

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 15. Juli 2020  
- 10 AZR 123/19 -  
ECLI:DE:BAG:2020:150720.U.10AZR123.19.0

I. Arbeitsgericht Freiburg

Urteil vom 13. Juni 2018  
- 1 Ca 492/17 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg  
- Kammern Freiburg -

Urteil vom 11. Januar 2019  
- 9 Sa 58/18 -

---

Entscheidungsstichwort:

Nachtarbeitszuschläge nach § 6 Abs. 5 ArbZG

Leitsatz:

Art. 8 bis 12 der Richtlinie 2003/88/EG machen keine Vorgaben für die Höhe des als angemessen anzusehenden Nachtarbeitszuschlags nach § 6 Abs. 5 ArbZG. Konkrete Vorgaben zu der Höhe einer Entschädigung in Geld oder eines finanziellen Ausgleichs für Nachtarbeiter ergeben sich auch nicht aus dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG iVm. Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 des Übereinkommens 171 (1990) der Internationalen Arbeitsorganisation über Nachtarbeit.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren (teilweisen) Parallelsachen

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 123/19

9 Sa 58/18

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

15. Juli 2020

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Juli 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Pulz und Pessinger sowie den ehrenamtlichen Richter Schurkus und die ehrenamtliche Richterin Scheck für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Klägerin und der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 11. Januar 2019 - 9 Sa 58/18 - werden zurückgewiesen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 74 % und die Beklagte 26 % zu tragen. Hiervon ausgenommen sind die durch die Säumnis der Beklagten veranlassten Kosten, die die Beklagte zu tragen hat.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Zuschläge für Nachtarbeit. 1

Die nicht tarifgebundene Beklagte betreibt eine Seniorenresidenz in Freiburg im Breisgau, in der die Klägerin als Altenpflegerin arbeitet. Die Klägerin wird als Dauernachtwache zwischen 20:00 Uhr und 06:00 Uhr eingesetzt. Die Belastung der Klägerin entspricht der Normalbelastung einer Nachtarbeitnehmerin. Die Beklagte ist verpflichtet, eine bestimmte Zahl von Beschäftigten, darunter auch Pflegefachkräfte, im Nachtdienst einzusetzen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus § 10 Abs. 1 der baden-württembergischen Verordnung des Sozialministeriums über personelle Anforderungen für stationäre Einrichtungen (Landespersonalverordnung - LPersVO) vom 7. Dezember 2015 (*GBI. S. 1253*) iVm. § 10 Abs. 3 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 3 des baden-württembergischen Gesetzes für unterstützende Wohnformen, Teilhabe und Pflege (Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetz - WTPG) vom 20. Mai 2014 (*GBI. S. 241*). 2

Für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Mai 2016 bis 15. Juni 2017 zahlte die Beklagte an die Klägerin Nachtarbeitszuschläge für 959,4 Stunden iHv. 1.779,68 Euro auf der Grundlage von 15 % des Bruttostundenentgelts, das 12,37 Euro betrug. 3

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stehe ein Nachtarbeitszuschlag iHv. insgesamt 30 % zu. Für Nachtarbeit sei regelmäßig ein Zuschlag von 25 % angemessen, bei Dauernachtarbeit von 30 %. Der Umstand, dass die Tätigkeit zwingend nachts ausgeführt werden müsse, könne nicht dazu führen, dass der Nachtarbeitszuschlag geringer ausfalle. Die gesundheitlichen Belastungen durch die Nachtarbeit bestünden unabhängig davon, ob die Nachtarbeit vermeidbar oder unvermeidbar sei. In jedem Fall sei eine Beschäftigung in Dauernachtarbeit vermeidbar. Eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 6 Abs. 5 ArbZG stehe einem niedrigeren Nachtarbeitszuschlag entgegen. Daneben habe sie Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB iHv. 520,00 Euro. 4

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 5

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.779,68 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB hieraus seit Klagezustellung zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 520,00 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die Klägerin habe nur Anspruch auf Nachtarbeitszuschläge iHv. 15 % des Bruttostundenentgelts. Als Betreiberin einer stationären Altenpflegeeinrichtung sei sie verpflichtet, in einem bestimmten Umfang Pflegefachkräfte auch nachts einzusetzen. Deswegen könne der mit Nachtarbeitszuschlägen nach § 6 Abs. 5 ArbZG verfolgte Zweck, Nachtarbeit zu verteuern und dadurch möglichst zu vermeiden („Lenkungszweck“), nicht erreicht werden. Dieser Umstand sei mit einem Abschlag von mindestens 15 Prozentpunkten anzusetzen. Der daneben bezweckte Ausgleich für mit Nachtarbeit verbundene Belastungen („Ausgleichszweck“) sei mit zehn Prozentpunkten zu gewichten. Der Umstand, dass die Klägerin Dauernachtarbeit leiste, sei mit einem Aufschlag von fünf Prozentpunkten zu berücksichtigen. 6

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Versäumnisurteil stattgegeben und das Urteil auf den Einspruch der Beklagten aufrechterhalten. Auf die Berufung 7

der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert, das Versäumnisurteil teilweise aufgehoben und der Klägerin lediglich weitere Nachtarbeitszuschläge iHv. 5 % des Bruttostundenentgelts und damit 593,88 Euro brutto nebst Zinsen zugesprochen. Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht ist demnach einschließlich der gezahlten Beträge von Ansprüchen auf Nachtarbeitszuschläge iHv. insgesamt 20 % des Bruttostundenentgelts ausgegangen. Mit den vom Landesarbeitsgericht für beide Parteien zugelassenen Revisionen begehrt die Klägerin, dass die erstinstanzliche Entscheidung in vollem Umfang wiederhergestellt wird, und die Beklagte, dass die Klage vollständig abgewiesen wird.

### **Entscheidungsgründe**

- Die Revisionen sind zulässig, aber unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise abgeändert. 8
- A. Die Revisionen sind zulässig. 9
- I. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 1 ZPO muss der Revisionskläger die Revision begründen. Die Begründung muss nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO diejenigen Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergeben soll. Dies erfordert die konkrete Darlegung der Gründe, aus denen das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll. Die Revisionsbegründung muss den angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts dabei in einer Weise aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Die Revisionsbegründung hat sich deshalb mit den tragenden Gründen des Berufungsurteils auseinanderzusetzen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Revisionsführer das angefochtene Urteil im Hinblick auf das Rechtsmittel überprüft und mit Blickrichtung auf die Rechtslage durchdenkt. Außerdem soll die Revisionsbegründung durch die Kritik des ange- 10

fochtenen Urteils zur richtigen Rechtsfindung durch das Revisionsgericht beitragen (*BAG 21. August 2019 - 7 AZR 563/17 - Rn. 17; 30. August 2017 - 7 AZR 864/15 - Rn. 12, BAGE 160, 133*).

II. Diesen Anforderungen genügen die Revisionsbegründungen der Parteien. Sie haben sich hinreichend mit den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts auseinandergesetzt. 11

1. Im Hinblick auf die Nachtarbeitszuschläge haben die Parteien aufgezeigt, aus welchen Gründen die vom Berufungsgericht als angemessen angesehene Höhe der Nachtarbeitszuschläge aus ihrer jeweiligen Sicht als zu hoch oder zu niedrig anzusehen ist. 12

2. Die Revision der Klägerin ist auch zulässig, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Landesarbeitsgericht keine Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB zugesprochen hat. 13

a) Bei den geltend gemachten Ansprüchen aus § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB handelt es sich um eigene Streitgegenstände, die neben den begehrten Nachtarbeitszuschlägen stehen (*vgl. BAG 24. Oktober 2019 - 8 AZR 528/18 - Rn. 18 ff.*). Werden mehrere selbständige prozessuale Ansprüche zu- oder aberkannt, muss das Rechtsmittel grundsätzlich hinsichtlich jedes Anspruchs, über den zulasten des Rechtsmittelführers entschieden worden ist, begründet werden (*BAG 24. Oktober 2019 - 8 AZR 528/18 - aaO; 30. Januar 2019 - 5 AZR 450/17 - Rn. 20, BAGE 165, 168*). 14

b) Die Klägerin hat sich in der Revisionsbegründung nicht mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts auseinandergesetzt, aus welchen Gründen ein Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB materiell nicht bestehe. Sie hat lediglich gerügt, dass die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts im Hinblick auf die Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB nicht hinreichend begründet und deshalb insoweit unzulässig gewesen sei. Das genügt, um die Revision auch in Bezug auf die Pauschalen hinreichend nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO 15

zu begründen. Ob die Berufung in diesem Punkt tatsächlich unzulässig war, ist eine Frage der Begründetheit der Revision.

aa) Die Zulässigkeit der Berufung ist eine von Amts wegen zu prüfende Prozessfortsetzungsvoraussetzung (vgl. BAG 24. Oktober 2019 - 8 AZR 509/18 - Rn. 18; 28. August 2019 - 10 AZR 549/18 - Rn. 10, BAGE 167, 361). Sofern das Berufungsgericht übersieht, dass die Berufung bereits unzulässig ist, handelt es sich um einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangel (vgl. Stein/Jonas/Jacobs ZPO 23. Aufl. § 557 Rn. 25 f.). 16

bb) Aus dem Wortlaut von § 551 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Rüge eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangels nicht genügen sollte, um die Revision ausreichend zu begründen. 17

cc) Der Sinn und Zweck von § 551 ZPO verdeutlicht, dass es ausreicht, wenn der Revisionsführer rügt, die Berufung des Gegners sei bezüglich eines Streitgegenstands unzulässig gewesen, um die Revision hinreichend zu begründen. Zweck der gesetzlichen Regelungen des § 551 ZPO ist es, formale und nicht auf den konkreten Streitfall bezogene Revisionsbegründungen auszuschließen, um dadurch auf eine Zusammenfassung und Beschleunigung des Verfahrens in der Revisionsinstanz hinzuwirken. Gericht und Gegner sollen allein aus der Revisionsbegründung erkennen können, welche Gesichtspunkte der Revisionskläger seiner Rechtsverfolgung oder -verteidigung zugrunde legen, insbesondere welche tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des angegriffenen Urteils er bekämpfen und auf welche Gründe er sich hierfür stützen will (vgl. BGH 25. Januar 1990 - IX ZB 89/89 - zu II der Gründe; 5. Oktober 1983 - VIII ZR 224/82 - zu I 2 a der Gründe; BeckOK ZPO/Kessal-Wulf Stand 1. Juli 2020 § 551 Rn. 1). Diesem Zweck genügt die Rüge im Revisionsverfahren, die Berufung sei hinsichtlich eines Streitgegenstands mangels ausreichender Begründung unzulässig gewesen. 18

dd) Es kann dahinstehen, ob die Rüge der unzulässigen Berufung die gesteigerten Anforderungen an eine Verfahrensrüge iSv. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 19

Buchst. b ZPO erfüllen muss, wenn keine anderen Rechtsmittelrügen erhoben werden. Im zu entscheidenden Fall erfüllt die Revisionsbegründung die Anforderungen an eine Verfahrensrüge iSv. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO. Danach müssen Verfahrensrügen die Bezeichnung der Tatsachen enthalten, die den Mangel ergeben, auf den sich die Revision stützen will. Auch die Kausalität zwischen Verfahrensmangel und Ergebnis des Berufungsurteils muss dargelegt werden (*BAG 20. März 2019 - 4 AZR 595/17 - Rn. 10; 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 25, BAGE 151, 221*). Die Revisionsbegründung der Klägerin bezeichnet die Tatsachen konkret, aus denen sich der Mangel ergeben soll. In ihr ist ausgeführt, dass sich die Berufungsbegründung der Beklagten mit dem Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB nicht auseinandergesetzt habe. Die Kausalität zwischen dem angenommenen Verfahrensmangel und dem Ergebnis des Berufungsurteils wird ebenfalls aufgezeigt. Die Klägerin nimmt an, dass die Berufung bei zutreffender Rechtsanwendung als unzulässig zu verwerfen gewesen wäre.

B. Die Revisionen der Klägerin und der Beklagten sind unbegründet. 20

I. Die als Prozessfortsetzungsvoraussetzung erforderliche Zulässigkeit der Berufung der Beklagten ist gegeben (*vgl. BAG 28. August 2019 - 10 AZR 549/18 - Rn. 10, BAGE 167, 361; 3. Juli 2019 - 10 AZR 499/17 - Rn. 12 mwN, BAGE 167, 196*). Die Beklagte hat sich in ihrer Berufungsbegründung hinreichend iSv. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils auseinandergesetzt (*vgl. BAG 28. August 2019 - 10 AZR 549/18 - Rn. 12, aaO*). Im Hinblick auf die Verurteilung zu der Zahlung von Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB iHv. 520,00 Euro gilt nichts anderes. Zwar finden sich dazu keine Ausführungen in der Berufungsbegründung. Eine eigenständige Begründung der Berufung ist jedoch entbehrlich, wenn mit der Begründung der Berufung über den einen Streitgegenstand zugleich dargelegt ist, dass die Entscheidung über den anderen unrichtig ist (*vgl. BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 450/17 - Rn. 20, BAGE 165, 168; 20. Februar 2018 - 1 AZR 531/15 - Rn. 13*). Das ist der Fall, wenn die Begründetheit des einen Anspruchs denknotwendig von der des anderen abhängt (*BAG*



24. Oktober 2019 - 8 AZR 528/18 - Rn. 18). Es genügt daher, dass sich die Beklagte in der Berufungsbegründung ausreichend mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts zu dem Anspruch der Klägerin auf höhere Nachtarbeitszuschläge auseinandergesetzt hat. Die Berufung ist damit auch in Bezug auf die von den Nachtarbeitszuschlägen abhängigen Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB zulässig.

II. Die Beklagte hat zulässigerweise gegen das ihr am 6. Februar 2018 zugestellte Versäumnisurteil vom 24. Januar 2018 Einspruch eingelegt. Die Zulässigkeit des Einspruchs ist eine von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung, von der das gesamte weitere Verfahren nach Einlegung des Einspruchs abhängt. Sie ist in allen Instanzen von Amts wegen zu prüfen, weil das rechtskräftige Versäumnisurteil dem weiteren Verfahren entgegensteht (*BGH 20. Mai 2014 - VI ZR 384/13 - Rn. 7 mwN*). Die Beklagte hat mit ihrer am 12. Februar 2018 beim Arbeitsgericht eingegangenen Einspruchsschrift die nach § 59 Satz 1 ArbGG geltende Wochenfrist gewahrt. 22

III. Die Klage ist zulässig. Sie ist auch hinsichtlich der Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Allerdings erstrebt die Klägerin höhere Nachtarbeitszuschläge für insgesamt 14 Monate vom 1. Mai 2016 bis 15. Juni 2017, jedoch nur Pauschalen iHv. 520,00 Euro. Das entspricht 13 Pauschalen von jeweils 40,00 Euro. Die Klägerin hat den Zeitraum, für den diese 13 Pauschalen verlangt werden, ursprünglich nicht eingegrenzt. Damit war die Klage zunächst nicht hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. In der Revisionsverhandlung hat die Klägerin jedoch klargestellt, dass sie Pauschalen für den Zeitraum vom 1. Mai 2016 bis 31. Mai 2017, also für 13 Monate, geltend macht. Eine solche Klarstellung ist auch noch in der Revisionsinstanz möglich (*BGH 19. Juli 2018 - VII ZR 19/18 - Rn. 17 mwN*). 23

IV. Die Klage ist teilweise begründet. 24

1. Die Klägerin hat Anspruch auf weitere Nachtarbeitszuschläge nach § 6 Abs. 5 ArbZG iHv. 593,88 Euro brutto. Das Landesarbeitsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise entschieden, dass die Klägerin insgesamt Anspruch auf Nachtarbeitszuschläge iHv. 20 % ihres Bruttostundenentgelts hat. 25
- a) Nach § 6 Abs. 5 ArbZG ist der Arbeitgeber, soweit eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung nicht besteht, verpflichtet, dem Nachtarbeitnehmer (§ 2 Abs. 5 ArbZG) für die während der Nachtzeit (§ 2 Abs. 3 ArbZG) geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Der Arbeitgeber kann wählen, ob er den Ausgleichsanspruch durch Zahlung von Geld, durch bezahlte Freistellung oder durch eine Kombination von beidem erfüllt. Die gesetzlich begründete Wahlschuld (§ 262 BGB) konkretisiert sich auf eine der geschuldeten Leistungen erst dann, wenn der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ausübt (*BAG 13. Dezember 2018 - 6 AZR 549/17 - Rn. 16; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 15 mwN, BAGE 153, 378*). 26
- aa) Nach gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen ist Nachtarbeit grundsätzlich für jeden Menschen schädlich und hat negative gesundheitliche Auswirkungen (*BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - zu C I 2 a der Gründe, BVerfGE 85, 191; BAG 21. März 2018 - 10 AZR 34/17 - Rn. 49, BAGE 162, 230; 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17 - Rn. 39, BAGE 160, 325; Schlachter/Heinig/Bayreuther Europäisches Arbeits- und Sozialrecht [EnzEuR Bd. 7] § 11 Rn. 33; EuArbRK/Gallner 3. Aufl. RL 2003/88/EG Art. 8 Rn. 3 mwN*). Es ist anerkannt, dass Nachtarbeit umso schädlicher ist, in je größerem Umfang sie geleistet wird (*BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 17 mwN, BAGE 153, 378; vgl. auch den siebten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG; Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EU C 165 vom 24. Mai 2017 S. 42*). 27

bb) Die Regelungen in § 6 ArbZG sollen in erster Linie dem Schutz des Arbeitnehmers vor den schädlichen Folgen der Nacht- und Schichtarbeit dienen (BT-Drs. 12/5888 S. 21, 25 f.). § 6 Abs. 5 ArbZG soll für Nachtarbeiter einen angemessenen Ausgleich für die mit der Nachtarbeit verbundenen Beeinträchtigungen gewähren, ohne dass der Gesetzgeber Vorgaben zum Umfang des Ausgleichs macht (BT-Drs. 12/5888 S. 26). Soweit § 6 Abs. 5 ArbZG einen Anspruch auf bezahlten Freizeitausgleich begründet, tritt eine gesundheitsschützende Wirkung jedenfalls in den Fällen ein, in denen sich die Dauer der zu erbringenden Arbeitszeit für den Arbeitnehmer durch den bezahlten Freizeitausgleich insgesamt verringert und er zeitnah gewährt wird. Soweit ein Nachtarbeitszuschlag vorgesehen ist, wirkt er sich auf die Gesundheit des betroffenen Arbeitnehmers nicht aus. Die individuelle gesundheitliche Beeinträchtigung wird vielmehr kommerzialisiert (D. Ulber Anm. AP ArbZG § 6 Nr. 14 zu IV). Die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wird verteuert, um auf diesem Weg allgemein Nachtarbeit einzudämmen. Nachtarbeit soll für den Arbeitgeber weniger attraktiv sein. Außerdem soll der Nachtarbeitszuschlag den Arbeitnehmer in einem gewissen Umfang für die erschwerte Teilhabe am sozialen Leben entschädigen (BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 18 mwN, BAGE 153, 378; kritisch D. Ulber aaO).

cc) Zwischen den Alternativen des Belastungsausgleichs besteht nach der gesetzlichen Regelung kein Rangverhältnis, vor allem kein Vorrang des Freizeitausgleichs (Baeck/Deutsch/Winzer ArbZG 4. Aufl. § 6 Rn. 84; Neumann/Biebl ArbZG 16. Aufl. § 6 Rn. 24; näher Raab ZFA 2014, 237, 261 f.; aA J. Ulber in Buschmann/J. Ulber Arbeitszeitrecht ArbZG § 6 Rn. 62; derselbe AuR 2020, 157, 159). Die Angemessenheit iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG ist für beide Alternativen nach einem einheitlichen Maßstab zu beurteilen. Der Umfang der Ausgleichsverpflichtung hängt nicht davon ab, für welche Art des Ausgleichs sich der Arbeitgeber entscheidet. Vielmehr müssen sich die jeweiligen Leistungen nach ihrem Wert grundsätzlich entsprechen (BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 20, BAGE 153, 378; 1. Februar 2006 - 5 AZR 422/04 - Rn. 22).

dd) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stellt ein Zuschlag iHv. 25 % auf das jeweilige Bruttostundenentgelt bzw. die Gewährung einer entsprechenden Zahl von bezahlten freien Tagen regelmäßig einen angemessenen Ausgleich für geleistete Nachtarbeit iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG dar (BAG 25. April 2018 - 5 AZR 25/17 - Rn. 43, BAGE 162, 340; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 16, BAGE 153, 378; 16. April 2014 - 4 AZR 802/11 - Rn. 59, BAGE 148, 68; 11. Februar 2009 - 5 AZR 148/08 - Rn. 19; 1. Februar 2006 - 5 AZR 422/04 - Rn. 21; 27. Mai 2003 - 9 AZR 180/02 - zu I 4 b aa der Gründe; aus der Literatur HWK/Gäntgen 9. Aufl. ArbZG § 6 Rn. 20; Schaub/Linck ArbR-HdB 18. Aufl. § 69 Rn. 35; Hahn/Pfeiffer/J. Schubert/Lorenz Arbeitszeitrecht 2. Aufl. ArbZG § 6 Rn. 124; Schliemann ArbZG 4. Aufl. § 6 Rn. 85; J. Ulber in Buschmann/J. Ulber Arbeitszeitrecht ArbZG § 6 Rn. 68; ErfK/Wank 20. Aufl. ArbZG § 6 Rn. 14). 30

(1) Eine Erhöhung oder Verminderung des Regelwerts kommt in Betracht, wenn die Umstände, unter denen die Arbeitsleistung zu erbringen ist, den regelmäßig angemessenen Wert von 25 % wegen der im Vergleich zum Üblichen höheren oder niedrigeren Belastung als zu gering oder zu hoch erscheinen lassen. Die Höhe des angemessenen Nachtarbeitszuschlags richtet sich nach der Gegenleistung, für die sie bestimmt ist (BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 27, BAGE 153, 378; 11. Februar 2009 - 5 AZR 148/08 - Rn. 12). 31

(2) Der Zuschlag auf das Bruttoentgelt oder die Zahl bezahlter freier Tage kann sich erhöhen, wenn die Belastung durch die Nachtarbeit unter qualitativen (Art der Tätigkeit) oder quantitativen (Umfang der Nachtarbeit) Gesichtspunkten die gewöhnlich mit der Nachtarbeit verbundene Belastung übersteigt. Das ist regelmäßig der Fall, wenn ein Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag oder nach Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber dauerhaft in Nachtarbeit tätig wird („Dauernachtarbeit“). Bei einer Arbeitsleistung in Dauernachtarbeit erhöht sich der Anspruch in der Regel auf 30 % (BAG 25. April 2018 - 5 AZR 25/17 - Rn. 50 mwN, BAGE 162, 340; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 28 mwN, BAGE 153, 378; Schaub/Linck ArbR-HdB 18. Aufl. § 69 Rn. 35). 32

(3) Ein geringerer als der regelmäßige Zuschlag von 25 % auf das dem Arbeitnehmer zustehende Bruttoarbeitsentgelt kann nach § 6 Abs. 5 ArbZG genügen, wenn die Belastung durch die Nachtarbeit im Vergleich zu der üblichen Situation geringer ist. Der nächtliche Bereitschaftsdienst zB ist auch in seinen inaktiven Teilen arbeitszeitrechtlich Arbeitszeit und keine Ruhezeit (*grundlegend EuGH 9. September 2003 - C-151/02 - [Jaeger] Rn. 48 ff.; 3. Oktober 2000 - C-303/98 - [Simap] Rn. 48 ff.; dem zustimmend BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 31 mwN, BAGE 157, 347; Preis/Sagan/D. Ulber EuArbR 2. Aufl. Rn. 7.129 ff.*). Bereitschaftsdienste sind nach § 6 Abs. 5 ArbZG ausgleichspflichtig (*BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 11 ff., BAGE 131, 215; Anzinger/Koberski ArbZG 5. Aufl. § 6 Rn. 78a*). Ein geringerer Zuschlag als 25 % des Bruttoarbeitsentgelts kann wegen des Charakters des Zuschlags als Entgeltbestandteil und finanzieller Ausgleich jedoch angemessen sein. Während des nächtlichen Bereitschaftsdienstes ist typischerweise davon auszugehen, dass es zu inaktiven Zeiten der Entspannung und einer geringeren Arbeitsbelastung kommt (*vgl. BAG 25. April 2018 - 5 AZR 25/17 - Rn. 44, BAGE 162, 340; 18. Mai 2011 - 10 AZR 369/10 - Rn. 25*). Das Unionsrecht steht dem nicht entgegen. Die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, Entgeltansprüche entsprechend den Definitionen der Begriffe der Arbeitszeit und der Ruhezeit in Art. 2 der Richtlinie 2003/88/EG zu begründen (*EuGH 21. Februar 2018 - C-518/15 - [Matzak] Rn. 49 f.; BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 18*).

33

(4) Nach der Art der Arbeitsleistung ist auch zu beurteilen, ob der vom Gesetzgeber mit dem Entgeltzuschlag verfolgte Zweck, im Interesse der Gesundheit des Arbeitnehmers Nachtarbeit zu verteuern und auf diesem Weg einzuschränken, zum Tragen kommen oder nur die mit der Nachtarbeit verbundene Erschwernis ausgeglichen werden kann (*BAG 25. April 2018 - 5 AZR 25/17 - Rn. 44, BAGE 162, 340; 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - zu I 4 a und b der Gründe, BAGE 115, 372; vgl. auch Polzin SR 2019, 303, 314, der das Ziel, Nachtarbeit einzudämmen, ohne Gesetzesänderung für nicht durchsetzbar hält*). Eine Verringerung des Zuschlags mit der Begründung, dass Nachtarbeit unvermeidbar ist, kommt nur in Fällen in Betracht, in denen die Nachtarbeit aus zwingenden technischen Gründen oder aus zwingend mit der Art der Tätigkeit verbundenen

34

Gründen bei wertender Betrachtung vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des § 6 Abs. 5 ArbZG unvermeidbar ist (*BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 29, BAGE 153, 378; einer Verringerung der Zuschläge bei unvermeidbarer Nachtarbeit im Ergebnis mit näherer Begründung zustimmend Raab ZFA 2014, 237, 273; kritisch Polzin SR 2019, 303, 308 f.; ablehnend ArbG Trier 21. Juni 2016 - 3 Ca 1527/15 - zu A 2 b der Gründe; D. Ulber Anm. AP ArbZG § 6 Nr. 14 zu V und VI; J. Ulber AuR 2020, 157, 160 mwN*). Zuletzt ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einschränkend angenommen worden, dass ein „Abweichen nach unten“ nur dann in Betracht kommt, wenn - wie etwa im Rettungswesen - überragende Gründe des Gemeinwohls die Nachtarbeit zwingend erfordern (*BAG 25. April 2018 - 5 AZR 25/17 - Rn. 56, BAGE 162, 340; kritisch zu diesem Kriterium Polzin SR 2019, 303, 310 f.*).

b) Die Bewertung eines Nachtarbeitszuschlags iHv. 20 % als angemessen iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG durch das Landesarbeitsgericht hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 35

aa) Bei dem Merkmal „angemessen“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt. Er ist vom Revisionsgericht nur darauf zu überprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*BAG 25. April 2018 - 5 AZR 25/17 - Rn. 37, BAGE 162, 340; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 36, BAGE 153, 378*). Aufgrund des Beurteilungsspielraums ist es möglich, dass verschiedene Landesarbeitsgerichte oder verschiedene Kammern eines Landesarbeitsgerichts bei vergleichbarem Sachverhalten in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise unterschiedliche Zuschlagshöhen als angemessen iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG ansehen. Feste höchstrichterliche Werte über Richtwerte hinaus lässt der trichterliche Beurteilungsspielraum nicht zu. 36

bb) Das Landesarbeitsgericht geht von dem richtigen Begriff der Angemessenheit iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG aus. Es legt seiner Entscheidung die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zugrunde, nach der ein Nachtarbeitszuschlag iHv. 25 % regelmäßig angemessen ist. Anschließend modifiziert es die Höhe des als angemessen anzusehenden Zuschlags und berücksichtigt dabei in seiner widerspruchsfreien Begründung sämtliche wesentlichen Umstände des Falls. 37

(1) Das Landesarbeitsgericht würdigt zutreffend den Umstand, dass die Klägerin in Dauernachtarbeit eingesetzt wird. Es erhöht den regelmäßig als angemessen iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG anzusehenden Zuschlag von 25 % aus diesem Grund um fünf Prozentpunkte. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*BAG 25. April 2018 - 5 AZR 25/17 - Rn. 50 mwN, BAGE 162, 340; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 28 mwN, BAGE 153, 378*). 38

(2) Andererseits nimmt das Landesarbeitsgericht einen Abzug von dem Nachtarbeitszuschlag iHv. zehn Prozentpunkten aufgrund des Umstands vor, dass Nachtarbeit in der von der Beklagten betriebenen Seniorenresidenz unvermeidbar ist. Ein gegenüber dem Regelwert reduzierter Zuschlag kann jedenfalls dann ausreichend sein, wenn überragende Gründe des Gemeinwohls die Nachtarbeit zwingend erfordern (*BAG 25. April 2018 - 5 AZR 25/17 - Rn. 56, BAGE 162, 340*). Auch ein deutlicher Abschlag iHv. zehn Prozentpunkten hält sich noch im Rahmen des dem Landesarbeitsgericht zukommenden Beurteilungsspielraums. 39

(a) Der mit dem Nachtarbeitszuschlag verfolgte Lenkungszweck, Nachtarbeit zu verteuern, um sie auf diese Weise möglichst einzuschränken, kann im zu entscheidenden Fall nicht erreicht werden. Die Beklagte betreibt eine stationäre Einrichtung iSv. § 3 WTPG. Nach § 10 Abs. 3 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 3 WTPG, §§ 1, 10 Abs. 1 LPersVO müssen in stationären Einrichtungen nach § 3 WTPG im Nachtdienst ständig mindestens eine Pflegefachkraft und mindestens pro 45 Bewohnerinnen und Bewohner je eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter eingesetzt werden. Der Träger einer stationären Einrichtung hat nach § 2 Abs. 1 LPersVO ua. durch seine Beschäftigten sicherzustellen, dass der Zweck des WTPG gewahrt wird. Der Zweck des WTPG liegt ua. darin, die Würde, die 40

Privatheit, die Interessen und Bedürfnisse volljähriger Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf oder volljähriger Menschen mit Behinderungen als Bewohner stationärer Einrichtungen vor Beeinträchtigungen zu schützen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WTPG). Neben weiteren von diesem Gesetz verfolgten Zwecken ist eine dem allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse entsprechende Qualität der Pflege und Betreuung zu sichern und eine angemessene Lebensgestaltung zu ermöglichen (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 WTPG). Die Besetzungsregeln des § 10 Abs. 1 LPersVO für Zeiten der Nachtdienste dienen dazu, diese Gesetzeszwecke zu erreichen. Sie sollen vor allem die Würde der dort wohnenden Menschen wahren und die Qualität der Pflege sichern. Die nächtliche Mindestbesetzung ist daher, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend aufgezeigt hat, aus überragenden Gründen des Gemeinwohls erforderlich. Der Ausgangspunkt des Landesarbeitsgerichts, dass die Klägerin in Dauernachtschicht eingesetzt worden ist, um die Mindestbesetzung im Nachtdienst zu gewährleisten, wird von der Klägerin nicht mit Revisionsrügen angegriffen.

(b) Die Klägerin kann nicht mit Erfolg geltend machen, ein Abschlag von zehn Prozentpunkten wegen der Unvermeidbarkeit der Nachtarbeit sei mit der Schutzpflicht des Staats für das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht zu vereinbaren. 41

(aa) Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber in seiner Grundsatzentscheidung zu der Unvereinbarkeit des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen mit Art. 3 Abs.1 und Abs. 3 GG aufgegeben, den Schutz der Arbeitnehmer vor den schädlichen Folgen der Nachtarbeit neu zu regeln. Eine solche Regelung war notwendig, um die Schutzpflicht des Staats für das Recht auf körperliche Unversehrtheit zu erfüllen (*BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - zu C III 3 der Gründe, BVerfGE 85, 191*). Gleichzeitig dienen die Regelungen des § 6 ArbZG dazu, die Richtlinie 2003/88/EG umzusetzen (*BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 18, BAGE 153, 378*). 42

(bb) Die Schutzpflicht des Staats für das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG steht nicht der Annahme entgegen, dass 43



die Unvermeidbarkeit der Nachtarbeit mit einem Abschlag von zehn Prozentpunkten berücksichtigt werden kann. Nach dem gesetzgeberischen Schutzkonzept für Nachtarbeitnehmer dienen das Erfordernis, die Arbeitszeit nach den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit festzulegen, die Begrenzung der werktäglichen Arbeitszeit, der Anspruch auf kostenlose arbeitsmedizinische Untersuchungen und der Anspruch auf Versetzung auf einen Tagesarbeitsplatz dem Gesundheitsschutz (§ 6 Abs. 1 bis Abs. 4 ArbZG). Dagegen wirkt sich ein Zuschlag nach § 6 Abs. 5 ArbZG unabhängig von seiner Höhe nicht auf die Gesundheit des betroffenen Arbeitnehmers aus (vgl. BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 18 mwN, BAGE 153, 378; 26. August 1997 - 1 ABR 16/97 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 86, 249).

(c) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Lenkungszweck bei einem Ausgleich nach § 6 Abs. 5 ArbZG in Geld nicht der „überbordende und wichtigste“ Zweckanteil. Bei unvermeidbarer Nachtarbeit muss der Abschlag daher nicht, wie die Beklagte meint, mindestens 15 Prozentpunkte betragen. Zwar dient ein Zuschlag auf das Bruttoarbeitsentgelt nicht der Gesundheit der betroffenen Arbeitnehmer. Dennoch bezweckt er nicht ausschließlich eine Verteuerung der Nachtarbeit, um diese möglichst weitgehend zu vermeiden. Vielmehr sollen diejenigen Arbeitnehmer, die Nachtarbeit leisten, zumindest einen angemessenen finanziellen Ausgleich für die mit der Nachtarbeit verbundenen Beeinträchtigungen erhalten und in einem gewissen Umfang für die erschwerte Teilhabe am sozialen Leben entschädigt werden (BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 18 mwN, BAGE 153, 378 mit Bezug auf BT-Drs. 12/5888 S. 26 für den Ausgleichszweck). Diese Zwecke lassen sich auch bei unvermeidbarer Nachtarbeit erreichen.

44

(d) Das Landesarbeitsgericht berücksichtigt, dass zumindest die individuelle Dauernachtarbeit der Klägerin - etwa durch Einführung eines Wechselschichtmodells - vermeidbar wäre. Allerdings erhöht das Landesarbeitsgericht den als angemessen anzusehenden Zuschlag aufgrund dieses Umstands nicht. Es stellt darauf ab, dass die Beklagte hinsichtlich der Höhe des Nachtarbeitszuschlags

45

nicht so zu behandeln sei wie ein Arbeitgeber, der vermeidbare Nachtarbeit anordne und sie dann in Dauernachtarbeit ausführen lasse. Das Landesarbeitsgericht gesteht der Beklagten damit zu, sich auch dann auf die Unvermeidbarkeit der Nachtarbeit zu berufen, wenn die individuelle Dauernachtarbeit vermeidbar wäre (*aA LAG Rheinland-Pfalz 7. Juni 2018 - 5 Sa 446/17 - zu II 1 b cc (2) der Gründe*). Diese Würdigung hält sich im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums.

cc) Der vom Landesarbeitsgericht als angemessen betrachtete Zuschlag von 20 % greift nicht unverhältnismäßig in das Recht der beklagten Arbeitgeberin aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. 46

(1) Die gesetzliche Verpflichtung, an Nachtarbeitnehmer bestimmte Nacharbeitszuschläge zu zahlen oder eine bestimmte Zahl freier Tage zu gewähren, lässt das Recht der Beklagten, Nachtarbeit anzuordnen und entsprechende Leistungen am Markt anzubieten, unberührt. Damit handelt es sich (nur) um eine Berufsausübungsregelung (*BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 45 mwN, BAGE 153, 378*). Um einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit rechtfertigen zu können, genügt es, wenn die vom Gesetzgeber verfolgten Gemeinwohlziele auf vernünftigen Erwägungen beruhen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten (*BVerfG 12. Januar 2016 - 1 BvL 6/13 - Rn. 52 f., BVerfGE 141, 82*). 47

(2) Grundsätzlich dient der Ausgleich nach § 6 Abs. 5 ArbZG dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei Nachtarbeit und damit einem legitimen, verfassungsrechtlich gebotenen Ziel (*vgl. BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - zu C III 3 der Gründe, BVerfGE 85, 191*). Die gesetzliche Regelung ist grundsätzlich geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn, um das Ziel des Gesundheitsschutzes zu erreichen (*näher BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 46, BAGE 153, 378*). 48

(3) Der gesetzliche Ausgleich nach § 6 Abs. 5 ArbZG greift in der hier gegebenen Fallgestaltung eines finanziellen Ausgleichs für unvermeidbare Nachtarbeit nicht unverhältnismäßig in die Berufsausübungsfreiheit der Beklagten ein. 49

Allerdings dient ein Zuschlag - anders als zeitnaher Freizeitausgleich - nicht der Gesundheit der betroffenen Arbeitnehmer. Bei nicht vermeidbarer Nachtarbeit ist ein Zuschlag auch nicht geeignet, den Gesundheitsschutz mittelbar zu fördern, indem er Arbeitgeber von der Anordnung von Nachtarbeit aus Kostengründen möglichst abhält. Gleichwohl stellt ein Zuschlag von 20 % hier keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Beklagten dar. Der Nachtarbeitszuschlag nach § 6 Abs. 5 ArbZG soll die mit der Nachtarbeit verbundenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und die erschwerte Teilhabe am sozialen Leben ausgleichen. Darin liegen - neben dem Gesundheitsschutz - weitere Zwecke des § 6 Abs. 5 ArbZG (vgl. BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 18, BAGE 153, 378; kritisch D. Ulber Anm. AP ArbZG § 6 Nr. 14 zu IV). Der Ausgleich für besondere Belastungen durch Nachtarbeit entspricht einem Gemeinwohlziel, das auf vernünftigen Erwägungen beruht. Ein Zuschlag iHv. 20 % ist auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn, diese Zwecke zu erreichen.

dd) Ein Anspruch auf einen höheren als den vom Landesarbeitsgericht als angemessen betrachteten Nachtarbeitszuschlag von 20 % ergibt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht aus unionsrechtlichen Erwägungen. 50

(1) Unionsrechtliche Regelungen zum Schutz von Nachtarbeitern finden sich insbesondere in Art. 8 bis 12 der Richtlinie 2003/88/EG. 51

(2) Entgegen der Auffassung der Klägerin steht Art. 12 Buchst. a der Richtlinie 2003/88/EG einem Nachtarbeitszuschlag iHv. 20 % nicht entgegen. Nach dieser Regelung treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit Nacht- und Schichtarbeitern hinsichtlich Sicherheit und Gesundheit in einem Maß Schutz zuteilwird, das der Art ihrer Arbeit Rechnung trägt. Die Richtlinie 2003/88/EG benennt damit zwar die Gesundheitsgefährdung durch Nachtarbeit, verpflichtet die Mitgliedstaaten aber - anders als etwa Art. 7 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 2002/15/EG im Hinblick auf Nachtarbeit bei Fahrpersonal - nicht ausdrücklich dazu, einen finanziellen Ausgleich vorzunehmen (vgl. BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 41, BAGE 153, 378). Abweichend 52

von der aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie 2003/88/EG erforderlichen Pflicht, die Arbeitszeit zu erfassen, enthalten weder Art. 12 Buchst. a noch die weiteren Regelungen in Art. 8 bis 12 der Richtlinie 2003/88/EG Vorgaben zu der Höhe eines Zuschlags für Nachtarbeit (*vgl. zu der Zeiterfassungspflicht nicht nur im Rahmen der Richtlinien für den Transportbereich, sondern auch auf der Grundlage der Arbeitszeitrichtlinie EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - [CCOO] Rn. 64 f.*). Anhaltspunkte dafür, dass das Schutzkonzept des § 6 ArbZG den Anforderungen der Art. 8 bis 12 der Richtlinie 2003/88/EG nicht gerecht wird, sind nicht ersichtlich.

(3) Nach dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG ist hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung den Grundsätzen der Internationalen Arbeitsorganisation Rechnung zu tragen. Das betrifft auch die für Nachtarbeit geltenden Grundsätze. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Übereinkommen 171 (1990) der Internationalen Arbeitsorganisation über Nachtarbeit (IAO-Übereinkommen 171) nicht ratifiziert (*BT-Drs. 13/2778 S. 5; Buschmann AuR 2019, 498, 502; Preis/Sagan/D. Ulber EuArbR 2. Aufl. Rn. 7.185*). Wegen des Verweises im sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG ist es dennoch zu berücksichtigen (*J. Schubert Arbeitsvölkerrecht S. 193; J. Ulber AuR 2020, 157; vgl. auch Buschmann/J. Ulber Arbeitszeitrecht Anhang - Europäische Union RL 2003/88/EG Fn. 80 zu 1, die eine Auslegungshilfe annehmen*). Nach Art. 3 Abs. 1 IAO-Übereinkommen 171 sind ua. Maßnahmen zu treffen, um die Gesundheit von Nachtarbeitern zu schützen und sie angemessen zu entschädigen. Art. 8 IAO-Übereinkommen 171 sieht vor, dass der Ausgleich für Nachtarbeiter in Form von Arbeitszeit, Entgelt oder ähnlichen Vergünstigungen der Natur der Nachtarbeit Rechnung zu tragen hat. Konkrete Vorgaben zu der Höhe einer Entschädigung in Geld oder eines finanziellen Ausgleichs für Nachtarbeiter enthält auch der sechste Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG iVm. Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 IAO-Übereinkommen 171 nicht (*vgl. Polzin SR 2019, 303, 306*). 53

(4) Art. 31 GRC erwähnt die Nachtarbeit in seinem Wortlaut nicht. Er regelt jedenfalls nicht die Höhe eines finanziellen Ausgleichs für Nachtarbeit. Für den 54

Senat stellt sich deshalb nicht die Frage, ob das in Art. 31 Abs. 2 GRC begründete Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen aus Art. 31 Abs. 1 GRC mit Blick auf Art. 8 Satz 1 Buchst. a, Art. 16 Buchst. b Satz 1 der Richtlinie 2003/88/EG konkretisiert (*in diesem Sinn Polzin SR 2019, 303, 306 mit Bezug auf NK-GA/Heuschmid/Lörcher GRC Art. 31 Rn. 35; aA EuArbRK/C. Schubert 3. Aufl. GRC Art. 31 Rn. 16*).

(5) Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht geboten. Unionsrechtliche Regelungen oder Vorgaben zu der Höhe von Nachtarbeitszuschlägen bestehen weder im Primärrecht des Art. 31 GRC noch im Sekundärrecht der Richtlinie 2003/88/EG. Die Höhe des finanziellen Ausgleichs aus § 6 Abs. 5 ArbZG ist nicht unionsrechtlich überformt. Art. 31 GRC und die Richtlinie 2003/88/EG regeln keine Fragen des Arbeitsentgelts, weil die Europäische Union hierfür nach Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht zuständig ist (*vgl. für die Richtlinie 2003/88/EG EuGH 21. Februar 2018 - C-518/15 - [Matzak] Rn. 49; 11. Januar 2007 - C-437/05 - [Vorel] Rn. 32 ff. mwN; Buschmann/J. Ulber Arbeitszeitrecht Anhang - Europäische Union RL 2003/88/EG Fn. 79 zu 6*). Der Senat muss den Gerichtshof der Europäischen Union deshalb nicht anrufen, um das Unionsrecht auszulegen. 55

c) Die weiteren Voraussetzungen eines Anspruchs auf Nachtarbeitszuschlag nach § 6 Abs. 5 ArbZG sind erfüllt. Tarifvertragliche Ausgleichsregelungen bestehen nicht. Die Klägerin ist Nachtarbeitnehmerin iSv. § 2 Abs. 5 Nr. 2 ArbZG. Mit der Leistung von Nachtarbeitszuschlägen hat die Beklagte von ihrem Wahlrecht nach § 262 BGB Gebrauch gemacht. 56

d) Der Höhe nach hat die Klägerin für den Zeitraum vom 1. Mai 2016 bis 15. Juni 2017 Anspruch auf rechnerisch unstreitige Nachtarbeitszuschläge von 593,88 Euro brutto (12,37 Euro x 959,4 Stunden x 20 % abzüglich gezahlter 1.779,68 Euro). 57

2. Der Zinsanspruch beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. 58

3. Auf die Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB iHv. insgesamt 59  
520,00 Euro hat die Klägerin keinen Anspruch (vgl. BAG 24. Oktober 2019  
- 8 AZR 528/18 - Rn. 21 ff.; 25. September 2018 - 8 AZR 26/18 - Rn. 8 ff., 23 ff.,  
BAGE 163, 309).

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 344 ZPO. Pau- 60  
schalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB sind Nebenforderungen, wenn sie neben  
der Hauptschuld geltend gemacht werden. Sie sind nach § 4 Abs. 1 Halbs. 2 ZPO  
in die Wertberechnung nicht einzubeziehen (vgl. BAG 27. März 2019 - 5 AZR  
591/17 - Rn. 12 ff., BAGE 166, 216). Gleichwohl sind sie im Rahmen der Kosten-  
entscheidung zu berücksichtigen (vgl. BGH 4. Juni 1992 - IX ZR 149/91 - zu B III  
der Gründe, BGHZ 118, 312; Zöller/Herget ZPO 33. Aufl. § 92 Rn. 3). Das Unter-  
liegen der Klägerin mit den Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB wirkt sich  
daher bei der Kostenquote zu ihren Lasten aus. Der Senat kann die Kostenent-  
scheidungen der Vorinstanzen nach § 308 Abs. 2 ZPO ohne entsprechende An-  
träge der Parteien ändern (BAG 30. Oktober 2019 - 10 AZR 567/17 - Rn. 68).

Gallner

Pessinger

Pulz

Schurkus

Scheck