

Aktenzeichen: 1 ABR 16/97

Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Beschluß vom 26. August 1997

- 1 ABR 16/97 -

I. Arbeitsgericht
Wesel

Beschluß vom 29. Oktober 1996

- 2 BV 30/96 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Beschluß vom 19. Februar 1997

- 12 TaBV 97/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse : Ja

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Mitbestimmung bei Ausgleich für Nachtarbeit

Gesetz:

BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 7 und 10; ArbZG § 6 Abs. 5; Bundes-Manteltarifvertrag für den Güter- und Möbelfernverkehr vom 14. Juli 1988; GG Art. 3 Abs. 1

Leitsätze:

1. Bei der Entscheidung des Arbeitgebers darüber, ob ein Ausgleich für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG durch bezahlte freie Tage oder durch Entgeltzuschlag zu gewähren ist, hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen.

2. Die Zahl der freien Tage und die Höhe des Zuschlags sind hingegen eine Frage der Billigkeit. Da der Arbeitgeber insoweit rechtlich gebunden ist, besteht hier kein Mitbestimmungsrecht.

3. Die Regelungsfrage entfällt nach § 6 Abs. 5 ArbZG, soweit eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung besteht. Ein tariflicher Ausgleich kann auch ohne ausdrückliche Bezeichnung in Leistungen enthalten sein, die Nachtarbeitern zustehen. Dafür müssen aber besondere Anhaltspunkte bestehen. Der Bundes-Manteltarifvertrag für den Güter- und Möbelfernverkehr vom 14. Juli 1988 enthält keine solche Ausgleichsregelung.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 ABR 16/97

12 TaBV 97/96 Düsseldorf

Verkündet am
26. August 1997

Backes,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

B e s c h l u ß

In dem Beschlußverfahren

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Anhörung vom 26. August 1997 durch den Präsidenten Professor Dr. Dieterich, die Richter Dr. Rost und Dr. Wißmann sowie die ehrenamtlichen Richter Kehrmann und Dr. Münzer beschlossen:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 19. Februar 1997 - 12 TaBV 97/96 - aufgehoben und wie folgt neu gefaßt:
 - a) Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluß des Arbeitsgerichts Wesel vom 29. Oktober 1996 - 2 BV 30/96 - teilweise abgeändert:
 1. Es wird festgestellt, daß der Betriebsrat hinsichtlich des Umfangs eines Ausgleichs für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG nicht mitzubestimmen hat.
 2. Im übrigen wird der Antrag der Arbeitgeberin abgewiesen.
 - b) Die weitergehende Beschwerde der Arbeitgeberin wird im Umfang der Abweisung ihres Antrags zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird zurückgewiesen, soweit dem Antrag und der Beschwerde der Arbeitgeberin stattgegeben wird.

V o n R e c h t s w e g e n !

G r ü n d e :

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob der Betriebsrat mitzubestimmen hat bei Ausgleichsleistungen, die die Arbeitgeberin nach dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG) für Nachtarbeit gewähren muß.

Die Arbeitgeberin betreibt Güterfernverkehr. Die Fahrzeuge werden bundesweit und auch während der Nachtzeit eingesetzt. Auf die Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer ist kraft Vereinbarung der Bundes-Manteltarifvertrag für den Güter- und Möbelfernverkehr vom 14. Juli 1988 (BMTV) anwendbar, der seit Ende 1992 gekündigt ist. Er enthält unter anderem folgende Bestimmungen:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

§ 2

Arbeitszeit

Die Arbeitszeit umfaßt die Zeiten des reinen Dienstes am Steuer (Lenkzeit), der Be- und Entladearbeiten, Reparaturarbeiten, Vor- und Abschlußarbeiten, sonstigen Arbeiten sowie die Arbeitsbereitschaftszeiten.

...

§ 10

Freizeit

...

- (4) Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist diesem zusätzlich ein freier unbezahlter Tag pro Monat zu gewähren.

...

§ 14

Entlohnung

- (1) Die Arbeitnehmer erhalten bezirklich vereinbarte, zeitlich gestaffelte Löhne. Die jeweils maßgebende Staffelfzeit einschließlich Kabinenzeit ist voll zu bezahlen. Die vereinbarten Löhne sind Mindestlöhne und unabdingbar.
- (2) Mitglieder des Fahrpersonals dürfen als Arbeitnehmer nicht nach den zurückgelegten Fahrstrecken oder der Menge der beförderten Güter entlohnt werden, auch nicht in Form von Prämien oder Zuschlägen für diese Fahrstrecken oder Gütermengen. ...

§ 15

Spesen

...

- (2) Kraftfahrer und Beifahrer im Fernverkehr erhalten für die Zeit, in der sie vom Sitz des Betriebes oder vom Standort des Fahrzeugs abwesend sind, folgende Spensensätze:

bei einer Abwesenheit von über
5 bis 7 Stunden DM 10,30



- 4 -

bei einer Abwesenheit von über
7 bis 12 Stunden DM 16,50

bei einer Abwesenheit von über
12 bis 18 Stunden DM 28,00

bei einer Abwesenheit von über
18 Stunden DM 32,50

Abweichend von der obigen Staffe- lung wird bei einer Abwesenheit von über 18 Stunden an Arbeitnehmer, deren Jahresarbeitslohn voraussichtlich DM 25.000,00 nicht übersteigt, ein Tagespauschbetrag von DM 29,40 gezahlt.

...

§ 16

Urlaub

...

- (6) Die Dauer des Urlaubs richtet sich nach den bezirklichen Tarifverträgen. Nach einer ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit von 6 Monaten wird ein Zusatzurlaub von 2 Tagen, nach einer ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit von 5 Jahren ein Zusatzurlaub von 3 weiteren Tagen gewährt.

Die Arbeitgeberin ist aufgrund Verbandsmitgliedschaft auch an den Bezirksmanteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im privaten Güterverkehrsgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen vom 15. Juni 1994 (MTV NRW) gebunden, in dem u.a. folgendes bestimmt ist:

§ 3

Vergütung für Mehrarbeit, Ein- und Ausfahrzeit, Nachtarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit und Schmutzarbeit

...

3. Nachtarbeit

Nachtarbeit in der Zeit von 21.00 Uhr bis 5.00 Uhr, soweit sie nicht regelmäßig oder sofern sie als Mehrarbeit geleistet wird, wird



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

je Stunde mit 1/39 des tariflichen Wochenlohnes und einem Zuschlag von 50 % vergütet. Der Zuschlag beträgt bei regelmäßiger Nachtschicht 20 %.

Nachtzuschläge entfallen für die Fahrer und Beifahrer im Güterfernverkehr und Möbelfernverkehr.

...

§ 16

Schlußbestimmungen

1. Die Bestimmungen dieses Tarifvertrages, soweit sie überwiegend im Güter- und Möbelfernverkehr beschäftigte Kraftfahrer und Beifahrer betreffen, sind für die Dauer der Geltung des Bundesmanteltarifvertrages für den Güter- und Möbelfernverkehr - BMT-Fernverkehr - in der jeweils gültigen Fassung suspendiert, ausgenommen die Bestimmungen des § 3 Ziffer 1 c, § 9 Ziffern 8 bis 10, § 10.

...

Wegen Meinungsverschiedenheiten zwischen der Arbeitgeberin und dem Betriebsrat darüber, ob die nachts eingesetzten Fernfahrer einen Anspruch auf Ausgleichsmaßnahmen nach § 6 Abs. 5 ArbZG haben, und inwieweit der Betriebsrat gegebenenfalls mitzubestimmen hat, wurde die Einigungsstelle angerufen. Dort verständigten sich die Beteiligten darauf, das Verfahren vor der Einigungsstelle zunächst ruhen und die Frage ihrer Zuständigkeit gerichtlich klären zu lassen.

Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, der Betriebsrat könne keine Regelung über einen Ausgleich der Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG verlangen. Insoweit bestehe kein gesetzlicher Anspruch, weil im BMTV eine Ausgleichsregelung enthalten sei. Diese sei insbesondere in den Bestimmungen über die Gewährung zusätzlicher Urlaubstage sowie eines unbezahlten freien



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Tages und über die Vergütung von Arbeitsbereitschaft und Kabinenzeit zu sehen. Daß sie sich nicht ausdrücklich auf Nachtarbeit beziehe, sei unschädlich. Da Nachtarbeit für Fernfahrer typisch sei, enthielten bereits die allgemeinen tariflichen Entgeltregelungen die gesetzlich geforderte Kompensation.

Die Arbeitgeberin hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß die Einigungsstelle für eine Ausgleichsregelung für Nachtarbeit gem. § 6 Abs. 5 ArbZG nicht zuständig ist.

Der Betriebsrat hat beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Er hält sich für berechtigt, mit Hilfe seines Mitbestimmungsrechts eine Ausgleichsregelung für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG durchsetzen. In den anzuwendenden Tarifverträgen sei eine Kompensation, die den gesetzlichen Anspruch ausschließen würde, nicht vorgesehen. Mit den tariflichen Zusatzleistungen sollten andere Erschwernisse ausgeglichen werden. Nachtarbeit sei auch nicht in solchem Maße für Fernfahrer typisch, daß sie bereits durch das Grundentgelt abgegolten wäre.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag der Arbeitgeberin abgewiesen. Auf deren Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht dem Antrag stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Betriebsrat die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses. Die Arbeitgeberin beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



B. Die Rechtsbeschwerde ist teilweise erfolgreich.

I. Der Antrag der Arbeitgeberin ist zulässig.

Er bedarf allerdings der einschränkenden Auslegung. Trotz seines sehr pauschalen Wortlauts hat er nicht den gesamten Umfang denkbarer Ausgleichsregelungen nach § 6 Abs. 5 ArbZG zum Gegenstand. Das ergibt sich aus dem gesamten Vortrag der Parteien. Der Inhalt des Ausgleichsanspruchs nach § 6 Abs. 5 ArbZG hängt, falls er nicht überhaupt durch eine tarifliche Ausgleichsregelung ausgeschlossen ist, zunächst von zwei Entscheidungen ab: Ob die Nachtarbeit durch bezahlte Freizeit oder durch einen Zuschlag zum Arbeitsentgelt ausgeglichen werden soll, und in welchem Umfang dieser Ausgleich zugestanden wird. Allein hinsichtlich dieser Entscheidungen streiten die Beteiligten über ein Mitbestimmungsrecht. Dagegen geht es ihnen nicht um möglicherweise mitbestimmungspflichtige Anschlußfragen einer späteren Regelung, wie beispielsweise um die Modalitäten eines Freizeitausgleichs.

Für den so verstandenen Antrag besteht das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann der Streit über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts mit einem Feststellungsantrag zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden. Die Zulässigkeit des Antrags scheitert hier auch nicht daran, daß er einen Gegenstand betrifft, über den sich die Beteiligten vor der Einigungsstelle auseinandersetzen. Ein Vorabentscheidungsverfahren über umstrittene Mit-



bestimmungsrechte wird vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung zugelassen (z.B. Beschluß vom 2. April 1996 - 1 ABR 47/95 - AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz, zu B II 1 a der Gründe; BAGE 62, 1, 4 ff. = AP Nr. 3 zu § 98 ArbGG 1979, zu B I 2 b der Gründe). Die Literatur ist dem fast einhellig gefolgt (Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 76 Rz 93; GK-BetrVG/Kreutz, 5. Aufl., § 76 Rz 94, jeweils m.w.N.).

II. Der Antrag der Arbeitgeberin ist nur teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat allerdings verkannt, daß hier keine tarifliche Kompensationsregelung besteht, die den gesetzlichen Anspruch der Arbeitnehmer auf Ausgleich für Nachtarbeit ausschließen würde (1.). Der Betriebsrat hat jedoch nur bei der Entscheidung darüber mitzubestimmen, ob der Ausgleich in Form von bezahlten freien Tagen oder in Form eines Entgeltzuschlags zu gewähren ist (2.). Dagegen besteht kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Zahl der freien Tage oder der Höhe des Zuschlags (3.).

1. Die im Betrieb der Arbeitgeberin beschäftigten Nachtarbeitnehmer haben nach § 6 Abs. 5 ArbZG Anspruch auf Ausgleich durch bezahlte freie Tage oder durch Entgeltzuschlag. Dieser Anspruch wird nicht durch eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung ausgeschlossen.

a) Das ergibt sich allerdings nicht bereits daraus, daß der BMTV gekündigt ist und daher nur noch nach § 4 Abs. 5 TVG nach-



wirkt. Hiervon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend ohne weiteres ausgegangen. Der Wortlaut des § 6 Abs. 5 ArbZG fordert lediglich das Bestehen einer Tarifregelung; auch ein nachwirkender Tarifvertrag ist noch nicht weggefallen, denn seine Normen gelten nach § 4 Abs. 5 TVG weiter. Dieses Verständnis entspricht auch dem Zweck des § 6 Abs. 5 ArbZG, der die Ausgestaltung des Ausgleichs für die Nachtarbeit den Tarifvertragsparteien wegen deren größerer Sachnähe überläßt und nur subsidär einen gesetzlichen Anspruch schafft. Insoweit ist es ohne Bedeutung, ob ein Tarifvertrag noch zwingend gilt oder nur nachwirkt.

b) Der BMTV enthält indessen keine Ausgleichsregelung für Nachtarbeit.

Ausdrückliche Bestimmungen fehlen insoweit; hierüber besteht zwischen den Beteiligten kein Streit. Der BMTV hat auch nicht stillschweigend den Ausgleich für Nachtarbeit geregelt, etwa durch die Bestimmungen über Urlaub, über Arbeitsbereitschafts- und Kabinenzeiten oder über die Grundvergütung. Der Arbeitgeberin ist allerdings zuzugeben - in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Meinung im Schrifttum (Dobberahn, Das neue Arbeitszeitgesetz in der Praxis, 2. Aufl., Rz 91; Kraegeloh, Arbeitszeitgesetz, § 6 Rz 10; Roggendorff, Arbeitszeitgesetz, § 6 Rz 40; Zmarzlik/Anzinger, Arbeitszeitgesetz, § 6 Rz 57) -, daß eine solche Ausgleichsregelung auch stillschweigend erfolgen kann. In den Ausschlußberatungen zum Arbeitszeitgesetz wurde die Formulierung des § 6 Abs. 5 ArbZG mit dem erklärten Zweck geändert, klarzustellen, daß auch bereits bestehende Tarifverträge, in denen z.B. branchenspezifische Nachtarbeit bei der Grundentgeltfindung be-



- 10 -

rücksichtigt war, als Ausgleichsregelungen i.S.d. Vorschrift in Betracht kommen (Ausschußbericht BT-Drucks. 12/6990 S. 43). Der Senat kann jedoch nicht der hieran anknüpfenden Annahme des Landesarbeitsgerichts folgen, auch der BMTV enthalte eine derartige Ausgleichsregelung.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Kern damit begründet, daß Nachtarbeit für den Güterfernverkehr typisch sei. Dies sei den Tarifvertragsparteien auch bekannt, und es gebe keine Anhaltspunkte dafür, daß sie Nachtarbeit nicht, wie allgemein üblich, als Erschwernis angesehen oder für nicht ausgleichsbedürftig gehalten hätten. Daher bestehe eine Vermutung dafür, daß mit den im Tarifwerk festgelegten Arbeitsbedingungen auch die Erschwernisse der Nachtarbeit ausgeglichen werden sollten.

Diese Argumentation läuft darauf hinaus, bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung zur Nachtarbeit den Tarifvertragsparteien in jedem Tarifbereich, in dem Nachtarbeit nicht gerade unüblich ist, eine stillschweigende Ausgleichsregelung i.S.d. § 6 Abs. 5 ArbZG zu unterstellen, ohne daß es dafür noch irgendwelcher Anhaltspunkte im Tarifvertrag bedürfte. Dabei wird indessen verkannt, daß bei der Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages zunächst von dessen Wortlaut und Zusammenhang auszugehen und dabei der Wille der Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen ist, soweit er in den Tarifnormen seinen Niederschlag gefunden hat (ständige Rechtsprechung, z.B. BAGE 73, 364, 368 = AP Nr. 144 zu § 1 TVG Auslegung, zu B II 1 a aa der Gründe). Die bloße Annahme, die Tarifvertragsparteien müßten eine Frage für regelungs-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

bedürftig gehalten haben, reicht angesichts ihrer permanenten Schwierigkeiten bei der Suche nach konsensfähigen Lösungen nicht aus, dem Schweigen des Tarifvertrags eine Regelung dieser Frage zu entnehmen. Zu Unrecht schließt das Landesarbeitsgericht aus dem Umstand, daß die Gewerkschaft ÖTV bei den Tarifverhandlungen mit ihrer Forderung nach einem Zuschlag für Nachtarbeit nicht durchgedrungen war, der Ausgleich sei dann in den übrigen tariflichen Arbeitsbedingungen zu sehen. Näher liegt die Annahme, daß die Tarifvertragsparteien sich über die Aufnahme dieses Gegenstandes in den Tarifvertrag nicht einigen konnten. Dabei ist zu berücksichtigen, daß bei Abschluß des BMTV im Jahr 1988 der von § 6 Abs. 5 ArbZG ausgehende Druck, eine tarifliche Ausgleichsregelung zu treffen, noch nicht vorhanden und auch noch nicht absehbar war.

Den allgemeinen tariflichen Arbeitsbedingungen kann nur dann eine stillschweigende Ausgleichsregelung i.S. dieser Vorschrift entnommen werden, wenn entweder der Tarifvertrag selbst entsprechende Hinweise enthält, oder wenn sich aus der Tarifgeschichte oder aus Besonderheiten des Geltungsbereichs Anhaltspunkte dafür ergeben. So wird im Schrifttum zutreffend darauf hingewiesen, daß bei einer speziell für Nachtwächter geltenden tariflichen Entgeltregelung davon auszugehen ist, die Belastungen der Nachtarbeit seien bereits im Grundentgelt berücksichtigt (Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, 12. Aufl., § 6 Rz 25). In einem derartigen Fall ständiger und fast ausschließlicher Nachtarbeit aller betroffenen Arbeitnehmer mag eine Aufspaltung der Vergütung in Grundlohn und Nachtzuschlag gekünstelt wirken. Es kann jedoch



nicht davon ausgegangen werden, daß die Verhältnisse im Güterfernverkehr vergleichbar wären. Er findet keineswegs ausschließlich nachts statt. Es gibt nicht einmal Anhaltspunkte dafür, daß dies überwiegend der Fall wäre. Zwar wird es zutreffen, daß viele Fernfahrer auch nachts eingesetzt werden. Das bedeutet aber nicht, daß hierdurch alle in - wenigstens annähernd - gleicher Weise belastet werden. Vielmehr ist davon auszugehen, daß manche Fernfahrer viel Nachtarbeit zu leisten haben, andere weniger oder gar keine. Angesichts dessen fehlt jede Grundlage für die Annahme, die Tarifvertragsparteien hätten diese Belastungen mit dem Grundlohn abgelten wollen.

Dieses Verständnis des BMTV wird durch die Regel bestätigt, daß bei der Auslegung von Tarifnormen im Zweifel anzunehmen ist, die Tarifvertragsparteien wollten Regelungen treffen, die nicht wegen Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht unwirksam oder angreifbar sind (BAGE 73, 364, 369 = AP Nr. 144 zu § 1 TVG Auslegung, zu B II 1 a bb der Gründe). Gegen eine Regelung, die allen Fernfahrern dieselbe Leistung als Ausgleich für Nachtarbeit gewähren würde, bestünden aber angesichts der höchst unterschiedlichen Belastung der einzelnen Fahrer durch Nachtarbeit erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Zwar können Tarifverträge ebenso wie Gesetze Pauschalierungen vornehmen, die zu einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte führen; der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), an den auch die Tarifvertragsparteien gebunden sind, setzt dem aber Grenzen. Unbedenklich sind pauschalierende Regelungen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann, wenn eine verhältnismäßig kleine Gruppe benachteiligt oder bevorzugt wird und der Gleichheitsverstoß nicht sehr



intensiv wirkt (BVerfGE 82, 126, 152 = AP Nr. 28 zu § 622 BGB, zu C I 4 f der Gründe). Dagegen geht es nicht an, eine große Gruppe von Betroffenen nur aus Gründen der Vereinfachung stärker zu belasten oder zu begünstigen, obwohl sie ohne weiteres erkennbar ist und auch regelungstechnisch erfaßbar wäre. Es erscheint deshalb zumindest zweifelhaft, ob die vom Landesarbeitsgericht angenommene stillschweigende Regelung in dieser Form überhaupt zulässig wäre.

bb) Aus den Bestimmungen des BMTV über einzelne Arbeitsbedingungen, auf die sich das Landesarbeitsgericht zusätzlich gestützt hat, ergibt sich nichts anderes.

Das gilt zunächst für die Berücksichtigung von Zeiten der Arbeitsbereitschaft und Kabinenzeiten als Arbeitszeit (§ 14 Abs. 1 i.V.m. § 2 BMTV). Es ist nicht erkennbar, inwieweit Arbeitsbereitschaft besonders im Zusammenhang mit Nachtarbeit anfallen soll. Auch der Aufenthalt in der Kabine, während ein anderer Fahrer am Steuer sitzt, ist keine Besonderheit der Nachtarbeit. Vielmehr fallen Kabinenzeiten unabhängig von der Tageszeit immer dann an, wenn das Fahrzeug auf langen Strecken aufgrund der Vorschriften über die höchstzulässigen Lenkzeiten mit zwei Fahrern besetzt ist, die sich ablösen.

Auch das Verbot von Kilometer- oder Mengenprämien (§ 14 Abs. 2 BMTV) hat keinen erkennbaren Bezug zur Nachtarbeit. Es ist für Tagesfahrten in gleicher Weise bedeutsam wie für solche zur Nachtzeit. Weiter läßt die Bestimmung über die Dauer des Urlaubs (§ 16 Abs. 6 BMTV) hier keine Schlüsse zu, weil der Anspruch auf



Zusatzurlaub allein von der Dauer der Betriebszugehörigkeit und nicht etwa vom Umfang der geleisteten Nachtarbeit abhängt. Auch der Anspruch auf einen unbezahlten freien Tag pro Monat (§ 10 Abs. 4 BMTV) steht allen Fahrern zu und hängt nicht mit Nachtarbeit zusammen. Schließlich bietet auch die Spesenregelung (§ 15 BMTV) entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keinen Anhaltspunkt dafür, daß sie über die reine Dauer der Betriebsabwesenheit hinaus Fahrten zur Nachtzeit besonders berücksichtigen würde und Vergütungsteile enthielte.

c) Der MTV NRW enthält ebenfalls keine Ausgleichsregelung, durch welche der Anspruch nach § 6 Abs. 5 ArbZG hier ausgeschlossen wäre. Der Anspruch auf Zuschlag für Nachtarbeit nach § 3 Nr. 3 MTV NRW ist hier schon deshalb ohne Bedeutung, weil diese Bestimmung zu denjenigen gehört, deren Anwendung auf das Fahrpersonal des Güterfernverkehrs nach § 16 Nr. 1 MTV NRW "suspendiert" ist, solange der BMTV gilt. Im übrigen nimmt § 3 Nr. 3 Abs. 2 MTV NRW das Fahrpersonal im Güterfernverkehr ausdrücklich von dem Anspruch auf Zuschlag aus. Der vom Landesarbeitsgericht hieraus gezogene Schluß, insoweit hätten die Tarifvertragsparteien eben die in anderen Arbeitsbedingungen der Fernfahrer liegenden Gegenleistungen als ausreichenden Ausgleich angesehen, überzeugt nicht. Näher liegt die Annahme, daß die mit dem Zuschlag verbundene zusätzliche Kostenbelastung für den Fernverkehr angesichts der im Vergleich zum Güternahverkehr unterschiedlichen, durch internationalen Wettbewerb geprägten Lage nicht durchsetzbar war.

2. Der in § 6 Abs. 5 ArbZG vorgeschriebene Ausgleich für Nachtarbeit kann durch die Gewährung bezahlter freier Tage, durch



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

einen Entgeltzuschlag oder durch eine Kombination von beidem erfüllt werden. Die Arbeitgeberin hat insoweit ein Wahlrecht. Bei dessen Ausübung hat der Betriebsrat mitzubestimmen.

a) Die Art des Ausgleichs ist der Arbeitgeberin nicht vorgeschrieben. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Meinung (Buschmann/Ulber, Arbeitszeitrechtsgesetz, § 6 ArbZG Rz 19; Linnenkohl, Arbeitszeitgesetz, § 6 Rz 33) ergibt sich aus dem Gesetz keine rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers, den Ausgleich in erster Linie in Form von Freizeit zu gewähren (Dobberahn, aaO, Rz 91; Roggendorff, aaO, § 6 Rz 41; Kasseler Handbuch ArbR/Schliemann, Nr. 2.5 Rz 405; Zmarzlik/Anzinger, aaO, § 6 Rz 58). Zwar ist nicht zu verkennen, daß diese Form der Kompensation dem nach § 1 Nr. 1 ArbZG verfolgten Ziel des Gesundheitsschutzes in höherem Maße entspricht als die Zahlung von Lohnzuschlägen. Das Gesetz enthält aber keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber aus einer solchen Erwägung rechtliche Konsequenzen gezogen hätte. Nach dem Wortlaut sind beide Ausgleichsmöglichkeiten gleichrangig. Es fehlt auch jeder gesetzliche Maßstab, nach dem entschieden werden könnte, wann ein Lohnzuschlag an die Stelle eines eigentlich vorrangigen Freizeitausgleichs treten sollte. Die Erwägungen von Linnenkohl (aaO), der insoweit auf die Zumutbarkeit für den Arbeitgeber abstellen will, finden im Gesetz ebenfalls keine Stütze. Vielmehr sprechen die Gesetzesmaterialien dafür, daß der Gesetzgeber beide Kompensationsformen als gleichrangig angesehen hat: Im Ausschlußbericht wird betont, daß auch die Festlegung des tariflichen Grundentgelts eine den Anspruch nach § 6 Abs. 5 ArbZG ausschließende tarifliche Ausgleichsregelung darstellen könne (BT-Drucks. 12/6990 S. 43).



b) Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Auswahlentscheidung der Arbeitgeberin ergibt sich zunächst aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.

§ 6 Abs. 5 ArbZG ist eine Vorschrift über den Gesundheitsschutz (§ 1 Nr. 1 ArbZG). Der dort vorgeschriebene Ausgleich soll die Nachtarbeit verteuern und damit zurückdrängen (vgl. Zmarzlik/Anzinger, aaO, § 6 Rz 11). Nachtarbeit ist nämlich gesundheitschädlich, wie inzwischen allgemein anerkannt wird (z.B. BVerfG Urteil vom 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 u.a. - AP Nr. 2 zu § 19 AZO, zu C I 2 a der Gründe; Neumann/Biebl, aaO, § 6 Rz 4).

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß der Ausgleichsanspruch nach § 6 Abs. 5 ArbZG nicht unmittelbar dem Gesundheitsschutz dient wie etwa die zeitliche Beschränkung der Nachtarbeit. Die gesetzlich vorgeschriebenen Ausgleichsleistungen nehmen der Nachtarbeit nicht ihre spezifische Gesundheitsgefährdung. Soweit § 6 Abs. 5 ArbZG einen Anspruch auf bezahlten Freizeitausgleich begründet, dient er zwar auch der Erholung und mag damit wenigstens in geringem Umfang die mit der Nachtarbeit verbundenen gesundheitlichen Belastungen kompensieren. Soweit jedoch ein Lohnzuschlag vorgesehen ist, wirkt sich dieser auf die Gesundheit des betroffenen Arbeitnehmers gar nicht aus. Im wesentlichen dient der Ausgleichsanspruch danach dem Gesundheitsschutz lediglich mittelbar, indem er die Nachtarbeit mit Zusatzkosten belastet und so für den Arbeitgeber weniger attraktiv macht.



- 17 -

Für die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist es indes-
sen unerheblich, ob eine Vorschrift dem Gesundheitsschutz unmit-
telbar oder mittelbar dient. Es ist im Arbeitsschutzrecht nicht
ungewöhnlich, daß Ziele der Arbeitssicherheit und des Gesund-
heitsschutzes durch lediglich mittelbar wirkende Maßnahmen ver-
folgt werden. Beispiele hierfür sind die ausdrücklich dem Ar-
beitsschutz dienenden Vorschriften des Arbeitssicherheitsgesetzes
über die Bestellung von Betriebsärzten und Fachkräften für Ar-
beitssicherheit sowie über die Bildung von Arbeitsschutzausschüs-
sen. So hat der Senat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1
Nr. 7 BetrVG bei der Entscheidung darüber bejaht, ob der Arbeit-
geber seiner Verpflichtung nach § 2 Abs. 1 ASiG durch die Bestel-
lung eines angestellten oder eines freiberuflich tätigen Be-
triebsarztes oder durch die Inanspruchnahme eines überbetriebli-
chen Dienstes von Betriebsärzten erfüllt (BAGE 31, 357 = AP Nr. 1
zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit). Für die Subsumtion einer
gesetzlichen Vorschrift unter § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist nach
dessen Wortlaut ihr Ziel maßgebend. Soll eine betriebliche Rege-
lung der "Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten"
oder dem "Gesundheitsschutz" dienen, so muß die gesetzliche Rah-
menvorschrift, die sie ausfüllt, ebenfalls diesen Zweck verfolgen
(vgl. Senatsbeschluß vom 2. April 1996 - 1 ABR 47/95 - AP Nr. 5
zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz, zu B II 2 der Gründe).
Welchen Weg und welche Mittel sie hierfür vorsieht, kann dabei
keine entscheidende Rolle spielen.

§ 6 Abs. 5 ArbZG ist auch, wie in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG
gefordert, eine Rahmenvorschrift. Er macht noch betriebliche Re-
gelungen notwendig, die festlegen, ob das im Gesetz vorgegebene



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Ziel des Ausgleichs für Nachtarbeit durch bezahlte Freizeit, durch einen Lohnzuschlag oder durch eine Kombination aus beidem erreicht werden soll.

c) Darüber hinaus ergibt sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Auswahlentscheidung aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (ebenso Zmarzlik/Anzinger, aaO, § 6 Rz 68). Insoweit geht es auch um eine Frage der betrieblichen Lohngestaltung, denn es müssen abstrakt-generelle Grundsätze festgelegt werden, welche die Lohnfindung betreffen. Diese Bewertung folgt aus dem Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, der nach ständiger Rechtsprechung (z.B. Senatsurteil vom 9. Juli 1996 - 1 AZR 690/95 - AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, zu II 2 a der Gründe) darin besteht, die Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Arbeitgebers orientierten Lohngestaltung zu schützen. Die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges sollen gesichert und die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit gewahrt werden. Eine solche Frage der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit stellt sich, wenn zu entscheiden ist, ob die mit Nachtarbeit verbundenen Belastungen durch Lohnzuschläge oder, bei unverändertem Entgelt, durch freie Tage ausgeglichen werden sollen. Einer Anwendung von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG steht hier nicht entgegen, daß die Auswahlentscheidung auch zu mehr bezahlter Freizeit führen kann. In diesem Fall wird nämlich wirtschaftlich ebenfalls die Lohngestaltung betroffen, da sich das Entgelt für die tatsächlich geleistete Arbeitszeit verändert.



3. Die Entscheidung darüber, wieviele bezahlte freie Tage oder in welcher Höhe Entgeltzuschläge nach § 6 Abs. 5 ArbZG zu beanspruchen sein sollen, ist nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG mitbestimmungsfrei. Die Ermittlung des angemessenen Umfangs der Kompensation ist nicht der betrieblichen Regelung überlassen, sondern eine Rechtsfrage der Billigkeit.

Allerdings ist der Umfang des Ausgleichsanspruchs, also die Dauer der Arbeitsbefreiung oder die Höhe des Zuschlags, in § 6 Abs. 5 ArbZG nicht beziffert. Entsprechende Vorschläge konnten sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen (vgl. Neumann/Biebl, aaO, § 6 Rz 24). Der Gesetzgeber begnügte sich vielmehr mit der Vorgabe, daß die Kompensation "angemessen" sein muß. In der Verwendung dieses Begriffs kommt eine gewisse Offenheit zum Ausdruck. Nach dem Gesetzeszweck soll einerseits zwischen den Belangen der betroffenen Arbeitnehmer, insbesondere nach dem Umfang und der Intensität ihrer Belastung durch Nachtarbeit, und andererseits den betrieblichen Notwendigkeiten und den wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers abgewogen werden.

Hieraus wird im Schrifttum teilweise geschlossen, der Arbeitgeber habe insoweit ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht, bei dessen Ausübung er nach § 315 Abs. 3 BGB gerichtlicher Kontrolle unterworfen sei (Buschmann/Ulber, aaO, § 6 ArbZG Rz 19; Kasseler Handbuch ArbR/Schliemann, Nr. 2.5 Rz 405; wohl auch Kraegeloh, aaO, § 6 Rz 10, und Roggendorff, aaO, § 6 Rz 41). Es kann hier dahinstehen, ob dies zutrifft, oder ob etwa eine Pflicht des Arbeitgebers zur Verhandlung mit den betroffenen Arbeitnehmern besteht, bei deren Verletzung diese auf eine der Bil-



lichkeit entsprechende Leistung klagen können (vgl. zu einer derartigen Konstellation BAG Urteil vom 18. Juni 1997 – 5 AZR 146/96 –, ⁱ zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen, zu I 2 der Gründe), oder ob sich der Umfang der Ausgleichsleistung unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Jedenfalls handelt es sich bei der Bestimmung der Angemessenheit der Kompensation nach § 6 Abs. 5 ArbZG trotz der hierbei bestehenden Spielräume letztlich um eine Rechtsfrage, bei welcher der Betriebsrat nicht nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitzubestimmen hat.

Dieterich

Rost

Wißmann

Münzer

Kehrman



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)