsprechung des BAG hierzu widerspräche. Zwar habe das Arbeitsgericht bei der Festlegung des angemessenen Ausgleichs zu Recht Verfügbarkeitszeiten (Wartezeiten) berücksichtigt. Diese fielen jedoch in größerem Umfang als vom Kläger behauptet an. Zutreffend habe das Arbeitsgericht ausgeführt, dass der Zweck, die Nachtarbeit zu verteuern, um sie möglichst zu vermeiden, hier keine Rolle spielen könne, da das Geschäft der Beklagten darauf abziele, Pakete schnell vom Absender an den Zielort zu transportieren, was notwendige Nachtarbeit bedinge. Der vom Kläger angezogene Nachtarbeitszuschlag bei der „Schwestergesellschaft“ der Beklagten (?) spreche wohl an, dass bei der U. Deutschland Inc. & Co. oHG ein Nachtzuschlag aufgrund deren Tarifbindung gezahlt werde. Weiter sei auf die einschlägigen tariflichen Bestimmungen für das Speditionsgewerbe in Bayern zu verweisen. Der vom Kläger gestellte Antrag auf künftige Leistungen sei unzulässig, da die erforderlichen Voraussetzungen hierfür nach § 259 ZPO nicht vorlägen.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Zweiten Rechtszug zu ihrer jeweiligen eigenen sowie der gegnerischen Berufung im Übrigen wird auf den Inhalt der Schriftsätze vom 24.09.2014, vom 07.10.2014 und vom 24.11.2014 (Kläger und Beklagte), weiter auf ihre ergänzenden Einlassungen im Rahmen ihrer Parteianhörung in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren gemäß der entsprechenden Feststellungen in der Sitzungsniederschrift vom 28.11.2014 (Bl. 694 d. A.) Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe:**

Die zulässigen Berufungen beider Parteien bleiben in der Sache ohne Erfolg.

### **I.**

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthaften Berufungen beider Parteien sind jeweils form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

### **II.**

**1.** Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis 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.

**a)** Der Kläger hat ab 01.01.2010 als Beginn des streitgegenständlichen Forderungszeitraums Anspruch auf einen i.S.d. § 6 Abs. 5 ArbZG als angemessen anzusehenden Nachtarbeitszuschlag von 25 % seines jeweiligen Stundenlohnes

**aa)** Da - wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat - mangels beiderseitiger Tarifbindung (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG) oder arbeitsvertraglicher Bezugnahme - kein Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet, kommt als

Anspruchsgrundlage für einen Nachtarbeitszuschlag allein § 6 Abs. 5 ArbZG in Betracht. Hiernach hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden (außerhalb tarifvertraglicher Ausgleichsregelungen) 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 (vgl. etwa BAG, U. v. 27.05.2003, 9 AZR 180/02, AP Nr. 5 zu § 6 ArbZG - I. 4. b bb der Gründe -; ständ. Rspr. d. BAG).

Diese gesetzliche Regelung begründet, trotz ihrer Stellung im Arbeitszeitgesetz als primär öffentlich-rechtliches Schutzgesetz, auch einen schuldrechtlichen Vergütungs-/Zuschlagsanspruch des hierunter fallenden Arbeitnehmers unmittelbar.

§ 6 Abs. 5 ArbZG findet Anwendung. Der Kläger ist tatbestandlich unstreitig Nachtarbeitnehmer in diesem Sinn, weil er Nachtarbeit gemäß § 2 Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 ArbZG an mindestens 48 Tagen je Kalenderjahr leistet.

**bb)** Nach ständiger Rechtsprechung des BAG, 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, U. v. 16.04.2014, 4 AZR 802/11, NZA 2014, S. 1277 f – Rz. 59, m.w.N.; zur Situation bei der Beklagten vgl. LAG Hamburg, U. v. 09.04.2014, 6 Sa 106/13, Juris – Rzn. 76 f -, in einem der Parallelverfahren gegen die Beklagte), wobei hier keine Besonderheiten vorliegen, die eine Abweichung von einem solchen Nachtarbeitszuschlag nach unten - oder, gemäß der Intention der Berufung des Klägers: nach oben (30 % - s.u. 2.) - rechtfertigen müssten (zum von der Beklagten erhaltenen privaten Rechtsgutachten von Prof. Dr. Raab – hier: Anl. B8, Bl. 292 f d. A., jetzt auch in ZfA 2014, S. 231 f – und der dortigen Annahme eines Vergütungszuschlages von 10 % als Ausgangspunkt für einen, bei der Beklagten, als angemessen anzusehenden Nachtarbeitszuschlag (dort: S. 40 f) hat bereits das LAG Hamburg im zit. U. vom 09.04.2014, aaO – dort unter Rzn. 77 – alles Erforderliche gesagt, dem sich die erkennende Berufungskammer vollständig anschließt):

(1) Der Kläger arbeitet in Dauernachtschicht. Nach Ansicht des BAG - unter Bezugnahme auf arbeitsmedizinische Erkenntnisse - sei ein ständiger Einsatz im Rahmen der Nachtarbeit objektiv stärker belastend als etwa eine Wechselschichttätigkeit mit Wechsel zwischen Tag- und Nachtarbeit (vgl. nur BAG, U. v. 27.05.2003, aaO - I. 4. b aa der Gründe -).

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 BAG hierzu andeutungsweise annehmen will (U. v. 27.05.2003, aaO), 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.

Die Beklagte verwechselt mit ihrer Argumentation, dass der besonderen Situation von Dauernachtarbeit 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 werde, während etwa bei Wechselschichtarbeit solche Zuschläge nur für die Zeit der periodischen tatsächlichen Heranziehung zur Nachtarbeit anfielen, Quantität und Qualität im Rahmen der Intention des Nachtarbeitszuschlages: dieser wird eben, auch, für die besondere durch die Nachtarbeit verursachte Situation sozialer Exklusion gezahlt. Außerdem werden die mit dem

ständigen Wechsel der Arbeitszeiten bei Wechselschichtarbeit verbundenen besonderen Belastungen des individuellen Lebensrhythmus - die die einschlägige Rechtsprechung des BAG immer wieder akzentuiert hat (etwa U. v. 5.2.1997, 10 AZR 639/96, AP Nr. 14 zu § 33a BAT) - tarifpolitisch häufig flankiert durch zusätzliche gleichbleibend hohe Wechselschichtzulagen (auch: Schichtzulagen), die eben solches zusätzlich besonders ausgleichen wollen (vgl. etwa § 8 Abs. 5 und Abs. 6 TVöD bzw. § 8 Abs. 7 und Abs. 8 TV-L, ebenso deren Vorgängerregelungen etwa in § 33 a BAT, u. a. ).

**(2)** Ebenso wenig erheblich hinsichtlich der Höhe eines angemessenen Nachtarbeitszuschlages sind die von der Beklagten ins Feld geführten „Verfügbarkeitszeiten“, in denen der Nachtarbeitnehmer „keine Arbeitsleistung zu erbringen“ habe.

Nach dem von der Beklagten nicht qualifiziert bestrittenen - erst recht nicht widerlegten - Vorbringen des Klägers hierzu müsse er während dieser, nach ihrem zeitlichen Umfang: streitigen, Zeiten notwendige Überprüfungsarbeiten und auch kleinste Reparaturen am Lkw durchführen (z. B. Austausch einer Glühbirne) - keinesfalls könne er in solchen Zeiten „Pause“ machen oder das Fahrzeug/die Arbeit verlassen.

Unabhängig davon, dass solche - von der Beklagten innovativ so bezeichneten - „Verfügbarkeitszeiten“ tatbestandlich, begrifflich, von vornherein nicht etwa als Pausen im Rechtssinn (im Sinne des § 4 ArbZG und ebenso hinsichtlich nicht zu vergütender Arbeitszeit im arbeitsvertraglichen Sinn, vgl. nur BAG, U. v. 13.10.2009, 9 AZR 139/08, NZA-RR 2010, S. 623 f – Rz. 30, m. w. N. -) angesehen werden könnten - insoweit wäre das Vorbringen der Beklagten hierzu auch nicht ansatzweise schlüssig -, stellen solche Zeiten, wie sie die Beklagte als eine Art inaktiver Präsenzzeiten, hier ausführt, nicht einmal „Bereitschaftsdienst“ im Rechtssinne, sondern ggf. Arbeitsbereitschaft gemäß der hierzu entwickelten Definition („Wache Achtsamkeit im Zustand der Entspannung“, vgl. zuletzt etwa BAG, U. v. 19.11.2014, 5 AZR 1101/12, nunmehr in DB 2015, S. 253 f – Rz. 16 -) dar:

Solche Belastungsausgleichszulagen sind jedoch grundsätzlich auch für Zeiten von Arbeitsbereitschaft im Rechtssinn, wie selbst für Bereitschaftsdienstzeiten zu zahlen, da diese nicht nur im arbeitsschutzrechtlichen Sinn, sondern auch vergütungsrechtlich in vollem Umfang Arbeitsleistung im Sinne des § 611 Abs. 1 BGB darstellen, weil sich der

Arbeitnehmer in beiden Fällen an einem vom Arbeitgeber vorgegebenen Ort bereit halten muss, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen, wie hier maßgeblich (vgl. näher BAG, U. v. 19.11.2014, aaO; BAG, U. v. 12.12.2012, 10 AZR 192/11, AP Nr. 13 zu § 6 ArbZG - Rzn. 17 f, m. w. N. -).

Allerdings kann ein geringerer Ausgleich erforderlich sein, wenn in die Nachtarbeit Arbeitsbereitschaft fällt (BAG, U. v. 15.07.2009, 5 AZR 867/08, AP Nr. 10 zu § 6 ArbZG - Rz. 21 aE -; BAG, U. v. 31.08.2005, 5 AZR 545/04, AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG - 4. a und b der Gründe -, jeweils m. w. N.).

**(3)** In Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der von der Beklagten gezahlte Grundlohn von, ab August 2013, 15,63 € brutto/Stunde (ab 8/14: 15,90 € brutto/Stunde, und nunmehr, seit 10/14, 16,20 € brutto/Stunde: siehe wiederum die aktualisierte Aufstellung zur „Lohnentwicklung“ bei der Beklagten ab 1997 im Schriftsatz des Klägers vom 24.11.2014, dort S. 17, Bl. 669 f/685 d. A.) bereits inzident einen Nachtarbeitszuschlag enthielte, wie die Beklagte weiter annehmen will:

Zwar können, ähnlich wie in tarifvertraglichen Vergütungsbestimmungen, auch in einzelvertraglichen Vergütungsregelungen wie hier, soweit diese atypische hohe Vergütungssätze enthalten, bereits inzident, stillschweigend, Erschwernis-/Nachtarbeitszuschläge inkludiert sein (vgl. nur BAG, U. v. 05.09.2002, 9 AZR 202/01, AP Nr. 4 zu § 6 ArbZG - B. I. 2. b der Gründe, m. w. N. -; vgl. auch BAG, U. 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 (U. v. 05.09.2002 aaO) 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.



Zwar liegt der jeweilige Stundenlohn, den die Beklagte bezahlt, unstreitig über dem einschlägigen Tariflohn, auch in Bayern, wie hier als Vergleichsmaßstab zunächst und vorrangig maßgeblich. Darüber hinaus gibt es jedoch keinerlei, erforderliche, konkretisierbaren Anhaltspunkte für eine entsprechende Einbeziehung eines pauschalierten Nachtarbeitszuschlages o. ä. in die Grundvergütung als deren inzidenten Vergütungsbestandteils.

Auch wenn die, streitige, Behauptung der Beklagten zutrifft, dass ca. 90 % ihrer ca. 500 Kraftfahrer im Bundesgebiet auf sog. Nachttouren eingesetzt würden, 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 jedenfalls 1997 (dem Arbeitsbeginn des Klägers hier) gesondert ausgewiesene Nachtarbeitszuschläge gezahlt, die von ca. 7,5/8 % sukzessive auf den aktuellen Satz von 20 % angehoben wurden (als solche inhaltlich unstreitige Tabelle der aktuellen „Lohnentwicklung“ zuletzt im Schriftsatz des Klägers vom 24.11.2014, aaO). Dies würde gerade eine Annahme konterkarieren, auch der, atypisch bzw. im Vergleich zu den branchenüblichen Vergütungssätzen: relativ hohe, Grundstundenlohnsatz habe seit jeher - oder jedenfalls seit geraumer Zeit bzw. zumindest seit Beginn des hier streitgegenständlichen Zeitraums Anfang 2010 - inzident oder stillschweigend auch Nachtarbeitszuschlagsanteile (wie hoch, jeweils, auch immer) enthalten sollen.

**(4)** Des Weiteren ist es ebenfalls unerheblich, dass die Beklagte den Nachtarbeitszuschlag unstreitig seit jeher bereits ab 21.00 Uhr, bis 23.00 Uhr, bezahlt:

Wieso dies überhaupt „freiwillig“ geschehen (sein) soll, wie die Beklagte hierzu geltend macht, erschließt sich nicht - dies ist offensichtlich arbeitsvertraglich in dieser Weise festgelegt bzw. nach den Grundsätzen der Betriebsübung Vertragsbestandteil, wie der Kläger - von der Beklagten insoweit offensichtlich auch nicht grundsätzlich in Abrede gestellt - ausführt.

Des Weiteren hat bereits das Arbeitsgericht hierzu zu Recht darauf verwiesen, dass diese Zuschlagszahlung offensichtlich schon deshalb keinen Ausgleich für Nacht-

arbeiterschwernisse der Nachtarbeitnehmer darstellt, weil diese auch den Tagarbeitnehmern für Arbeitsleistung zwischen 21.00 Uhr und 23.00 Uhr gezahlt wird.

Schließlich betrifft die Definition der „Nachtzeit“ (zwischen 23.00 Uhr und 6.00 Uhr) gemäß § 2 Abs. 3 ArbZG, an der sich die Beklagte hierbei offensichtlich orientieren will, nur die öffentlich-rechtliche Festlegung für die hierauf aufbauende Annahme des Vorliegens einer „Nachtarbeit“ im Sinne des § 2 Abs. 4 ArbZG und die wiederum hierauf basierende Definition des „Nachtarbeitnehmers“ im Sinne des § 2 Abs. 5 ArbZG, also im Ergebnis die arbeitszeitschutzrechtliche Festlegung, nicht die zivilrechtlichen Voraussetzungen für Nachtarbeit.

**(5)** Schließlich ist es auch nicht relevant, dass die für/in Bayern etwa geltende einschlägige Tarifregelung (Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer und Angestellten des Speditions-, Transport- und Logistikgewerbes in Bayern in der Fassung vom 01.12.2012, hier: Bl. 142 f d. A.) für Nachtarbeitnehmer lediglich einen Nachtarbeitszuschlag von 5,-- € pauschal je Nacht vorsähe (dort § 11 Abschnitt 3. Ziff. 2.). Hier ist grundsätzlich zunächst ein Nachtarbeitszuschlag von 50 % für Nachtarbeit im zehnstündigen Zeitraum von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr vorgesehen - alternativ für Kraftfahrer, die Fahrten in einem Umkreis von mehr als 100 km Luftlinie vom regelmäßigen Standort ausführen, ein pauschaler Zuschlag von 5,-- €/Nacht.

Zwar ist diese Tarifregelung nach den bei der Auslegung von Tarifverträgen geltenden (tendenziell objektiven) Grundsätzen nicht so auszulegen, wie dies der Kläger annehmen will - dass diese nur für Kraftfahrer gelte, die ihre Fahrten von einem mehr als 100 km Luftlinie vom regelmäßigen Standort gelegenen anderen Standort ausführen; Letzteres, ein eigener Standort hier außerhalb von G., als spezieller Fahrausgangspunkt findet sich dort nicht. Jedoch ist die „Einschlägigkeit“ dieser tariflichen Bestimmung schon deshalb fraglich, weil, auch gerichtsbekannt, der regelmäßige Standort G. als Ausgangspunkt der Nachtfahrten des Klägers nicht mehr als 100 km Luftlinie vom Ziel der einen üblichen Fahrtstrecke des Klägers in R. entfernt sein dürfte – bereits die reine Straßen-Fahrtstrecke nach R. beträgt von G. aus gerichtsbekannt nur ca. 100/110 km (je nach Ziel - Niederlassung/HUB der Beklagten – dort).

Im Übrigen können die einschlägigen tariflichen Regelungen - nur - als Orientierung für die etwa als angemessen anzusehende Höhe eines Nachtarbeitszuschlages dienen, diesen nicht etwa bereits verbindlich präfigurieren (vgl. etwa BAG, U. v. 11.02.2009, 5 AZR 148/08, AP Nr. 9 zu § 6 ArbZG - Rz. 18 -; BAG, U. v. 27.05.2003, 9 AZR 180/02, aaO - I. 4. a der Gründe -; sh. zur Situation bei der Beklagten auch LAG Berlin-Brandenburg, U. v. 12.08.2014, 7 Sa 852/14, BB 2014, S. 2740 und Juris – Rz. 55 -).

**dd)** Nach allem besteht zur Überzeugung auch der Berufungskammer kein Anlass, von einem Nachtarbeitszuschlag von 25 % als grundsätzlich angemessenen Zuschlags im Sinne des § 6 Abs. 5 ArbZG, nach unten (wie nach oben: s. u.), abzuweichen.

**b)** Der Kläger macht zu Recht auch allein einen finanziellen Nachtarbeitszuschlag geltend. 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 Freizeitgleichsanspruch – ausgestaltet werden (etwa BAG, U. v. 15.07.2009, 5 AZR 867/08, AP Nr. 10 zu § 6 ArbZG – Rz. 17 -). Durch die unstreitig bisher, über viele Jahre – sämtliche (bisher etwa 17) Beschäftigungsjahre des Klägers hinweg – ausschließlich erfolgte finanzielle Ausgleichszahlung durch Nachtarbeitszuschlagszahlung 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.

**c)** Zu den überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichts zu einem nicht anzunehmenden Verfall der damit gegebenen Nachzahlungsansprüche des Klägers auf einen solchen Nachtarbeitszuschlag nach der einzelvertraglichen Ausschlussfristenregelung unter Paragraf 7 Ziff. 4. des Arbeitsvertrages vom 01.07.2000 hat bereits das Arbeitsgericht das Wesentliche gesagt – ohne dass die Beklagte gesonderte Einwände hiergegen, gegen die Wirksamkeit dieser vertraglichen Ausschlussfristenregelung, als ersichtlich AGB-Bestimmung (§§ 305 Abs. 1, 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB), gemäß § 305 c Abs. 1 BGB (wohl auch gemäß § § 307 Abs. 1 BGB) erhoben hat, weshalb hierzu keine erneuten Ausführungen veranlasst sind.

d) Auch die Zinsentscheidung des Arbeitsgerichts – Verzinsungsbeginn am Fünften des jeweiligen Folgemonats - ist zutreffend, da Paragraf 6 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages vom 01.07.2000 ausdrücklich auf die Geltung/Anerkennung der Arbeitsordnung der Beklagten in deren jeweils gültiger Fassung und diese (Anl. B6, Bl. 160 f d. A.) wiederum in § 6 Ziff. 5 auf „Überweisungsaufträge“ hinsichtlich der Lohnbeträge spätestens eben am fünften Arbeitstag des Folgemonats verweisen - was zu einer jeweiligen Lohnfälligkeit mit Gutschrift auf dem Konto des Arbeitnehmers und abhängig von der jeweiligen Situation der Arbeitstage am Monatsanfang frühestens am Fünften des jeweiligen Folgemonats führt (§ 271 Abs. 1 BGB).

d) Damit ist die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

2. Aus diesen Gründen bleibt auch die Berufung des Klägers ohne Erfolg.

Mangels entscheidungserheblicher Besonderheiten besteht 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.

Hinsichtlich seines Hilfsantrages 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“.

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“ (Paragraf 4 Ziff. 1 dort). Bei deren etwaiger, im Zweifel anzunehmender, - gleichmäßiger (?) - Verteilung auf fünf Arbeitstage/Woche (?) würde dies eine Arbeitszeit von acht

Stunden je Arbeitstag (Nacht) bedeuten. Bei proportionaler Umsetzung eines 25-prozentigen Nachtarbeitszuschlages (vgl. BAG, U. 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. Andererseits hatte der Kläger in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren, von der Beklagten nicht bestritten, ausgeführt (Feststellungen in der Sitzungsniederschrift vom 28.11.2014, S. 2, Bl. 694 f/695 d. A.), dass er im streitgegenständlichen Zeitraum ab Anfang 2010 seine Arbeit regelmäßig um 19.30 Uhr aufgenommen und zwischen 8.00 Uhr und 8.30 Uhr am Folgetag beendet habe. Diese Schichtzeit müsste, unter Berücksichtigung der gesetzlichen Mindestpausen von sonach 45 Minuten (§ 4 Satz 1 ArbZG), - und ohne Rücksicht auf die gesetzlich geregelte tägliche Höchstarbeitszeit: § 3 ArbZG - einer reinen Arbeitszeit von 10 ¾ Stunden bzw. 11 ¼ Stunden entsprechen. Ein Freizeitausgleich an solchen - nach unbestrittener Einlassung des Klägers: üblichen - Arbeitstagen würde deshalb zu einer (Über-)Erfüllung eines Freizeitausgleichsanspruches des Klägers für seine Nachtarbeitszuschläge von annähernd 40 % (3 x ca. 11 Stunden = 33 Stunden für jeweils 80 Nachtarbeitsstunden) führen.

Hiernach ist dieser - der Höhe nach auch nicht begründete - Leistungsantrag nicht ausreichend bestimmt und einer Vollstreckung nicht zugänglich - damit unzulässig.

### III.

Wegen Erfolglosigkeit der Berufungen beider Parteien ergibt sich, angesichts nahezu identischer Anträge, die gleiche Kostenverteilung wie im erstinstanzlichen Urteil (§§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

### 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>

Burger

Burger

Brenninger

Für den zum 31.12.2014  
ausgeschiedenen  
ehrenamtlichen Richter Geier