

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Olaf Deinert und  
Prof. Dr. Rüdiger Krause,  
Institut für Arbeitsrecht  
der Georg-August-Universität  
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



## Abhandlungen

Social Rights Before the Italian Constitutional Court – A Voice from the Bench

*Silvana Sciarra* ..... Seite **285**

Teilzeitdiskriminierung, Überstundenzuschläge und Tarifautonomie –  
Kritische Gedanken zu BAG, 19.12.2018 – 10 AZR 231/18

*Gregor Thüsing/Regina Mathy* ..... Seite **292**

Der Zweck des Nachtarbeitsausgleichs gem. § 6 Abs. 5 ArbZG im Spiegel der  
Rechtsprechung: Widersprüche, Fehler, Lösungsmöglichkeiten

*Daniel Polzin* ..... Seite **303**

## Rezensionsaufsätze

*Hans Hanau/Wenzel Matiaske*, Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen  
und

*Isabell Hensel/Daniel Schönefeld/Eva Kocher/Anna Schwarz/Jochen Koch*,  
Selbstständige Unselbstständigkeit

*Armin Höland* ..... Seite **315**

# Familie, Pflege und Beruf



Kossens

## Pflegezeitgesetz und Familienpflegezeitgesetz

Basiskommentar  
4., aktualisierte Auflage  
2019. 215 Seiten, kartoniert  
€ 24,90

ISBN 978-3-7663-6873-7  
[www.bund-verlag.de/6873](http://www.bund-verlag.de/6873)

Das »Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf« entlastet Menschen, die Beruf und Pflege von Angehörigen in Einklang bringen müssen.

Klar, prägnant und gut verständlich erläutert der Basiskommentar die einzelnen Vorschriften des gesamten Pflegezeitrechts. Die vierte Auflage berücksichtigt die Rechtsprechung der Arbeits- und Sozialgerichte bis Juni 2019.

### Vorteile auf einen Blick

- Beantwortet arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen
- Berücksichtigt die aktuelle Rechtsprechung
- Zielt auf die Anforderungen und den Beratungsbedarf von Betriebs- und Personalräten

#### Soziales Recht

6/2019  
ISSN 2193-5157  
Dezember 2019, 9. Jahrgang

#### Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)  
Prof. Dr. Rüdiger Krause  
Institut für Arbeitsrecht der  
Georg-August-Universität Göttingen

#### in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

#### Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert  
Dr. Manfred Walser, LL.M.

#### Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der  
Georg-August-Universität Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 6  
37073 Göttingen  
Tel. 0551 / 39 – 279 48  
Fax: 0551 / 39 – 272 45  
E-Mail: sekretariat.deinert@  
jura.uni-goettingen.de

#### Verlag

Bund-Verlag GmbH

#### Geschäftsführer

Rainer Jöde

#### Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)  
Tel. 069/79 50 10-83

#### Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH  
Heddenheimer Landstraße 144  
60439 Frankfurt/Main  
(ladungsfähige Anschrift)  
Tel. 069/79 50 10-0  
Fax: 069/13 30 77-666

#### Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)  
Thorsten Kauf  
Tel. 069/79 50 10-602  
thorsten.kauf@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement  
der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift  
Arbeit und Recht enthalten.

#### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

#### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

#### Druck

Druckerei Marquardt GmbH, Aulendorf

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,  
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die  
Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des  
Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten  
Beiträge und Abbildungen sind  
urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der  
vorherigen Zustimmung des Verlages.

# Social Rights Before the Italian Constitutional Court – A Voice from the Bench\*

Prof. Silvana Sciarra, Judge of the Constitutional Court of Italy

Frankfurt is a place of inspiration for labour lawyers and the Sinzheimer lecture is a very special honour. For me this is also a place of reassurance: being here means the confirmation that labour law scholarship creates strong links throughout Europe and all over the world.

Frankfurt carries with it a long-lasting tradition of openness and respect in the circulation of ideas, something we should all value in our different commitments. This tradition is, first of all, the outcome of the comparative method that has been applied in different facets and has produced concrete implications, becoming the emblem of labour law in Frankfurt.

*Sinzheimer* strongly influenced a whole generation of labour lawyers, the ones that in the Nineteen Sixties started to develop original approaches to comparative labour law. They became influential in their own countries and contributed towards the innovation of national labour law.

The lesson they learnt was successfully transmitted to my generation. Labour law – as *Ruth Dukes*, who deeply investigated *Sinzheimer's* work pointed out – was not simply a tool to guarantee freedom for workers and oppose it to employers' prerogatives. It was a mean to a broader end, an attempt towards »democratising the economy«.<sup>1</sup>

The other emblem that Frankfurt displays to the world of labour law is inclusiveness for social partners. There is a solid recognition of their role, as essential protagonists of labour law in action and inventors of social dialogue. This unique module of European Labour and Social Law finds its home in Frankfurt and is enhanced through academic research, in constant cooperation with the social partners.<sup>2</sup>

It is particularly reassuring for me to be here at this time in my professional life.

Leaving the academia and the comfortable world of comparative labour law and European social law to become a judge at the Constitutional Court of Italy, meant for me to re-organize my priorities and talk to my conscience in a deeper and possibly more articulated way than I had done before. Hence, to be here means for me to put for-

ward my personal dilemmas and, at the same time, my gratification for all the Court has achieved over the years in what I consider to be my elective field as a lawyer. Dilemmas portray the field of labour and social law, since they epitomize all efforts made by legislatures in drawing a line between social justice and the optimal allocation of resources.<sup>3</sup> Constitutional courts are often called to play a role in this field and they do so maintaining their own approach as independent institutions.

As you can detect, talking to you I am experiencing something similar to an auto-analysis, placing myself in a friendly environment, which – I am confident – will offer me new insights and new energy.

The collegial work the Court privileges in all instances, including reading loudly the final draft of each decision, in order to collect suggestions and amendments and deliver the final text for publication, enhances respect and helps to develop a propensity to listen to each other and incorporate different points of view.

Nevertheless, the privilege I had in drafting several decisions dealing with labour law and social security and the sophisticated environment in which I speak today, allows me to bring into the picture a personal point of view, which in no way intends to be a criticism of collegiality, neither a disclosure of dissent, which – as you are all

\* This is a revised version of the »Sinzheimer-Vorlesung und Verleihung des Hugo Sinzheimer Preises« held in Frankfurt aM. on 26 June 2019, at Goethe-Universität. I am grateful to *Dr. A. Roberti* for revisions of the text and the footnotes. I take, as usual, all responsibilities for the final version.

1 *Dukes*, Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law, in: Davidov/Langille (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford 2011 and *The Labour Constitution: The Enduring Idea of labour Law*, Oxford 2014, [https://www.academia.edu/16834898/The\\_Labour\\_Constitution\\_the\\_Enduring\\_Idea\\_of\\_Labour\\_Law](https://www.academia.edu/16834898/The_Labour_Constitution_the_Enduring_Idea_of_Labour_Law) (20.9.2019).

2 The immense contribution offered by *Manfred Weiss* in this field is the best example of the combination of legal scholarship with the practice of social dialogue. A tribute to him in Höland/Hohmann-Dennhardt/Schmidt/Seifert (eds.), *Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt, liber amicorum Weiss*, Berlin 2005. This tradition is continued by *Bernd Waas*. See, in particular the research project he coordinates on *Restatement of labour law in Europe*, Waas/Heerma van Voss (eds.), Vol I: *The concept of employee*, Oxford 2017; Vol II: *Atypical employment relationships*, forthcoming.

3 Teubner (ed), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin ua. 1986.

aware – is not part of the rules governing constitutional adjudication in Italy. My attempt is to communicate with old and new friends and share my experience at the bench.

In order to do so, I have selected three main areas in which I intend to develop my conversation with you today. They all rotate around different notions of solidarity and display some different approaches the Italian Constitutional Court took in recent years.

## I. Stories of Solidarity: the centrality of the »person«

One of the most significant discoveries for a judge coming from academia is to feel empowered in reassessing a disequilibrium, which may have been originated by the wrong interpretation of the law and indeed by its contrast with the Constitution.

Doctrinal contributions on the notion of the weaker party in the contract of employment, which have nourished the best tradition of labour law and social security, still provide a thoughtful scheme of arguments and a coherent methodology at this time in the history of labour law.

Social rights – as they are enshrined in the Italian Constitution – bring with them the definition of »conventional« rights, in the words of constitutional scholarship.<sup>4</sup> They are the outcome of deep principles shared among men and women who wrote the Constitution; they were capable to go beyond dissent and to create a common constitutional language, a »convention«, which nourished the highest law and made it a long-lasting foundation for rights and principles.

*Sinzheimer's* work, in a different historical framework, followed this route and displayed a commitment towards an expanding notion of solidarity.<sup>5</sup>

Instead of being a »contested terrain«, social rights have been perceived over the years as a shared terrain of values. They promote respect for the individual as such and within groups and associations he or she belongs to. They connect, rather than separate; they are forward-looking, rather than conservative.

The special »climate« created at the time of writing the Constitution and the consent fostered around constitution-building is something that should be constantly reconsidered.

Cases in social security reaching the Court open up the most varied scenarios; they reveal the reality of people with

their weaknesses and their feelings of insecurity. Human beings are behind legal technicalities; they become visible to judges, as if their stories were projected and amplified on a screen.

This happens, for example, in cases involving benefits for disability or diseases connected to working conditions, notwithstanding the fact that the Constitutional Court does not enter the details of the merits, but simply adjudicates on the constitutionality of the laws challenged.

In the first case assigned to me as a judge rapporteur, a physician was the person involved. He developed a disease, which, due to a long incubation, became discernible only after he left service. The Court ruled unconstitutional the provision providing this benefit only for illnesses contracted during the employment relationship.<sup>6</sup>

I cannot forget my emotions in reading to my colleagues the first draft I wrote, after a thorough collegial discussion. Later on, when the judgment was published, I cultivated a secret undisclosed curiosity to know how that personal situation developed. Was the Court able and in time to reach that person and contrast the weakness of his position?

Equality and reasonableness are parameters adopted by the Court in a most interesting way, because they display the dynamic and very pragmatic notion of equality, capable of evolving and adapting to different situations.<sup>7</sup>

References to the social environment are, in some cases, recollections the Court makes in order to place constitutional rights and principles in a specific cultural context and evaluate them accordingly.

This was most visible for me in dealing with rather complicated cases of social security for agricultural workers. Legislation in that field still reflects an archaic work organization, based on discontinuity and lack of entrepreneurship, particularly in the South of Italy.

Expanding some forms of support, for example unemployment benefits, to individuals who felt excluded, the Court unveiled areas of inequalities and alerted the legislator to intervene and re-write a comprehensive reform

4 *Giannini*, Rilevanza costituzionale del lavoro, in: RGL, 1949, I, p. 9, ora anche in *Id.*, Scritti, Vol. III, Milano 2003, p. 107 ss.

5 The criticism developed by *Sinzheimer* to all forms of corporatism, during his exile in The Netherlands, is in *Ramm*, Il diritto collettivo del lavoro tedesco fra le due guerre mondiali, in: *Vardaro* (a cura di), Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi, Milano 1988, p. 153 ss.

6 ICC, Judgment no. 43/2015.

7 *Scaccia*, Gli »strumenti« della ragionevolezza nel giudizio costituzionale, Milano 2000.

in the field.<sup>8</sup> The social environment has changed – the Court argued – and so have employers in that sector of the economy.

However, referring to habits and diffused practices in society is not an easy step to take. Does the recollection of a social environment imply a specific and clearly identifiable picture of the best possible world? Is this ideal world the one in which each of us wants to see personal archetypes translated into rules?<sup>9</sup>

The question is whether there must be objectivity in observing an evolving society and whether a Constitutional Court should rely on a diffused sense of changes and develop a propensity to understand them as part of a changing society. Is a Constitutional Court objective by definition? Does it have the tools to understand societal changes?

Solidarity comes from the State. The Court simply has to pull together some threads, which are already there and at risk of being entangled within idiosyncratic approaches.

In other words, behind the cases dealing with individuals and with their rights to be protected, there is a web of rules supporting solidarity as a system rather than as a philosophical assumption. A court – be it national or supra-national – should rely on that web of rules and be ready to adapt solidarity to changing needs of the individuals.

Let us consider some examples.

The son of a severely disabled father – the former working in the North, the latter living in the South of Italy – is at the core of a Court's ruling. The intricacy of legislation, which would not allow the son to ask for permission to assist his father – he is the only son and no other members of the family are there to provide assistance – oriented the Court towards a decision, which is not a straightforward declaration of unconstitutionality.<sup>10</sup>

The crucial point at stake was related to the fact that the son was not, at the time of requesting permission to assist his father, permanently living with the latter. He was, in fact, working elsewhere, but would have moved to the same house where the disabled father lived alone, had he been granted permission to do so.

In this ruling the Court adds a provision that was not originally in the law. The right to leave work and assist a disabled father was granted to the son on the condition of re-establishing his residence with the father, under the same roof. Solidarity within the family prevails on the formalistic requirement of a previous and permanent cohab-

itation, showing attention to the – by now recurrent – condition of mobility of family members who seek employment and find it outside the original nucleus they belonged to. Hence, the Court should easily grasp changes in the structure of the family, when a prevailing constitutional right is at stake.

This was outstanding in a Court's decision ruling unconstitutional the law providing that a difference in age between the pensioner (70 years old) and his wife (20 years younger) would not allow the latter to receive a survivor's pension benefit, following her husband's death.<sup>11</sup>

Once more, solidarity within the family is behind this transferral of the pension to the surviving partner. The Court finds it irrational to have an age limit and even mentions the attention that should be devoted to elderly people living a full and rewarding family life at all ages.

A final example has to do with intergenerational solidarity, a concept not based on a clear-cut constitutional standing, but often coming to the attention of the Court.

The uncertainty of this particular ground, on which constitutional adjudication should be founded, is related to the special nature of rights and obligations that one should envisage for both older and younger generations. We are all aware of the implications that such assumptions have, in particular with environmental issues. It is the duty of the older generations to act in all possible ways in view of saving the planet, for the sake of younger generations. The latter – who are not necessarily holders of actionable rights – are nevertheless among those who should enhance solidarity and cooperate in delivering best practices. It is remarkable that such a long-sighted project is conveyed in a most acclaimed Encyclical letter, which showed the Pope's full awareness of the rights that are put at risk.<sup>12</sup>

The case of intergenerational solidarity I have in mind is different from the one I just mentioned, but is generated by similar assumptions. It has to do with a law denying the protraction of service for public employees – university

<sup>8</sup> ICC, Judgments no. 30/2019 and no. 194/2017.

<sup>9</sup> Comments on the notion of »social conscience« and on different approaches taken by the ICC in: *Zanon*, Corte costituzionale, evoluzione della »Coscienza Sociale«, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico, in Riv. AIC, n. 4/2017.

<sup>10</sup> ICC, Judgment no. 232/2018.

<sup>11</sup> ICC, Judgment no. 174/2016.

<sup>12</sup> Encyclical letter *Laudato si'* of Pope Francis on Care for our Common Home, Rome 2015.

professors, magistrates and state barristers – in view of opening up positions for younger people. The Court argued that there is no »right« as such to stay in service beyond the retiring age and that the effort on the part of the administration to rationalise its services should be appreciated. Arguments in favour of the constitutionality of the law are supported by the fact that the referring Court exhibited data on the resources that, once the retirement took place, would become available for the administration.<sup>13</sup>

In another case, introducing similar arguments, the Italian Constitutional Court held constitutional legislation – first entered into force in 2011 and reiterated in 2014 – which set an upper threshold on remunerations within the public sector and a maximum limit for the cumulative total of remuneration and pensions. The test, in this case, was on reasonableness of the measures adopted, all aimed at the rationalization of public spending, under restricted resources.<sup>14</sup>

This case is worth mentioning for the similarities with a CJEU's ruling. In *Florescu*,<sup>15</sup> the issue at stake was the adoption of legislation prohibiting the combination of public sector retirement pension with income from other activities carried out in public institutions, if the amount of the pension exceeds the amount of the average gross national salary, on the basis of which the Romanian social security budget was drawn up. The Court points to the discretion of national legislators in adopting measures, which are, nevertheless, connected with the obligations subscribed in Memoranda of Understanding.

The margin of appreciation that the CJEU recognizes to national legislators is a security valve and fortifies the balance of powers between parliaments and the judiciary. In *Florescu*, the Court explicitly stated its own intention not to interfere with the priorities set by the national legislator in deciding how to reduce the balance of payments, which was at the origin of requests of financial assistance to Romania. The law in question – the Court indicates – was temporary and had an exceptional nature, as it frequently happens with the planning of austerity measures by national governments. Relinquishing a parallel income for a paid professional activity with a public institution was the alternative required if the pensioners in question sought to continue receiving a full pension.

Neither an analogy, nor a comparative evaluation of the two cases, can be suggested. Each Court, be it national or supranational, is grounded on different premises and car-

ries specific competences, which also imply the adoption of different arguments and techniques of adjudication. However, for all these reasons, it is informative to enrich the inventory of such techniques and to expand the research on arguments offered by judges, when they are faced with the pressures of measures adopted in exceptional circumstances. Judicial strategies have, by all means, been relevant to re-establish a balance and to broaden the interpretation of EU law during the crisis.<sup>16</sup>

Great emphasis must be placed on proportionality as a leading criterion in constitutional adjudication. Proportionality is the expression of a »need to contain«; it applies as such to all areas of law.<sup>17</sup> It is true, though, that austerity measures implied greater efforts for both constitutional courts and the CJEU in drawing a balance between economic constraints and social rights. It is the responsibility of courts at all levels to express respect for the legislatures without losing contact with people and their aspirations towards solidarity.

## II. Collective labour law: national, international and European standards

I move now to collective social rights and in doing so I go back to my opening remark and recall the exercise of auto-analysis I feel prone to make today, in delivering the Sinzheimer lecture.

My background as a labour lawyer comes to the surface and I feel gratitude for scholars and mentors, as the ones associated with Frankfurt's rich cultural environment, who strengthened labour law traditions and gave voice to representative organizations and to collective bargaining.

The place collective agreements have occupied among legal sources is an acquisition for a democratic and pluralist order, the one that we have most valued in post-second

<sup>13</sup> ICC, Judgment no. 133/2016, English translation at: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/5133\\_2016.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/5133_2016.pdf) (20.9.2019).

<sup>14</sup> ICC, Judgment no. 124/2017, English translation at: [www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S\\_124\\_2017\\_EN.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_124_2017_EN.pdf) (20.9.2019).

<sup>15</sup> ECJ, 13.6.2017 – C-258/14 – juris (Florescu).

<sup>16</sup> I develop these arguments in *Sciarra*, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge 2018.

<sup>17</sup> *Scaccia*, *Proportionality and the balancing of rights in the case-law of the European Courts*, *federalismi.it* 2019, n. 4, p. 3, at <https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38092> (20.10.2019).

world constitutions. These achievements should not be lost and we know that they are put at risk, whenever market reasons become too dominant if not a »tyranny« against social rights.

In European countries hit by the economic and financial crisis, austerity measures often implied a re-definition of collective social rights and Constitutional courts, together with other international organizations and supranational courts, were asked to intervene. Italy too underwent a serious crisis. The legislator, among other measures, intervened with a substantial wage freeze in the public sector, implemented as a quick and efficient response to the crisis in 2011 and then prolonged in the following years.

The Constitutional Court ruled unconstitutional the statute, which originally introduced the wage freeze, and all subsequent measures, since they were found in contrast with freedom of association and the right to organize (Art. 39 para. 1 of the Constitution).

Because of a lack of resources, in turn due to the absence of governmental initiative, no collective bargaining took place, following the original measure adopted in 2011. In holding unconstitutional the original measure and all subsequent ones confirming the wage freeze, the Court explicitly stated the enforceability of its own ruling for the future, thus imposing an obligation on government to act consequentially.

In particular, the Court, which also recalled the judgment of 8 October 2013, *António Augusto da Conceição Mateus and Lino Jesus Santos Januário v. Portugal*, of the European Court of Human Rights, argued that:

»the [...] systematic nature of this suspension has thus crossed the line, thereby now striking an unreasonable balance between trade union freedom (Article 39(1) of the Constitution), which is indissolubly related to other values of constitutional standing and already subject to legislative limits and far-reaching auditor controls (Articles 47 and 48 of Legislative Decree no. 165 of 2001), and the requirements relating to the rational distribution of resources and control of spending within a coherent financial programme (Article 81(1) of the Constitution). [...] It is only now that the structural nature of the suspension of bargaining procedures has been made fully evident that it may hence be concluded that it has become unconstitutional on a supervening ex post basis, the effects of which will apply following publication of this judgment. 18.– Having removed with future effect the limits applicable to the conduct of bargaining procedures in relation to the financial aspect, it will be for the legislator to provide

a new impulse to the ordinary contractual dialectic, choosing the arrangements and forms that best reflect its nature, in a manner detached from any requirement as to the result. The essentially dynamic and procedural nature of collective bargaining may only be redefined by the legislator, in accordance with spending constraints, and will be without prejudice to the financial effects resulting from the provisions examined for the period that has already elapsed.«<sup>18</sup>

As the passage above shows, the implications of the Court's decision are closely connected to the peculiarities of collective bargaining and to the on going, dynamic function of negotiations, which are autonomously carried on by representatives of administrations and workers.

The choice to make the judgment only enforceable in the future – a technique not too common in the Italian Constitutional Court's tradition – is grounded on respect for the autonomy of negotiators on one side and for budgetary policies on the other side, that were agreed at a critical stage of the crisis.

The Court's ruling did not enter the technicalities of collective bargaining neither it intervened on the evaluation of wage increases, lost as a consequence of the freeze. Respect for the autonomy of the social partners – which is also at the core of art. 152 TFEU – was linked in the Court's ruling to the centrality of the fundamental social right to organize, notwithstanding economic constraints.

The point to underline here is that in Italy, similarly to what happened in other countries, the frame of time in which austerity measures should be enforced becomes a crucial point to address in constitutional adjudication. Sacrifices justified by the crisis on a temporary basis, become unreasonable when prolonged for too long, since they infringe the fundamental right to organize and bargain collectively.

The Italian Constitutional Court's ruling explicitly refers to significant international and EU sources, as a confirmation of the linkages that keep together labour stan-

<sup>18</sup> ICC, Judgment no. 178/2015, English translation at: [www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/5178\\_2015\\_en.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/5178_2015_en.pdf) (20.9.2019). Comments in *Frosecchi*, The Supremacy of the Right to Collective Bargaining: A Judgment of the Italian Constitutional Court on Austerity Measures, in: *International Labor Rights Case Law 2016*, 313–318; *Trillo Párraga*, Políticas de austeridad y negociación colectiva en el Sector Público. Algunas reflexiones en torno a la experiencia italiana, in: *Revista de derecho social 2015*, 201–214.

dards and of the urgency to recall them all, when exceptional circumstances occur.

A reference *ad adiuvandum* to the European Social Charter – which, in the case I mentioned, simply intended to expand the frame of references and pay a tribute to international standards – happened to disclose a new scenario for future Court's decisions, when the Charter was evoked as an »interposed parameter« by the recurring court.

My auto-analysis becomes, at this point, more complex and it goes back to an understanding of sources, which are only formalistically perceived as external, since they come together in a perfect combination of standards, all aimed at the same final goal, namely the guarantee and the enforceability of the highest standards. This exercise gives rise to a positive addition, rather than a negative detraction.

I recall, at this regard, the many efforts attempted at the European level to create a constitutional set up for social rights. »Time to act« shouted the Simitis Report<sup>19</sup> and similar words were pronounced by most labour lawyers in Europe, some of us in this room, attempting to throw light on synergies among labour standards.<sup>20</sup>

Coming from this background, I found myself in a very cautious Constitutional Court, whenever relevant »external« standards were recalled in the proceedings or could be recalled by the Court *ad adiuvandum*. This was the time I had to remind myself that learning to listen and trying to build consensus is the task of each judge in a collegial body. No surprise that a community of labour lawyers – the one surrounding me today – becomes therapeutic for me and stands as an essential source of inspiration. The Constitutional Court has an interesting future ahead since the European Social Charter has eventually found its way through in constitutional adjudication, first in a case dealing with freedom of association for the armed forces,<sup>21</sup> then in a case I now want to turn to, which focuses on dismissal law.

### III. Dismissal law: the weaker party is still on stage

The Court has recently ruled partially unconstitutional a provision in a decree-law on permanent employment contracts assisted by so called »increased protection« over time, namely a measure attaching protection to the mere length of the dismissed worker's service in employ-

ment. The Court argued that, in treating different situations identically, a rigid criterion, such as the length of service, infringed the principle of equality.

It is well known to labour lawyers – and the Court pointed to this – that »the detriment caused in various cases by unfair dismissal depends upon a variety of factors«. Length of service is relevant – in fact the Court indicates it should be the first criterion to take into account – but is not the only one. The Court also held that judges should be given back an unrestricted role in balancing interests at stake, rather than being constrained within one inflexible criterion.<sup>22</sup>

This ruling opened up a wide discussion among Italian labour lawyers. I shall point only to a few arguments adopted in this lengthy and highly technical decision.

The first point has to do with a methodology, which I find very close to my experience as a scholar; hence I was challenged in discussing and sharing it with my colleagues. Building, whenever possible, a diachronic analysis of the law preceding the one challenged before the Court is a valuable practise. In this particular case, the law on dismissal – the first significant one entered into force in 1966 – goes back to the roots of labour law and to what can be described as an expanding culture of rights, mainly provoked by the undeniable unbalance of powers within the contract of employment.

Embracing this methodology, I found myself, as a drafter of this decision, in a rather nostalgic mood, which luckily came to my mind together with the intensity of energies gained from the past. Such energies should not have been lost on the road. Therefore, the message the Court delivered in this ruling consists in alerting all judges who will apply it that they should adopt a systematic interpretation of criteria, which have already been provided for in previous legislation, con-

<sup>19</sup> *Simitis*, Affirming Fundamental Rights in the European Union: Time to act, Report of the Expert Group on Fundamental Rights, European Commission DGV/D.2, Luxembourg 1999.

<sup>20</sup> *Blanpain/Hepple/Sciarra/Weiss*, Fundamental Social Rights: A proposal for the European Union, Leuven 1996.

<sup>21</sup> ICC, Judgment no. 120/2018. Comments in *Lambertucci*, Le linee evolutive della libertà di associazione sindacale per i militari, in: *Lavoro e diritto*, 2/2019; *Canale*, La libertà di associazione sindacale militare: il primo passo di un cammino ancora lungo (Nota alla sentenza della Corte costituzionale 11 Aprile 2018, no. 120), AIC 2018.

<sup>22</sup> ICC, Judgment no. 194/2018, English translation at: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/2018\\_194\\_EN.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/2018_194_EN.pdf) (20.9.2019).



sidering that the length of service is most relevant and yet not exclusive.

The second point I particularly value is the reference to previous case law of the Constitutional Court, affirming the constitutional standing of dismissal law. The fact that the Constitution does not recognize stability in employment as a constitutional right does not imply that the legislator and the Court itself should not, whenever possible, support the dismissed worker in a most problematic phase of his/her life and indicate limits to the employer.

Justifications to be provided in dismissal law are a most valuable progression in modern labour law and pave the way to a more sophisticated system of antidiscrimination law, which, not by mere coincidence, are the immediate historical follow up in the European tradition.

EU law was wrongly recalled in the proceedings. The Constitutional Court pointed out that competence assigned to the Union, as in art. 153 (2) (d) TFEU, had never been exercised and no directives providing minimum requirements had been adopted. Neither the Court could, following art. 51 of the Charter, directly apply art. 30 on justification in dismissals. The Court consequently held this challenge inadmissible, in a rigorous interpretation of what implementation of EU law should imply.

An interesting issue raised in this decision is related to the European Social Charter, which was evoked by the referring judge.<sup>23</sup>

Art. 24 of the ESC points to the notion of adequacy of the compensation and is looked at by the Court as a reference in parallel with art. 3 of the Constitution, dealing with the principle of equality. In mentioning both sources, the Court is seeking to maximise the guarantees. It also mentions the decision delivered by the European Committee of Social Rights in *Finnish Society of Social Rights vs Finland*,<sup>24</sup> to prove that the prejudice supported by the dismissed employee for an unjust dismissal should be counterbalanced by an adequate compensation, which is also dissuasive for the employer. To be adequate and dissuasive at the same time are the two characteristics indicated by the ECSR and referred to by the Constitutional Court in its own ruling, arguing for the unconstitutionality of the measure in question only »within the limits indicated«. The Court does not want

to undertake a concrete evaluation on the entity of minimum and maximum compensations, but values the reasoning adopted by the ECSR. It recalls art. 4 and 35 of the Constitution, to assess the protection of the fundamental right to work.

The Court did not go as far as recognising a binding effect to the decisions delivered by the ECSR. However, the ESC is interpreted in this ruling in close connection to constitutional parameters and this must be viewed as a step forward.<sup>25</sup>

#### IV. Concluding remarks

I have chosen a few main areas of constitutional adjudication in which social rights played a major role. I have disclosed to you my inclinations together with my dilemmas and even my emotions as a judge. This engaging conversation takes place in a familiar and thought provoking environment, which makes me feel comfortable in discussing controversial issues and in putting forward my points of view, with due respect for the collegial body I am part of.

I have recalled the centrality of persons as holders of constitutional rights, at a time when certainties need to be re-affirmed over and over again. This is the task of constitutional courts applying principles of reasonableness and proportionality. They both lead towards a forward looking interpretation of values, which are the solid ground on which constitutional traditions rest.

<sup>23</sup> *Proseccchi*, European Social Charter in the Constitutional Review of National Laws: the Decisive Application of Art. 24 by the Italian Constitutional Court, in: *International Labour Rights Case Law 2019*, 182–186.

<sup>24</sup> Collective complaint no. 106/2014.

<sup>25</sup> A comprehensive analysis of the two recent judgments delivered by the ICC with regard to the ESC is in *Tancredi*, *La Carta Sociale Europea come parametro interposto nella recente giurisprudenza costituzionale: novità e questioni aperte*, in: *Rivista di diritto internazionale 2019*, 490–510.

# Teilzeitdiskriminierung, Überstundenzuschläge und Tarifautonomie – Kritische Gedanken zu BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18\*

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard)/Dr. Regina Mathy, Universität Bonn

## I. Worum es geht

Die Entscheidung des BAG kam nicht unerwartet, und dennoch überzeugt sie nicht. Die Gewährung von Überstundenzuschlägen insbesondere im Zusammenhang mit Teilzeitarbeit beschäftigt sowohl Rechtsprechung als auch Literatur schon lange. Es war in der Vergangenheit umstritten, ob Überstundenzuschläge nur für die Mehrbelastung über die Vollzeitarbeit hinaus geleistet werden oder als Ausgleich für die infolge der Mehrarbeit verursachte Freizeitbeeinträchtigung. Auch wenn das BAG möglicherweise zu letzterer Variante mit Blick auf die Vermeidung einer Teilzeitdiskriminierung tendierte<sup>1</sup>, oblag es bisher den Tarifvertragsparteien sich für einen der beiden Ansätze zu entscheiden.

Der Ausgangspunkt ist dabei klar: Ob für Überstunden über das normale Maß der Vergütung der Regelarbeitszeit hinaus Zuschläge geleistet werden, obliegt grds. den Vertragsparteien festzulegen. Häufig definieren Tarifverträge – wie auch in der hier zugrundeliegenden Entscheidung – was als Vollarbeitszeit gilt, dh. ab welcher Arbeitszeit der Beschäftigte Anspruch auf das volle Tabellenentgelt hat.<sup>2</sup> Der Bezugspunkt der Vollarbeitszeit wird also von den Vertragsparteien definiert und nicht vom Gesetzgeber.<sup>3</sup> Weicht die regulär vereinbarte Arbeitszeit eines Beschäftigten nach unten ab, handelt es sich um eine Teilzeitbeschäftigung. Für Vollzeitbeschäftigte sehen Tarifverträge dabei in der Regel vor, dass ihnen Überstundenzuschläge gewährt werden, wenn sie die tariflich vorgesehene regelmäßige Arbeitszeit überschreiten. Hier kommt es auf die jeweilige Vereinbarung des relevanten zeitlichen Intervalls an, dh. die tägliche, wöchentliche oder monatliche Arbeitszeit. In Rechtsprechung und Literatur<sup>4</sup> war es bisher umstritten, ob Teilzeitkräften erst bei Überschreiten dieser Grenze, dh. der Mehrarbeit für Vollzeitkräfte, Überstundenzuschläge zu gewähren sind oder aus Gleichbehandlungsgründen schon bei Überschreiten ihrer persönlichen Arbeitszeit. Bisher haben

sich sowohl die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>5</sup> als auch der EuGH<sup>6</sup> weitgehend dafür entschieden, die Zuschläge an die Arbeitszeiten einer Vollzeitkraft zu koppeln. Der Zehnte Senat hat nun anknüpfend mit Blick auf § 4 Abs. 1 TzBfG für eine anderweitige Lesart der tariflichen Regelung ausgesprochen. Um den Vorgaben von § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG gerecht zu werden und jeden Konflikt auszuschließen, versteht der Zehnte Senat die zugrundeliegende tarifliche Regelung so, dass Teilzeitbeschäftigte ab dem Überschreiten ihrer individuellen Arbeitszeit Überstundenzuschläge erhielten. Er konstatiert damit eine explizite Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>7</sup> und folgt Ansätzen, die bereits der Sechste Senat formuliert hat.<sup>8</sup>

\* Der Beitrag beruht auf einer Anregung aus der Praxis, die es uns wert schien, wissenschaftlich vertieft zu werden.

1 Wobei in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben sollte, dass derzeit vier Revisionen im Kontext mit dieser Thematik anhängig sind: LAG Nürnberg, 30.4.2019 – 7 Sa 436/18, Revision unter 6 AZR 254/19; LAG Nürnberg, 3.5.2019 – 8 Sa 340/18, Revision unter 6 AZR 253/19; LAG Nürnberg, 13.6.2019 – 3 Sa 348/18, Revision unter 6 AZR 332/19; LAG Hamm, 14.12.2018 – 13 Sa 589/18, Revision unter 10 AZR 210/19.

2 *Litschen*, öAT 2019, 89.

3 So bereits *Litschen*, öAT 2019, 89, 90.

4 Eingehend *Rambach*, ZTR 2019, 195, 198; s. auch *Schüren*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl., München 2018 (im Folgenden: MHdB-ArbR), § 50 Rn. 201; *Joussen*, in: Boecken/Joussen (Hrsg.), Handkommentar Teilzeit- und Befristungsgesetz, 6. Aufl., Baden-Baden 2019 (im Folgenden: HK-TzBfG), § 4 Rn. 52; *Thüsing*, in: Annuß/Thüsing (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Aufl. Frankfurt aM. 2012 (im Folgenden: Annuß/Thüsing, TzBfG), § 4 Rn. 37; *Schüren*, NZA 1993, 529, 530 f.; *Wiedemann*, FS Friauf, 1996, S. 135, 143 f.; krit. *Preis*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), § 4 TzBfG Rn. 31.

5 BAG, 18.3.2009 – 10 AZR 293/08 – AP Nr. 20 zu § 4 TzBfG; BAG, 5.11.2003 – 5 AZR 8/03 – AP Nr. 6 zu § 4 TzBfG = NZA 2005, 222, 223.

6 EuGH, 15.12.1994 – C-399/92 ua. – Slg. 1994, I-5727 (Helmig ua.).

7 Der Zehnte Senat gibt seine bisherige Rechtsprechung, wonach bei der Prüfung, ob Teilzeitbeschäftigte benachteiligt werden, auf eine Gesamtvergütung abzustellen ist, explizit auf, s. zuletzt BAG, 26.4.2017 – 10 AZR 589/15 – AP Nr. 26 zu § 4 TzBfG, Rn. 33; auch in drei weiteren Entscheidungen vom 19.12.2018 hat der Zehnte Senat der Auslegung des MTV der Landesgerichte Düsseldorf und Niedersachsen eine Absage erteilt, s. BAG, 19.12.2018 – 10 AZR 617/17, 10 AZR 618/17 und 10 AZR 140/18 – juris.

8 BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 53.

## II. Was das BAG gesagt hat: Zwischen Auslegung und zwingendem Gesetzesrecht

In der in Rede stehenden Entscheidung des Zehnten Senats vom 19. Dezember 2018 ging es um eine tarifvertragliche Regelung im Bereich des Gaststättengewerbes.<sup>9</sup> Die Beklagte beschäftigte die Klägerin in Teilzeit. Nach dem zugrundeliegenden Manteltarifvertrag waren Mehrarbeitszuschläge für Arbeitsstunden zu zahlen, die über die einzelvertraglich vereinbarte Jahresarbeitszeit am Ende des Berechnungszeitraums hinausgehen. Die Parteien hatten eine Jahresarbeitszeit vereinbart. Weiterhin sah der Tarifvertrag vor, dass Mehrarbeit bei Teilzeitkräften nur diejenige Arbeitszeit betrifft, die über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit einer Vollzeittätigkeit hinaus geleistet wurde. Die Beklagte vergütete die von der Klägerin geleistete Mehrarbeit mit dem regulär zwischen den Parteien vereinbarten Stundenlohn, gewährte jedoch keine Zuschläge für Mehrarbeit.

Das BAG verurteilte die Beklagte zur Zahlung der Zuschläge. Das Gericht versteht die tarifliche Regelung bei vereinbarter Jahresarbeitszeit für Teilzeitkräfte so, dass Mehrarbeit diejenige Arbeitsleistung ist, die am Ende des Zwölfmonatszeitraums über die vereinbarte Jahresarbeitszeit hinausgeht.<sup>10</sup> Das Gericht stützt dieses Ergebnis im Wesentlichen auf zwei Argumente: Nach der Auslegung – der von den Tarifvertragsparteien unklar formulierten Regelungen – kommt es bereits im ersten Schritt zu dem Ergebnis, dass die streitgegenständliche Regelung, wonach Mehrarbeitszuschläge nur ab dem Überschreiten der Vollzeitarbeitszeit gezahlt werden müssen, schon gar nicht auf die zwischen den Parteien vereinbarte Jahresarbeitszeit anwendbar ist. Hilfsweise stellt das BAG darauf ab, dass eine andere Vereinbarung ohnehin nach § 4 Abs. 1 TzBfG unzulässig wäre, da sie eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen würde. Da die Tarifvertragsparteien wohl nur etwas Wirksames vereinbaren wollten, spräche auch dies gegen eine andere Auslegung. Aber ist das stimmig? Zu den Argumenten im Einzelnen:

### 1. Auslegung der tarifvertraglichen Regelung – Keine Anwendbarkeit auf die vereinbarte Jahresarbeitszeit

Das BAG sieht in der Regelung eine individualvertraglich vereinbarte Arbeitszeit. Es »rettet« die Auslegung der Vorschriften zur Jahresarbeitszeit mit der Feststellung, dass die

tarifliche Vorgabe, wonach Mehrarbeit bei Teilzeitkräften nur diejenige Arbeitszeit betrifft, die über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit einer Vollzeittätigkeit hinaus geleistet wurde, zwar dem Wortlaut nach auch auf die Jahresarbeitszeit anwendbar ist, aber nicht als vorrangig gegenüber der allgemeinen Vorschrift zur Mehrarbeitsvergütung bei Jahresarbeitszeit angesehen werden kann.<sup>11</sup> Zudem sprechen systematische Argumente gegen die Anwendung der streitgegenständlichen Vorschrift: Zum einen beziehe sich das auf das Ziel einer Flexibilisierung der vereinbarten Arbeitszeit – bei einer monatsweisen Bemessung würden Schwankungen ebenfalls auf den Monat bemessen.<sup>12</sup> Auch widerspreche eine unterschiedliche Behandlung von Teilzeitkräften mit regelmäßiger Monatsarbeitszeit und solchen mit Jahresarbeitszeit nicht dem durch den Tarifvertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Tarifvertragsparteien.<sup>13</sup> Vielmehr sprächen die verschiedenen Zuschlagsätze sowie der Umstand, dass in Arbeitsverhältnissen mit vereinbarter Jahresarbeitszeit kein Anspruch auf Neugestaltung des Arbeitsvertrags besteht, für eine angelegte unterschiedliche Behandlung. Der Vereinbarung eines höheren Zuschlagssatzes für das Jahresarbeitszeitmodell liege der Gedanke zugrunde, dass dieser dem Ausgleich der Nachteile und Belastungen diene, die mit dem längeren Berechnungszeitraum im Jahresarbeitszeitmodell verbunden seien.<sup>14</sup> Wirtschaftlich betrachtet würden Arbeitnehmer, die im Jahresarbeitszeitmodell Mehrarbeit leisten, ihren Arbeitgebern ein Darlehn gewähren.<sup>15</sup> Dabei müssten sie bis zum Ende des Berechnungszeitraumes darauf warten, dass eine Mehrarbeitsvergütung geleistet würde. Auch der Zeitraum spiele dabei eine erhebliche Rolle.<sup>16</sup> Innerhalb eines Jahres sei ein besserer Ausgleich geleisteter Mehrarbeit für den Arbeitgeber möglich. Hiervon seien Teil- und Vollzeitbeschäftigte in gleicher Weise betroffen. Es komme nicht auf den jeweiligen Arbeitszeitumfang an.

<sup>9</sup> Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für Systemgastronomie vom 17. 12. 2014 kraft beiderseitiger Tarifbindung Anwendung.

<sup>10</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 11.

<sup>11</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 22.

<sup>12</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 25.

<sup>13</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 27 ff.

<sup>14</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 29.

<sup>15</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 30 mit Verweis auf *Vogelsang*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017, § 160 Rn. 53.

<sup>16</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 31.

Der Zwölfmonatszeitraum trage, so das BAG, dazu bei, dass die zu vergütende Mehrarbeit am Ende in geringerem Umfang anfallt als bei vereinbarter Monatsarbeitszeit.<sup>17</sup>

Im vorliegenden Falle lasse die Systematik des Tarifvertrags nicht erkennen, dass die Mehrarbeitszuschläge dem Ausgleich besonderer Belastungen dienen sollten, wenn Arbeitnehmer über die tarifliche Arbeitszeit einer Vollzeitkraft hinaus tätig werden.<sup>18</sup> Mehrarbeit sei nach der Konzeption des Tarifvertrags nicht zu vermeiden, vielmehr sei der Tarifvertrag auf die Zulässigkeit von Mehrarbeit angelegt. Dahinter stehe das Ziel, den individuellen Freizeitbereich zu schützen und Arbeitnehmer, die ihre Freizeit opfern, zu belohnen.<sup>19</sup> Es gehe gerade um den quantitativen Schutz der Freizeit. Hat der Arbeitnehmer am Ende des Ausgleichszeitraums Mehrarbeit geleistet, dh. es erfolgte kein (vollständiger) Ausgleich, sei es zu einem irreversiblen Eingriff in das individuelle Freizeitvolumen des Arbeitnehmers gekommen.

## 2. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht – insbesondere Art. 3 GG und § 4 Abs. 1 TzBfG

Soweit – so gut. Aber es ging eben nicht nur um Auslegung. *Obiter dictum*, weil letztlich nicht entscheidungserheblich, kam es zu einer weitergehenden Feststellung: Ein anderes Auslegungsergebnis, wonach ein Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge bei Teilzeitbeschäftigten davon abhängig wäre, dass die Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten überschritten wird, sei – und das ist die zentrale Aussage des Urteils – zudem nicht mit höherrangigem Recht vereinbar.<sup>20</sup>

»Tarifnormen sind grundsätzlich so auszulegen, dass sie nicht in Widerspruch zu höherrangigem Recht stehen. Tarifvertragsparteien wollen im Zweifel Regelungen treffen, die mit höherrangigem Recht übereinstimmen. Lässt eine Tarifnorm eine Auslegung zu, die zu einem mit höherrangigem Recht zu vereinbarenden Ergebnis führt, ist sie in diesem Sinn anzuwenden (BAG 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – Rn. 42, BAGE 158, 360 = AP TVöD § 7 Nr. 8 mwN).«<sup>21</sup>

Nach Ansicht des BAG werden Teilzeitbeschäftigte wegen der Teilzeitarbeit ungleich behandelt, wenn die Dauer der Arbeitszeit das Kriterium darstellt, an das die Differenzierung hinsichtlich der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen anknüpft.<sup>22</sup> Teilzeitbeschäftigten sei Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung daher mindestens in dem

Umfang zu gewähren, der dem Anteil ihrer Arbeitszeit an der Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspreche. Demnach darf eine geringere Arbeitszeit nur quantitativ, nicht aber qualitativ anders vergütet werden als Vollzeitarbeit.<sup>23</sup> Eine Abweichung vom *pro-rata-temporis*-Grundsatz zum Nachteil Teilzeitbeschäftigter ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes sei mit § 4 Abs. 1 TzBfG unvereinbar. Dieser Grundsatz würde durch eine Regelung des Tarifvertrags verletzt, wonach Teilzeitbeschäftigte erst Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge hätten, wenn sie die für eine Vollzeittätigkeit maßgebliche Stundenzahl überschritten.

»Für Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte würde eine identische Belastungsgrenze festgelegt, die für Teilzeitbeschäftigte jedoch eine höhere individuelle Belastungsgrenze mit sich brächte. Für Teilzeitbeschäftigte würde die Schwelle, von der an ein Anspruch entsteht, nicht proportional zu ihrer individuellen Arbeitszeit abgesenkt. Dadurch käme es für Teilzeitbeschäftigte zu nachteiligen Auswirkungen auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und damit zu einer unmittelbaren Ungleichbehandlung (BAG 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – Rn. 51, 53, BAGE 158, 360 = AP TVöD § 7 Nr. 8).«<sup>24</sup>

Was geschah bisher? Der EuGH hat sich in der Vergangenheit insbesondere bis hin zur Rs. *Helmig* ua.<sup>25</sup> an einem Vergleich der Gesamtvergütung orientiert. Diesem Ansatz folgten der Dritte, Fünfte, Zehnte und teilweise auch der Sechste Senat des BAG.<sup>26</sup> In Anlehnung

<sup>17</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 31.

<sup>18</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 40.

<sup>19</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 41.

<sup>20</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 44.

<sup>21</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 45.

<sup>22</sup> BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 46; BAG, 19. 1. 2016 – 9 AZR 564/14 – AP Nr. 67 zu § 1 TVG Altersteilzeit, Rn. 15; BAG, 27. 3. 2014 – 6 AZR 571/12 – AP Nr. 6 zu § 16 TV-L, Rn. 32.

<sup>23</sup> BAG, 23. 2. 2011 – 10 AZR 299/10 – AP Nr. 5 zu § 24 TVöD, Rn. 21 mwN.; BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 50; vgl. auch BVerfG, 27. 11. 1997 – 1 BvL 12/9 – BVerfGE 97, 35.

<sup>24</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 50.

<sup>25</sup> EuGH, 15. 12. 1994 – C-399/92 ua. – Slg. 1994, I-5727 (Helmig ua.).

<sup>26</sup> BAG, 26. 4. 2017 – 10 AZR 589/15 – AP Nr. 26 zu § 4 TzBfG, Rn. 33; BAG, 24. 9. 2008 – 6 AZR 657/07 – NZA-RR 2009, 221, 223; BAG, 16. 6. 2004 – 5 AZR 448/03 – AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Großhandel, unter 3. c. der Gründe; BAG, 5. 11. 2003 – 5 AZR 8/03 – AP Nr. 6 zu § 4 TzBfG = NZA 2005, 222, 224; BAG, 21. 4. 1999 – 5 AZR 200/98 – AP Nr. 72 zu § 2 BeschFG 1985 = NZA 1999, 939, 941; BAG, 23. 4. 1998 – 6 AZR 558/96 – juris, Rn. 16; BAG, 25. 7. 1996 – 6 AZR 138/94 – AP Nr. 6 zu § 35 BAT = NZA 1997, 774, 775; BAG, 30. 1. 1996 – 3 AZR 275/94 – juris, unter II.1.d der Gründe; BAG, 20. 6. 1995 – 3 AZR 684/93 – AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Chemie, unter II.1.c. der Gründe.

an die Rechtsprechung des EuGH in den Rs. *Elsner-Lakeberg*<sup>27</sup> und *Voß*<sup>28</sup> stellt das BAG nunmehr bei der Prüfung, ob Teilzeitkräfte benachteiligt werden, auf die einzelnen Entgeltbestandteile ab.<sup>29</sup> Entgelte für die Regel- und für Mehr- oder Überarbeitsvergütungen sind demnach gesondert zu vergleichen. Hieraus folgert der Zehnte Senat, dass die für den Zuschlag erforderliche Stundenzahl proportional zur individuellen Arbeitszeit zu verringern ist. Dies stützt er auf die Erwägung, dass Teilzeitkräfte unmittelbar benachteiligt würden, sofern Vollzeitkräfte Zuschläge bereits für die erste Stunde Mehrarbeit erhielten, Teilzeitkräfte hingegen erst dann, wenn sie das Delta zwischen ihrer individuellen Teilzeitquote und der Arbeitszeit bei Vollzeittätigkeit gearbeitet hätten. Damit ginge eine wegen ihrer Teilzeitquote höhere Belastungsgrenze einher.<sup>30</sup> Dabei liege kein sachlicher Grund iSd. § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG vor, der diese Ungleichbehandlung rechtfertige. Ein solcher könne sich nur aus dem Verhältnis von Leistungszweck und Umfang der Teilzeitarbeit ergeben. Hierbei kommt es – und das ist ein entscheidender Punkt – auf den Zweck an, den die Tarifvertragsparteien mit der betreffenden Leistung nach ihrem im Tarifvertrag zum Ausdruck gekommenen, durch die Tarifautonomie geschützten Willen, verfolgen.<sup>31</sup> Nach Ansicht des Zehnten Senats liegt der zugrundeliegende Zweck darin, die Einbuße der Dispositionsmöglichkeiten über die Freizeit zu belohnen und Arbeitgeber von Eingriffen in den geschützten Freizeitbereich der Arbeitnehmer abzuhalten. Dieser beziehe sich in gleicher Weise auf Teil- wie Vollzeitkräfte.<sup>32</sup> Hierbei handele es sich auch nicht um einen Verstoß gegen das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gleichheitsgebot.<sup>33</sup> Teilzeitkräfte würden nicht ungerechtfertigt gegenüber Vollzeitkräften bessergestellt. Vielmehr erhielten beide Gruppen für die gleiche Belastung, die durch die überobligatorische Inanspruchnahme ihrer Arbeitsleistung und den Eingriff in ihre Freizeit eintrete, die gleiche Kompensation.<sup>34</sup> Darüber hinaus komme es auch bei Teilzeitkräften mit Monatsarbeitszeit zu keiner Besserstellung. Vielmehr erwägt der Zehnte Senat für Teilzeitkräfte mit Monatsarbeitszeit im Gleichlauf mit denjenigen mit Jahresarbeitszeit ebenfalls eine Anpassung »nach oben«, dh. einen Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung bei Überschreiten der individuell vereinbarten Arbeitszeit – doch hierzu sogleich.

### III. Ein (unbedachtes?) obiter dictum

Uns überzeugt das im Ausgangspunkt nicht. Der Ausgangspunkt ist dabei klar: § 4 Abs. 1 TzBfG setzt § 4 Nr. 1 und 2 der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der RL 97/81/EG vom 15. Dezember 1997 um.<sup>35</sup> Damit werden sowohl die mittelbare als auch die unmittelbare Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten erfasst.<sup>36</sup> Gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. Insbesondere zählt hierunter die geschuldete monetäre Gegenleistung. Gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG ist daher das Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil der Arbeitszeit des Teilzeitbeschäftigten an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht.

In der in Rede stehenden Entscheidung ging es um die Gewährung von Überstundenzuschlägen bei vereinbarter Jahresarbeitszeit. Die Vereinbarung einer Monatsarbeitszeit spielt für die Entscheidung keine unmittelbare Rolle. Das Gericht äußert sich hierzu dennoch im Rahmen eines *obiter dictums*.

»Ein Tarifverständnis, nach dem diese Arbeitnehmer Mehrarbeitszuschläge erst erhielten, wenn sie die Arbeitszeit bei einer Vollzeittätigkeit überschritten, wäre ebenfalls mit § 4 Abs. 1 TzBfG unvereinbar [...].«<sup>37</sup>

<sup>27</sup> EuGH, 27.5.2004 – C-285/02 – Slg. 2004, I-5861 (*Elsner-Lakeberg*), Rn. 15, 17.

<sup>28</sup> EuGH, 6.12.2007 – C-300/06 – Slg. 2007, I-10573 (*Voß*), Rn. 36.

<sup>29</sup> BAG, 19.12.2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 51 ff., insb. Rn. 57.

<sup>30</sup> Mit Verweis auf EuGH, 27.5.2004 – C-285/02 – Slg. 2004, I-5861 (*Elsner-Lakeberg*).

<sup>31</sup> So bereits BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 55 mwN., s. hierzu *Rambach*, ZTR 2017, 635 ff.; *Gundel*, ZAT 2017, 129.

<sup>32</sup> BAG, 19.12.2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 67.

<sup>33</sup> BAG, 19.12.2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 68.

<sup>34</sup> Vgl. bereits BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 61.

<sup>35</sup> ABl. 1998, L 14/9 v. 20.1.1998.

<sup>36</sup> *Schlachter*, in: *Laux/Schlachter* (Hrsg.), *Teilzeit- und Befristungsgesetz*, 2. Aufl., München 2011, § 4 Rn. 31; *Sievers*, *TzBfG*, 6. Aufl., Köln 2019, § 4 Rn. 12.

<sup>37</sup> BAG, 19.12.2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 27.

An dieser Stelle möchten wir der Schlussfolgerung des BAG widersprechen. Im Falle von Überstundenzuschlägen bei vereinbarter Monatsarbeitszeit geht es um den Ausgleich geleisteter Mehrarbeit. Es ist zwischen der Vergütung für Mehrarbeitsstunden und (zusätzlichen) Mehrarbeitszuschlägen zu differenzieren. Erste entsprechen der regulären Arbeitszeitvergütung pro Stunde, letztere kommen zur regulären Vergütung der Mehrarbeit dazu. An anderer Stelle gesteht das BAG selbst zu, dass Monats- und Jahresarbeitszeit nicht notwendigerweise gleich zu behandeln sind:

»Der Wille, Teilzeitkräfte beider Arbeitszeitmodelle gleichzubehandeln, ist dem MTV nicht zu entnehmen. Vielmehr ist darin eine unterschiedliche Behandlung angelegt, wie die verschiedenen Zuschlagssätze in § 4 Abs. 2 MTV ebenso zeigen wie der Umstand, dass in Arbeitsverhältnissen mit vereinbarter Jahresarbeitszeit nach § 5 Nr. 4 MTV kein Anspruch auf Neugestaltung des Arbeitsvertrags besteht.«<sup>38</sup>

Das Gericht deutet den Tarifvertrag also so, dass eine unterschiedliche Behandlung von Monats- und Jahresarbeitszeitvergütung von den Tarifvertragsparteien bezweckt wurde. Dabei betont es, dass der Zeitraum für die geleistete Mehrarbeitsvergütung eine erhebliche Rolle spielt.<sup>39</sup> Die Art der Belastung unterscheidet sich<sup>40</sup> – bei einem längeren Berechnungszeitraum im Jahresarbeitszeitmodell im Vergleich zur Dauer eines Monats. In einer früheren Entscheidung folgerete das BAG selbst, dass eine monats- oder jahresbezogene Betrachtung und Ausgleichsmöglichkeit gegen den Schutz des individuellen Freizeitbereichs sprechen könnte.<sup>41</sup> Dem ist zuzustimmen, insofern überrascht das *obiter dictum*, in dem das BAG eine gegenteilige Schlussfolgerung zieht.

Die – bisher vereinzelte – Literatur überträgt die vom Zehnten Senat in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 2018 aufgestellten Grundsätze undifferenziert auf alle Fälle der Mehrarbeit. So schreibt *Bayreuther*:

»Der Anspruch von Teilzeitbeschäftigten auf Mehrarbeitszuschläge kann nicht erst für Zeiten entstehen, die über die reguläre Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten hinausgehen. Die Grenze, ab der Teilzeitbeschäftigte Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge haben, muss entsprechend dem Verhältnis der vereinbarten individuellen Arbeitszeit zur regulären Vollarbeitszeit gesenkt werden.«<sup>42</sup>

Auch so prominente Stimmen wie *Müller-Glöge* ziehen diesen pauschalen Schluss ohne Differenzierung nach der Art der Erfassung von Überstunden.<sup>43</sup> Zur bisherigen Rechtsprechung, wonach die Zahlung von Überstundenzuschlä-

gen stets erst nach Überschreiten der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollzeitarbeitnehmern zulässig ist, hatte sich die Literatur bisher indes weitgehend kritiklos positioniert<sup>44</sup> – und das zu recht.<sup>45</sup> Der Zehnte Senat geht – zumindest in seiner Schlussfolgerung hinsichtlich der Gewährung von Überstundenzuschlägen für Teilzeitbeschäftigte bei vereinbarter Monatsarbeitszeit – zu weit.

#### IV. Ein Gang durch die Argumente

Dieses »zu weit« kann begründet werden. Tarifnormen sind grundsätzlich so auszulegen, dass sie nicht in Widerspruch zu höherrangigem Recht stehen. Im Zweifel wollen die Tarifvertragsparteien Regelungen treffen, die mit höherrangigem Recht übereinstimmen. Sofern eine Tarifnorm eine Auslegung zulässt, die zu einem mit höherrangigem Recht zu vereinbarenden Ergebnis führt, ist sie in diesem Sinn anzuwenden.<sup>46</sup> Gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG dürfen Teilzeitbeschäftigte wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. § 4 Abs. 1 TzBfG statuiert ein Diskriminierungsverbot für Teilzeitbeschäftigte. Dieses Diskriminierungsverbot steht nach § 22 TzBfG nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien.<sup>47</sup> Daraus

<sup>38</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Os. 3, Rn. 28.

<sup>39</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 31.

<sup>40</sup> Das macht das BAG selbst deutlich, s. BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 29.

<sup>41</sup> BAG, 26. 4. 2017 – 10 AZR 589/15 – AP Nr. 26 zu § 4 TzBfG, Rn. 30.

<sup>42</sup> *Bayreuther*, in: Rolf/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 52. Ed., München 2019, § 4 TzBfG Rn. 14.

<sup>43</sup> *Müller-Glöge*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 7. Aufl., München 2016, § 4 TzBfG Rn. 22.

<sup>44</sup> Vgl. etwa *Herms*, in: Meinel/Heyn/Herms (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz, 5. Aufl., München 2015, § 4 Rn. 65.

<sup>45</sup> So auch *Rambach*, ZTR 2019, 195; vgl. auch *Cerff*, in: Bredemeier/Neffke (Hrsg.), TVöD/TV-L, 5. Aufl., München 2017, § 7 TVöD Rn. 25; *Goodson*, in: Bepler/Böhle/Pieper/Geyer (Hrsg.), BeckOK TVöD, 49. Ed., München 2019, § 7 Rn. 35.

<sup>46</sup> BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 42.

<sup>47</sup> St. Rspr.: BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 44; BAG, 19. 1. 2016 – 9 AZR 564/14 – AP Nr. 67 zu § 1 TVG Altersteilzeit, Rn. 14; BAG, 10. 2. 2015 – 9 AZR 53/14 – AP Nr. 6 zu § 26 TVöD, Rn. 16 mwN.; BAG, 27. 1. 2011 – 6 AZR 382/09 – AP Nr. 1 zu § 16 TVöD; BAG, 19. 10. 2010 – 6 AZR 305/09 – AP Nr. 25 zu § 29 BAT; BAG, 5. 8. 2009 – 10 AZR 634/08 – AP Nr. 21 zu § 4 TzBfG; BAG, 24. 9. 2008 – 10 AZR 634/07 – AP Nr. 1 zu § 24 TVöD; BAG, 24. 6. 2004 – 6 AZR 389/03 – AP Nr. 10 zu § 34 BAT; BAG, 18. 3. 2003 – 9 AZR 126/02 – AP Nr. 3 zu § 8 TzBfG.

folgt unmittelbar: Zunächst bedarf es einer Ungleichbehandlung eines teilzeit- im Verhältnis zu einem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer. Liegt diese vor, handelt es sich dann nicht um eine verbotene Diskriminierung, wenn ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung besteht. § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG konkretisiert das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG für den Bereich des Entgelts oder einer anderen teilbaren geldwerten Leistung. Ob also eine (unzulässige) Diskriminierung vorliegt, ist daher in einer dreischrittigen Prüfung zu ermitteln:

1. Es bedarf einer Ungleichbehandlung, dh. einer schlechteren Behandlung im Verhältnis zu einem vergleichbaren Vollzeitarbeitnehmer,
2. die nicht durch das Vorliegen eines sachlichen Grundes gerechtfertigt sein darf und
3. es gilt die besondere Konkretisierung des § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG für den Entgeltbereich.

## 1. Ungleichbehandlung im Sinne des § 4 TzBfG

Prinzipiell ist jede unterschiedliche Behandlung von Voll- und Teilzeitarbeit erfasst. Eine Schlechterbehandlung liegt vor, »wenn dem Teilzeitbeschäftigten eine bestimmte Vergünstigung oder ein bestimmter Anspruch nicht gewährt wird, die bzw. der dem vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten gewährt wird.«<sup>48</sup> Das ist dann der Fall, wenn die Dauer der Arbeitszeit das Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung darstellt.<sup>49</sup> § 4 Abs. 1 TzBfG setzt voraus, dass ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer mit einem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer vergleichbar ist.

### a) Was ist gleich?

In den Blickpunkt gerät damit die Frage: Was ist gleich? »Alle bekommen Zuschläge erst jenseits der betriebsüblichen Vollarbeitszeit« klingt nach Gleichbehandlung. »Nur Vollzeitbeschäftigte bekommen einen Zuschlag, nicht aber Teilzeitbeschäftigte« klingt nach Ungleichbehandlung. Gemeint ist beides Mal dasselbe. So ist schon zweifelhaft, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt. In diese Richtung tendierte auch die bisherige Rechtsprechung des BAG. Demnach fehlt es bereits an einer Ungleichbehandlung von Teil- und Vollzeitbeschäftigten, wenn die Zahlung von Überstundenzuschlägen nicht von einer Überschreitung der individuellen Arbeitszeit abhängig gemacht wird, sondern von der Überschreitung der tarifvertraglich festgelegten Regelarbeitszeit, dh. der Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftig-

ten.<sup>50</sup> Demnach liegt eine Ungleichbehandlung nur vor, wenn bei gleicher Anzahl von Stunden, die dem Vollzeitbeschäftigten gezahlte Vergütung höher ist als die dem Teilzeitbeschäftigten gezahlte Vergütung.<sup>51</sup> Sind arbeitsvertraglich 50 % der Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten vereinbart, werden Teil- und Vollzeitbeschäftigte ab der fünften Stunde gleich bezahlt. Für die neunte Stunde am Arbeitstag erhalten beide indes dieselben Zuschläge. Es handelt sich schon um keine Schlechterstellung, da die Arbeitszeit als solche gleich vergütet wird – unabhängig davon, ob es sich um eine Teil- oder um eine Vollzeittätigkeit handelt.<sup>52</sup>

Die entscheidende Frage ist also, was die tarifliche Regelung bezweckt, dh. der Zweck, um den es den Tarifvertragsparteien nach dem im Tarifvertrag selbst zum Ausdruck kommenden Willen geht.<sup>53</sup> Wie auch die bisherige Rechtsprechung, muss man zunächst an der Funktion der Zuschläge anknüpfen. Es geht in erster Linie um den Ausgleich von Belastungen, die der Arbeitnehmer ab dem Überschreiten einer bestimmten Stundenzahl verspürt.<sup>54</sup> Selbst wenn man bei einem Jahresarbeitszeitmodell den individuellen Freizeitanspruch – wie es der Zehnte Senat tut – in den Vordergrund rückt, so ist dies nicht ohne weiteres auf die vereinbarte Monatsarbeitszeit zu übertragen.

### b) Die Reichweite des pro-rata-temporis-Grundsatzes

Nach § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG ist einem Teilzeitarbeitnehmer ein Arbeitsentgelt mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitarbeitnehmers entspricht

<sup>48</sup> HK-TzBfG-Joussen (Fn. 4), § 4 Rn. 17.

<sup>49</sup> BAG, 19.1.2016 – 9 AZR 564/14 – AP Nr. 67 zu § 1 TVG Altersteilzeit = NZA 2016, 776, 777; BAG, 18.8.2015 – 7 ABN 32/15 – AP Nr. 16 zu § 92a ArbGG 1979; BAG, 11.12.2012 – 3 AZR 588/10 – AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Teilzeit; BAG, 19.10.2010 – 6 AZR 305/09 – AP Nr. 25 zu § 29 BAT; BAG, 24.9.2008 – 6 AZR 657/07 – NZA-RR 2009, 221; BAG, 15.10.2003 – 4 AZR 606/02 – AP Nr. 87 zu § 2 BeschFG 1985; BAG, 24.9.2003 – 10 AZR 675/02 – AP Nr. 4 zu § 4 TzBfG; BAG, 16.1.2003 – 6 AZR 222/01 – AP Nr. 3 zu § 4 TzBfG.

<sup>50</sup> BAG, 5.11.2003 – 5 AZR 8/03 – AP Nr. 6 zu § 4 TzBfG; BAG, 25.7.1996 – 6 AZR 138/94 – AP Nr. 6 zu § 35 BAT; BAG, 20.6.1995 – 3 AZR 539/93 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Nahrungsmittelindustrie.

<sup>51</sup> BAG, 16.6.2004 – 5 AZR 448/03 – AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Großhandel; vgl. auch EuGH, 15.12.1994 – C-399/92 ua. – Slg. 1994, I-5727 (Helmig ua.).

<sup>52</sup> HK-TzBfG-Joussen (Fn. 4), § 4 Rn. 52; vgl. auch EuGH, 15.12.1994 – C-399/92 ua. – Slg. 1994, I-5727 (Helmig ua.).

<sup>53</sup> BAG, 19.12.2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 34 mit Verweis auf BAG, 26.4.2017 – 10 AZR 589/15 – AP Nr. 26 zu § 4 TzBfG, Rn. 28; BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 55 mwN.

<sup>54</sup> Vgl. MHD-B-ArbR-Schüren (Fn. 4), § 50 Rn. 202.

(»pro rata temporis«). Ein Arbeitgeber darf das Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung für Teilzeitbeschäftigte regelmäßig entsprechend ihrer gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten verringerten Arbeitsleistung anteilig kürzen.<sup>55</sup> Abweichungen vom *pro-rata-temporis*-Grundsatz zum Nachteil teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes sind verboten.<sup>56</sup> Demnach darf Teilzeitarbeit nur quantitativ, nicht aber qualitativ anders abgegolten werden als Vollzeitarbeit. Dabei ist die Gleichbehandlung bei teilbaren Entgeltleistungen als proportionale Gleichbehandlung zu verstehen, eine Besserstellung von Teilzeitbeschäftigten ist durch das Gesetz nicht verboten.<sup>57</sup> Die Begriffe Entgelt und die teilbare geldwerte Leistung werden weit verstanden.<sup>58</sup> Das BAG und der EuGH sind sich darin einig, dass der Vergleich von Voll- und Teilzeitbeschäftigten für jeden einzelnen Entgeltbestandteil gesondert vorzunehmen ist. Eine Gesamtbetrachtung aller Vergütungsbestandteile kommt nicht in Betracht.<sup>59</sup> Insbesondere sind die Vergütung für die Regelarbeitszeit und Mehr- und Überstunden getrennt voneinander zu untersuchen. Wie auch der EuGH knüpfte das BAG bisher bei der qualitativen Betrachtung an die Leistung des Arbeitgebers pro Stunde an:

»Eine Ungleichbehandlung wegen Teilzeitarbeit liegt vor, wenn die Dauer der Arbeitszeit das Kriterium darstellt, an welches die unterschiedliche Behandlung bei den Arbeitsbedingungen anknüpft. Vollzeit- und Teilzeitkräfte werden daher ungleich vergütet, wenn für jeweils die gleiche Stundenanzahl nicht die gleiche Gesamtvergütung gezahlt wird (BAG, NZA 2011, 1384 Os. = NJOZ 2011, 1706 Rdnrn. 21 f.; BAGE 136, 62 = NZA-RR 2011, 159 Rdnr. 18; BAGE 128, 21 = NZA 2008, 1422 Rdnr. 21).«<sup>60</sup>

Diese Anknüpfung gab das Gericht – wenn auch nicht explizit – in seiner neueren Rechtsprechung auf. Denn nunmehr argumentiert das BAG, dass der dort vorgegebene Mindestbeschäftigungsumfang die Entstehung jeglichen Anspruchs von Teilzeitbeschäftigten auf Überstundenzuschläge verhindere, wenn Teilzeitbeschäftigte den Mindestbeschäftigungsumfang nicht erreichen:

»Würde für die Überstundenzuschläge eines unter vollschichtig beschäftigten Arbeitnehmers die Voraussetzung der Überschreitung der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten in § 7 VII TVöD-K herangezogen und damit eine identische Belastungsgrenze für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte festgelegt, würde für Teilzeitbeschäftigte eine höhere individuelle Belastungsgrenze gezogen. Für Teilzeitbeschäftigte würde die Grenze

der Entstehung ihres Anspruchs nicht proportional zu ihrer Arbeitszeit vermindert [...]. Der über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehende Mindestbeschäftigungsumfang knüpfte ausschließlich an die Dauer der Arbeitszeit an.«<sup>61</sup>

Durch die identische Festlegung der Belastungsgrenzen für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte käme es nach Ansicht des Gerichts zu einer Ungleichbehandlung.<sup>62</sup> Knüpft man jedoch an die Belastung als solche an, ist die individuelle Belastungsgrenze doch dieselbe. Denn was sagt der *pro-rata-temporis*-Grundsatz eigentlich aus? Letztlich doch das, was der EuGH bereits in einer Entscheidung von 2007 konstatierte – demnach handelt es sich um eine Ungleichbehandlung, wenn die dem Vollzeitbeschäftigten bei gleicher Stundenzahl gezahlte Vergütung höher ausfällt als der Verdienst des Teilzeitbeschäftigten, weil die Mehrarbeit eines Teilzeitarbeitnehmers geringer vergütet wird, als die Normalarbeitszeit eines Vollzeitarbeitnehmers.<sup>63</sup>

Der EuGH betont zwar, dass es sich um eine proportional gerechte Vergütung von Mehrarbeit handeln muss, dh. es muss relativ betrachtet werden, wie die Zahl der geleisteten Mehrarbeit zur vereinbarten Gesamtarbeitszeit steht. Dabei liege eine Mehrbelastung von Teilzeitkräften vor, wenn die Zahl der Stunden, ab der Mehrarbeit vergütet wird, absolut und nicht relativ bemessen wird.<sup>64</sup> Dies spiegelt die tatsächliche Mehrbelastung jedoch nicht korrekt wider.

<sup>55</sup> Annuß/Thüsing-Thüsing, TzBfG (Fn. 4), § 4 Rn. 30, der Grundsatz gilt uneingeschränkt auch für Zulagen, s. auch Rn. 35 mwN.

<sup>56</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 49; BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD; BAG, 18. 3. 2014 – 9 AZR 694/12 – juris; BAG, 24. 9. 2008 – 10 AZR 634/07 – AP Nr. 1 zu § 24 TVöD, Rn. 21; BAG, 5. 11. 2003 – 5 AZR 8/03 – AP Nr. 6 zu § 4 TzBfG.

<sup>57</sup> Annuß/Thüsing-Thüsing, TzBfG (Fn. 4), § 4 Rn. 31.

<sup>58</sup> Neben dem Grundgehalt sind hiervon auch Zuschläge für Sonn-, Feiertage und Nacharbeit sowie Mehrarbeit umfasst, vgl. Sievers, TzBfG (Fn. 36), § 4 Rn. 34.

<sup>59</sup> EuGH, 27. 5. 2004 – C-285/02 – Slg. 2004, I-5861 (Elsner-Lakeberg), Rn. 15; BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 45.

<sup>60</sup> BAG, 25. 9. 2013 – 10 AZR 4/12 – AP Nr. 24 zu § 4 TzBfG = NZA-RR 2014, 8, 9.

<sup>61</sup> BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 51.

<sup>62</sup> BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 53.

<sup>63</sup> Vgl. EuGH, 6. 12. 2007 – C-300/06 – Slg. 2007, I-10573 (Voß), in diese Richtung bereits EuGH, 15. 12. 1994 – C-399/92 ua. – Slg. 1994, I-5727 (Helmig ua.).

<sup>64</sup> EuGH, 27. 5. 2004 – C-285/02 – Slg. 2004, I-5861 (Elsner-Lakeberg), Rn. 17.



## 2. Zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung

Sofern man unterstellt, dass eine Ungleichbehandlung vorliegt, kann diese uU. gerechtfertigt sein. So ist es bei Gleichbehandlungsfragen oft: Der Unterschied in den Sachverhalten kann eine Vergleichbarkeit ausschließen, oder aber ein Rechtfertigungsgrund zur Ungleichbehandlung von Vergleichbarem sein. Eine Rechtfertigung ist dann gegeben, wenn der Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund zugrunde liegt, dh. keine willkürliche Unterscheidung, die sich an sachwidrigen Merkmalen orientiert.<sup>65</sup> Maßgebliches Kriterium ist der Leistungszweck.<sup>66</sup> Demnach kann eine unterschiedliche Behandlung von Teilzeitbeschäftigten nur gerechtfertigt sein, wenn sich ihr Grund aus dem Verhältnis von Leistungszweck und Umfang der Teilzeitarbeit herleiten lässt.<sup>67</sup> Entscheidend ist dabei, um welche Zwecke es den Tarifvertragsparteien bei der betreffenden Leistung nach ihrem im Tarifvertrag zum Ausdruck gekommenen, durch die Tarifautonomie geschützten Willen geht.<sup>68</sup> Das BAG hat ausdrücklich klargestellt, dass auch eine Ungleichbehandlung im Entgeltbereich iSd. § 4 Abs. 1 S.2 TzBfG mit einem sachlichen Grund zu rechtfertigen ist.<sup>69</sup> Der *pro-rata-temporis*-Grundsatz gilt demnach nicht ausnahmslos.<sup>70</sup>

### a) Überlastungsschutz als legitimer Grund

Eine Ungleichbehandlung ist durch sachlichen Grund auch gerechtfertigt, wenn der Leistungszweck neutral gegenüber Teilzeit- oder Vollzeitbeschäftigung formuliert wurde.<sup>71</sup> *Joussen* verlagert die Frage, ob bestimmte Belastungen, die mit der Zahlung einer Zulage ausgeglichen werden sollen, beim Teilzeitbeschäftigten gar nicht vorliegen, auf die Ebene des sachlichen Grundes.<sup>72</sup> In diesem Falle läge es wohl näher, schon – wie hier unterstellt – gar keine Ungleichbehandlung anzunehmen, dennoch ist diese jedenfalls gerechtfertigt. Kommt es beim Teilzeitbeschäftigten nämlich gar nicht zu den Belastungen, die mit einer solchen Zulage ausgeglichen werden sollen, ist hierin eine Rechtfertigung zu sehen, ihn von dieser Leistung auszuschließen.

Auf der Hand liegt eine Anknüpfung an der unterschiedlichen Arbeitsbelastung.<sup>73</sup> In diesem Fall muss der Arbeitgeber darlegen, dass bestimmte Belastungen erst bei Überschreiten eines bestimmten Stundenpensums auftreten.<sup>74</sup> Bei der Belastung geht es gerade nicht um eine Anknüpfung an die unterschiedliche Arbeitszeit von Teil- und Vollzeitbeschäftigten. Das BAG hat selbst angenommen, dass eine

unterschiedliche Behandlung von Voll- und Teilzeitbeschäftigten unter zwei Voraussetzungen gerechtfertigt ist: Zum einen muss die tarifliche Regelung dem Zweck dienen, besondere Belastungen auszugleichen, die entstehen, wenn Beschäftigte über die von den Tarifvertragsparteien vorgegebene Arbeitszeit hinaus tätig werden. Darüber hinaus muss die Tarifnorm zum Ziel haben, den Arbeitgeber von einer solchen übermäßigen Inanspruchnahme abzuhalten.<sup>75</sup>

Ein solcher Zweck liegt vor: Mit zunehmender Dauer fällt die Arbeit schwerer und stellt somit eine überproportionale Belastung dar. Eine Arbeitsstunde jenseits der regelmäßigen betrieblichen oder tariflichen Arbeitszeit ist demnach etwas anderes als eine Arbeitsstunde jenseits der individuellen Arbeitszeit eines Teilzeitbeschäftigten. Es wäre daher zu weitgehend, ein gestaffeltes Entlohnungssystem, wonach der Arbeitgeber längere wöchentliche Arbeitszeiten höher entlohnt als kürzere *per se* als Umgehung des Diskriminierungsverbots von Teilzeitbeschäftigten anzusehen. Demnach fehlt es bereits an einer Ungleichbehandlung, sodass es denklogisch gar nicht zur Frage kommen müsste, ob ein sachlicher Grund überhaupt vorliegt. Hierin kann umgekehrt sogar eine Schlechterstellung der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer liegen, die zwar mit § 4 Abs. 1 TzBfG vereinbar wäre, darüber hinaus

<sup>65</sup> *Sievers*, TzBfG (Fn. 36), § 4 Rn. 24.

<sup>66</sup> Vgl. BAG, 19.2.1998 – 6 AZR 477/96 – AP Nr. 68 zu § 2 BeschFG 1985 = NZA 1998, 1131, 1132; BAG, 25.7.1996 – 6 AZR 138/94 – AP Nr. 6 zu § 35 BAT.

<sup>67</sup> BAG, 11.12.2012 – 3 AZR 588/10 – AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Teilzeit; BAG, 24.9.2008 – 6 AZR 657/07 – NZA-RR 2009, 221; BAG, 16.6.2004 – 5 AZR 448/03 – AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Großhandel; BAG, 24.9.2003 – 10 AZR 675/02 – AP Nr. 4 zu § 4 TzBfG.

<sup>68</sup> BAG, 5.8.2009 – 10 AZR 634/08 – AP Nr. 21 zu § 4 TzBfG = NJOZ 2010, 1006, 1009; BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 55.

<sup>69</sup> BAG, 18.3.2014 – 9 AZR 694/12 – juris; BAG, 24.9.2008 – 10 AZR 634/07 – AP Nr. 1 zu § 24 TVöD; BAG, 5.11.2003 – 5 AZR 8/03 – AP Nr. 6 zu § 4 TzBfG.

<sup>70</sup> *Sievers*, TzBfG (Fn. 36), § 4 Rn. 30.

<sup>71</sup> *Annuß/Thüsing-Thüsing*, TzBfG (Fn. 4), § 4 Rn. 64.

<sup>72</sup> *HK-TzBfG-Joussen* (Fn. 4), § 4 Rn. 50.

<sup>73</sup> *Sievers*, TzBfG (Fn. 36), § 4 Rn. 26.

<sup>74</sup> BAG, 30.9.1998 – 5 AZR 18/98 – AP Nr. 70 zu § 2 BeschFG 1985.

<sup>75</sup> BAG, 16.6.2004 – 5 AZR 448/03 – AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Großhandel = NJOZ 2004, 3307, 3311; BAG, 25.7.1996 – 6 AZR 138/94 – AP Nr. 6 zu § 35 BAT = NZA 1997, 774, 775; BAG, 20.6.1995 – 3 AZR 684/93 – AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Chemie = NZA 1996, 600, 601.

<sup>76</sup> S. hierzu bereits eingehend *Annuß/Thüsing-Thüsing*, TzBfG (Fn. 4), § 4 Rn. 37; s. auch *Willemsen/Bauer*, DB 2000, 2223; *Richardi/Annuß*, BB 2000, 2201, 2204.

jedoch am allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen ist.<sup>76</sup>

In diese Richtung deutet auch eine Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2003.<sup>77</sup> In diesem Fall sollten Überstundenzuschläge nur bei Überschreiten der festgelegten regelmäßigen Wochenarbeitszeit gezahlt werden. Das Gericht erkannte zwar das Vorliegen einer Ungleichbehandlung an, sah jedoch einen zulässigen Sachgrund in der bezweckten Einhaltung der Wochenarbeitszeit. Mehrarbeit sei demnach wie Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit eine besonders belastende Tätigkeitszeit und daher möglichst zu vermeiden.

In diesem Zusammenhang gern zitiert wird die Rechtsprechung des EuGH, wonach die Belastung durch Mehrarbeit bei der gleichen Anzahl zusätzlich zu leistender Stunden für Teilzeitbeschäftigte höher im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten sei. In der Entscheidung *Elsner-Lakeberg* ging es aufgrund einer Vorlage des VG Minden um die Frage, ob die nationale Regelung, nach der allen Lehrkräften – unabhängig davon ob sie in Voll- oder in Teilzeit tätig sind – keine Vergütung für Mehrarbeit geleistet wird, wenn diese drei Unterrichtsstunden im Kalendermonat nicht übersteigt, mit der RL 75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen vereinbar ist. Der EuGH führte hierzu aus:

»Während eine vollzeitbeschäftigte Lehrkraft drei Unterrichtsstunden mehr als ihre monatliche Arbeitszeit von 98 Stunden – also etwa 3 % mehr – leisten muss, um eine Vergütung ihrer Mehrarbeit zu erhalten, muss eine teilzeitbeschäftigte Lehrkraft drei Unterrichtsstunden mehr als ihre monatliche Arbeitszeit von 60 Stunden – also etwa 5 % mehr – leisten. Da für teilzeitbeschäftigte Lehrkräfte die Zahl der zusätzlichen Unterrichtsstunden, ab der ein Anspruch auf Vergütung entsteht, nicht proportional zu ihrer Arbeitszeit vermindert wird, werden sie gegenüber vollzeitbeschäftigten Lehrkräften in Bezug auf die Vergütung für die zusätzlichen Unterrichtsstunden ungleich behandelt.«<sup>78</sup>

Die Entscheidung des EuGH ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass es einer Rechtsprechungsänderung des BAG bedurft hätte.<sup>79</sup> Vielmehr hielt der Zehnte Senat in der unmittelbaren Folge an dieser Rechtsprechung fest. Zudem ging es in der Rs. *Elsner-Lakeberg* um die Frage, ob Überstunden überhaupt vergütet werden und nicht um die

Frage, ob Zuschläge für die geleisteten Überstunden gezahlt werden. Dass Überstunden jedenfalls wie normale Arbeitszeit vergütet werden, haben die Tarifparteien in der hier in Rede stehenden Entscheidung des Zehnten Senats vom 19. Dezember 2018 ohnehin bereits geregelt.

Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung, wonach der Belastungsschutz jedenfalls bei vereinbarter Monatsarbeitszeit im Vordergrund der tariflichen Regelung steht – die Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit über die Freizeit als zugrundeliegenden Zweck ansieht, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Nach Ansicht des Sechsten Senats in einer Entscheidung von 2017 seien teilzeit- und vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer von einer Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit über die Freizeit in gleicher Weise betroffen.<sup>80</sup> *Rambach* wendet in diesem Zusammenhang zurecht ein, dass umgekehrt gute Argumente für die Ansicht sprächen, dass die Einschränkung über die nach überobligatorischer Arbeitsleistung verbleibende Freizeit zu disponieren, den Vollzeitbeschäftigten in höherem Maße treffe als den Teilzeitbeschäftigten.<sup>81</sup> In der Tat: Der Vollzeitbeschäftigte hat weniger Freizeit, und jede Einschränkung trifft ihn schon deshalb typischerweise härter. Schließlich vertrat das BAG im Kontext der Teilnahme von Teilzeitbeschäftigten am Bereitschaftsdienst selbst die Position, dass der Vollzeitbeschäftigte, der über seine tariflich vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit hinaus Bereitschaftsdienst leiste, aufgrund der Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit über seine Freizeit in höherem Maße betroffen sei als ein Teilzeitbeschäftigter.<sup>82</sup>

## b) Monatsarbeitszeit versus Jahresarbeitszeit

Und noch einmal weiter gedacht: Es geht beim Jahresarbeitszeitmodell gerade um die Gewährung eines Darlehens. Der wesentliche Unterschied zwischen Jahres- und Monatsarbeitszeit besteht darin, dass die Arbeitnehmer bei vereinbarter Jahresarbeitszeit länger auf die Leistung der Vergütung für Mehrarbeit warten. Der Abrechnungszeit-

<sup>77</sup> BAG, 5. 11. 2003 – 5 AZR 8/03 – AP Nr. 6 zu § 4 TzBfG.

<sup>78</sup> EuGH, 27. 5. 2004 – C-285/02 – Slg. 2004, I-5861 (*Elsner-Lakeberg*), Rn. 17.

<sup>79</sup> So bereits *Rambach*, ZTR 2019, 195, 199.

<sup>80</sup> BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 59.

<sup>81</sup> *Rambach*, ZTR 2019, 195, 199.

<sup>82</sup> BAG, 21. 11. 1991 – 6 AZR 551/89 – AP Nr. 2 zu § 34 BAT = NZA 1992, 545, 548; s. hierzu bereits *Rambach*, ZTR 2019, 195, 199; aA. *Schüren*, RdA 1985, 22, 28 f.

raum unterscheidet sich insoweit deutlich zwischen beiden Modellen. Zudem tragen die Arbeitnehmer einen größeren Teil des Beschäftigungsrisikos. Auf die Dauer eines Jahres gerechnet, ist der Ausgleich von Spitzen durch Zeiten mit vergleichsweise weniger Arbeit leichter möglich. Folgt man der Ansicht des BAG, ist der hierin zum Ausdruck kommende Verlust, vollumfänglich über die Freizeit verfügen zu können, das, was durch Überstundenzuschläge bei vereinbarter Jahresarbeitszeit ausgeglichen werden soll. Demnach ist die Interessenlage von Teil- und Vollzeitbeschäftigten hier dieselbe. Es geht um die gezeigte Flexibilität der Arbeitnehmer.<sup>83</sup> Anders verhält es sich hingegen bei vereinbarter Monatsarbeitszeit. Hier geht es weniger um die Flexibilität als um den Ausgleich einer Mehrbelastung. Der Arbeitgeber verfügt über einen deutlich kürzeren Zeitraum, die Mehrarbeit ausgleichen zu können. Umgekehrt ist die Belastung des Arbeitnehmers auf einen kürzeren Zeitraum gerechnet auch größer. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Modellen ist also die bestehende Möglichkeit eines kurzfristigen Freizeitausgleichs.

Es leuchtet nicht ein, warum der Zehnte Senat in seiner Entscheidung vom 26. April 2017 noch selbst konstatierte, dass ohne besondere Anhaltspunkte im Tarifvertrag selbst nicht davon ausgegangen werden könne, dass es den Tarifvertragsparteien darum gehe, durch Verteuerung der über die individuell geschuldete Arbeitsleistung hinausgehende Arbeitszeiten den individuellen Freizeitbereich zu schützen.<sup>84</sup> In der in Rede stehenden Entscheidung ging es sogar um eine quartalsbezogene Betrachtung – insofern muss dies für die Vereinbarung einer Monatsarbeitszeit erst recht gelten. Geleistete Überstunden könnten, so der Zehnte Senat, durch Freizeitausgleich ohne Mehrarbeitszuschläge kompensiert werden, insofern hätten die Tarifvertragsparteien Eingriffe in den individuellen Freizeitbereich hingenommen.<sup>85</sup> Es bliebe bei dem regelmäßigen Zweck eines Mehrarbeitszuschlags, durch das zusätzliche Entgelt eine besondere Arbeitsbelastung auszugleichen. Dass der Zehnte Senat dieser der Koalitionsfreiheit gerecht werden- den Auslegung eine derartige Absage erteilt, überrascht.

### c) Vom Gewicht der Tarifautonomie

Unbestritten: Die Tarifautonomie als solche stellt keinen sachlichen Grund dar, der eine Ungleichbehandlung Teilzeitbeschäftigter gegenüber Vollzeitbeschäftigten rechtfertigen könnte.<sup>86</sup> Den Tarifvertragsparteien ist es nicht gestattet, vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzuwei-

chen. Ihnen kommt indes ein begrenzt überprüfbarer Einschätzungsspielraum bei der Beurteilung zu, was ein sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung sein kann.<sup>87</sup> Die Tarifvertragsparteien bestimmen als Teil ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Tarifautonomie, welchen Zwecken die aufgrund einer Tarifregelung gewährten Leistungen dienen sollen.<sup>88</sup> Dabei kommt es nicht auf alle Zwecke an, die mit der in Frage stehenden Leistung potentiell verfolgt werden könnten, sondern auf denjenigen, der gerade im Tarifvertrag selbst zum Ausdruck kommt.<sup>89</sup> Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>90</sup> Dabei kommt der Tarifautonomie ein besonderes Gewicht zu. Gerade weil durch Art. 9 Abs. 3 GG ein Verhandlungsgleichgewicht zwischen Arbeitgebern auf der einen, und in Koalitionen kollektiv zusammengeschlossenen Arbeitnehmern auf der anderen Seite geschaffen wurde<sup>91</sup>, kommt der Auslegung eine besondere Bedeutung zu. Das kommt nicht zuletzt dadurch zum Ausdruck, dass das TVG dem Rechnung trägt, indem es tarifliche Regelungen in § 1 Abs. 1 TVG den Charakter von Rechtsnormen verleiht.

Das BAG geht in seiner jüngeren Rechtsprechung vermehrt davon aus, dass mit dem Überstundenzuschlag allein der Umstand belohnt werden solle, dass der Arbeitnehmer ohne Freizeitausgleich mehr als vertraglich vereinbart arbeite und dadurch planwidrig die Möglichkeit einbüße, über seine Zeit frei zu verfügen.<sup>92</sup> Doch das wird dem Willen der Tarifvertragsparteien nicht zwingend gerecht. Verkannt wird, dass ein Austarieren – auch in Bezug auf Überstundenzuschläge – das Ergebnis eines tarifpolitischen Kompromisses ist.<sup>93</sup> In erster Linie geht es

<sup>83</sup> BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18 – AP Nr. 27 zu § 4 TzBfG, Rn. 32.

<sup>84</sup> BAG, 26. 4. 2017 – 10 AZR 589/15 – AP Nr. 26 zu § 4 TzBfG, Os. 1–3.

<sup>85</sup> BAG, 26. 4. 2017 – 10 AZR 589/15 – AP Nr. 26 zu § 4 TzBfG, Rn. 30.

<sup>86</sup> Annuß/Thüsing-Thüsing, TzBfG (Fn. 4), § 4 Rn. 66.

<sup>87</sup> Statt vieler BAG, 25. 4. 2007 – 6 AZR 746/06 – AP Nr. 14 zu § 4 TzBfG.

<sup>88</sup> Sievers, TzBfG (Fn. 36), § 4 Rn. 24.

<sup>89</sup> BAG, 20. 6. 1995 – 3 AZR 539/93 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Nahrungsmittelindustrie = NZA 1996, 597, 598 f.; BAG, 19. 2. 1998 – 6 AZR 477/96 – AP Nr. 68 zu § 2 BeschFG 1985, unter II.2.b.a.a. der Gründe.

<sup>90</sup> BAG, 16. 6. 2004 – 5 AZR 448/03 – AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Großhandel; BAG, 5. 11. 2003 – 5 AZR 8/03 – AP Nr. 6 zu § 4 TzBfG; BAG, 20. 6. 1995 – 3 AZR 684/93 – AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Chemie.

<sup>91</sup> Vgl. hierzu ErfK-Linsenmaier (Fn. 4), Art. 9 GG Rn. 56.

<sup>92</sup> BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 161/16 – AP Nr. 8 zu § 7 TVöD, Rn. 59

<sup>93</sup> So bereits Hanau/Gilberg, BB 1995, 1238, 1240; Rambach, ZTR 2019, 195, 200.

<sup>94</sup> BAG, 25. 7. 1996 – 6 AZR 138/94 – AP Nr. 6 zu § 35 BAT = NZA 1997, 774, 777.

den Tarifvertragsparteien darum, eine besondere Arbeitsbelastung durch ein zusätzliches Entgelt auszugleichen.<sup>94</sup>

Die hier in Rede stehenden Regelungen sind zudem kein Einzelfall<sup>95</sup> – auch in § 7 Abs. 6 TVöD/TV-L haben sich die Tarifvertragsparteien darauf geeinigt, dass nur diejenigen Arbeitsstunden als Mehrarbeit bezeichnet werden, die Teilzeitbeschäftigte über die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit hinaus bis zur regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten (§ 6 Abs. 1 S. 1 TVöD) leisten. Nur weil viele etwas tun, heißt es noch nicht, dass es auch gut zu heißen ist. Andererseits wird hierdurch deutlich, dass sich Tarifvertragsparteien vielfach auf eine solche Regelung geeinigt haben. Sie sehen damit eindeutig die zu schützende Dispositionsfreiheit von Teilzeitbeschäftigten jedenfalls erst bei Überschreiten der regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit betroffen. Um gerade hier von einer anderen Auslegung ausgehen zu können, bedarf es besonderer Anhaltspunkte. Diese sind indes nicht ersichtlich.

Der Zehnte Senat »stülpt« den Tarifparteien seine Auffassung auf. Gerade dies ist mit der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit unvereinbar.<sup>96</sup> Zwar sind Tarifnormen so auszulegen, dass sie nicht in Widerspruch zu höherrangigem Recht stehen, eine andere Auslegung ist indes denkbar und entspricht zudem erkennbar dem Willen der Tarifparteien.

## V. Was bleibt

Das Fazit ist nüchtern: Wenn überhaupt treffen die Schlussfolgerungen des BAG auf eine vereinbarte Jahres- nicht aber auf eine Monatsarbeitszeit zu. Bei der vereinbarten Monatsarbeitszeit steht nach dem von den Tarifvertragsparteien zugrunde gelegten Zweck der Ausgleich einer zu vermeidenden besonderen Arbeitsbelastung im Vordergrund. Das BAG betont selbst, dass sich das Ziel der Überstundenzuschläge zwischen Monats- und Jahresarbeitszeit unterscheiden kann. Von dieser Möglichkeit haben die Tarifvertragsparteien Gebrauch gemacht. Dieses Recht darf aufgrund der Tarifautonomie nicht beschränkt werden. Die Gründe, die das BAG für sein Verständnis der Regelungen zu Überstundenzuschlägen bei Jahresarbeitszeit anführt, sind nachvollziehbar, jedoch nicht ohne weiteres auf eine vereinbarte Monatsarbeitszeit übertragbar. Der Praxis ist eines mit auf den Weg zu geben: Es ist dringend angeraten, den Zweck tariflicher Regelungen deutlich zu machen, um diesen entgegenstehenden Auslegungsergebnissen vorzubeugen.

<sup>95</sup> S. hierzu *Rambach*, ZTR 2019, 195, 200 mwN.

<sup>96</sup> Ebenso *Rambach*, ZTR 2019, 195, 201.

# Der Zweck des Nachtarbeitsausgleichs gem. § 6 Abs. 5 ArbZG im Spiegel der Rechtsprechung: Widersprüche, Fehler, Lösungsmöglichkeiten

Daniel Polzin, Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) Trier

Die angemessene Vergütung von Nachtarbeit beschäftigt mit hartnäckiger Regelmäßigkeit die deutschen Arbeitsgerichte. Dabei ist die Rechtsprechungsentwicklung zu Zweck und Höhe des Nachtarbeitsausgleichs nach § 6 Abs. 5 ArbZG geprägt von zahlreichen Ungenauigkeiten und Widersprüchen, deren Ursachen sowohl in der unbefriedigenden gesetzlichen Grundlage als auch einer nicht zu leugnenden Komplexität der Thematik zu suchen sind. In einem fortschreitenden Systematisierungsprozess scheint die Rechtsprechung nun nach über 20 Jahren an den Grenzen ihres Spielraums angelangt. Da die derzeitige Rechtslage aber weiterhin nicht zu überzeugen vermag, muss über legislatorische Änderungsmöglichkeiten nachgedacht werden.

## I. Einleitung

Nachruhe ist für die Erholung des Menschen grundsätzlich unentbehrlich.<sup>1</sup> Nachtarbeit wird von der WHO als »wahrscheinlich krebserregend« eingestuft<sup>2</sup> und ist für *jeden* Menschen schädlich, wie das BVerfG nach Auflistung der umfangreichen gesundheitlichen Risiken in aller Klarheit feststellte.<sup>3</sup> Liest man Berichte von Nachtarbeitnehmern, drängt sich dem neutralen Leser die Frage auf, wie diese Arbeitsform grundsätzlich erlaubt sein kann.<sup>4</sup> Doch nach dem Willen des Gesetzgebers soll Nachtarbeit gerade nicht verboten, sondern lediglich »zeitlich begrenzt sowie arbeitsmedizinisch und sozialpolitisch flankiert« werden.<sup>5</sup> Als Rechtfertigung für die grundsätzliche Zulässigkeit von Nachtarbeit kann allein der Hinweis auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit, sprich die »freiwillige« Einwilligung der Beschäftigten in die ihren Körper belastende Arbeit nicht dienen.<sup>6</sup> Mit diesem Argument ließe sich schließlich jede Arbeitnehmerschutzvorschrift angreifen. Entscheidende Rechtfertigungsmöglichkeit – und die Legalität einer gesundheitsschädigenden, wahrscheinlich krebserregenden

Arbeitsform sollte auch unter Berücksichtigung des Spannungsverhältnisses zwischen objektiver Schutzpflicht des Staates und Gewährleistung persönlicher Freiheitsrechte als rechtfertigungsbedürftig anzusehen sein<sup>7</sup> – ist vielmehr das Argument des Schutzes gewichtigerer Rechtsgüter, welche im Verhältnis zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer Vorrang genießen. In diesem Sinne stellen die im ArbZG angesiedelten Vorschriften zur Nachtarbeit eine gewisse Besonderheit dar: Wie alle Gesetze im Bereich des Arbeitsrechts sind sie der Versuch eines Ausgleichs widerstreitender Interessen. Doch ungleich vieler anderer Arbeitnehmerschutzvorschriften handelt es sich hierbei nicht um eine lediglich bipolare Interessenkollision. Zwar stehen auf der einen Seite die Interessen der Arbeitgeber, als Recht auf

1 SECO – Direktion für Arbeit (Hrsg.), Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern 2018, S. 016-1.

2 Vgl. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/30640/WHO-Krebsbehoerde-stuft-Nachtarbeit-als-krebserregend-ein> (16.7.2019); in Dänemark ist Brustkrebs bei Nachtschichtarbeiterinnen als Berufskrankheit anerkannt, s. *Fegen/Schulte-Meine/Vetter*, in: *Meine/Wagner* (Hrsg.), *Handbuch Arbeitszeit*, 2. Aufl., Frankfurt aM. 2016 (im Folgenden: *Meine/Wagner, Handbuch Arbeitszeit*), S. 175.

3 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 – BVerfGE 85, 191 = NJW 1992, 964, 965; *Elsner*, *Risiko Nachtarbeit*, Bonn 1992, S. 112 verweist darauf, dass das BVerfG Herzkrankheiten als Risiko ausklammert; neuere Studien: <https://www.chronobiology.com/de/bestaetigt-nachtarbeit-kann-fuer-die-gesundheit-von-krankenschwestern-verheerend-sein/> (16.7.2019); *Amlinger-Chatterjee*, in: *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin* (Hrsg.), *Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt*, Dortmund ua. 2016, abrufbar unter: [https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2353-3a.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=7](https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2353-3a.pdf?__blob=publicationFile&v=7) (16.7.2019), S. 26 ff. zu psychischen Belastungen; *Arlinghaus/Lott*, in: *Hans-Böckler-Stiftung* (Hrsg.), *Forschungsförderung Report Nr. 3*, Düsseldorf 2018, abrufbar unter: [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_fofoe\\_report\\_003\\_2018.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_fofoe_report_003_2018.pdf) (16.7.2019).

4 *Haeming/Lauenstein/Tiedge*, *Spiegel Online* v. 12.4.2011, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/karriere/carpe-noctem-lichtscheue-gestalten-a-756309-3.html> (16.7.2019).

5 BT-Drs. 12/5888, S. 20.

6 So auch BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 – BVerfGE 85, 191 = NJW 1992, 964, 966; ebenfalls: *Blanke/Diederich*, *AuR* 1992, 165, 171.

7 So schreiben *Murawiek/Rixen*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 8. Aufl., München 2018, Art. 2 Rn. 188 zu Recht, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, *nicht zu rechtfertigende* Eingriffe Dritter zu verbieten.

unternehmerische Freiheit sowie der freien Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt<sup>8</sup> und auf der anderen die der Arbeitnehmer, in Gestalt des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und zumutbare Arbeitsbedingungen (Art. 12 Abs. 1 GG)<sup>9</sup> grundrechtlich verbrieft. Hinzu tritt im Falle der Nachtarbeit aber noch das Gemeinschaftsinteresse an unvermeidbar während der nächtlichen Stunden zu erbringenden Leistungen. Gewichtung und Definition dieses Gemeinschaftsinteresses können in einem Konglomerat zu berücksichtigender Umstände, von den Grundrechten Dritter über technische Notwendigkeiten bis hin zur Rolle des ökonomischen Faktors »Wettbewerbsfähigkeit«, mitunter schwerfallen.

Besteht das Ziel des Gesetzgebers darin, die erwiesenermaßen gesundheitsschädliche Arbeitsform der Nachtarbeit perspektivisch einzudämmen,<sup>10</sup> muss die Differenzierung nach der Art der Tätigkeit denklösig eine zentrale Rolle spielen. Bezugspunkt dieses Ziels kann bspw. kaum die für die Garantie elementarer Grundrechte der Bürger notwendige Arbeit sein.<sup>11</sup> Die Entwicklung einer Systematik objektiver Kriterien, nach denen sich die die Nachtarbeit rechtfertigende Bedeutung einer Tätigkeit bestimmen lässt, ist daher elementare Voraussetzung für eine verfassungsrechtlich tragbare Zurückdrängung dieser Arbeitsform. Zudem kann konstatiert werden, dass, sollte eine Eindämmung tatsächlich entweder dem Willen des Gesetzgebers entsprechen oder verfassungsrechtlich geboten sein, dieses Ziel bisher verfehlt wurde. Im Gegenteil ist die Anzahl von Arbeitnehmern, die während später oder nächtlicher Stunden ihre Tätigkeit verrichten, trotz des in § 6 Abs. 5 ArbZG vorgeschriebenen Ausgleichs in den letzten 20 Jahren prozentual und absolut angestiegen.<sup>12</sup> Dies zeigt die Notwendigkeit einer Analyse des Steuerungspotentials von Nachtarbeitszuschlägen auf. Es stellt sich schließlich aber auch die Frage, wie eine Verteuerung als Instrument der Eindämmung überhaupt so geregelt werden kann, dass zwar zwischen verschiedenen Arbeitgebern je nach Notwendigkeit der angewandten Arbeit differenziert wird, dies aber nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung auf Seiten der Nachtarbeitnehmer führt.

Der folgende Beitrag möchte an diesen Fragen ansetzen und zunächst anhand der Konzeption sowie der gesetzlichen Rahmenbedingungen des Nachtarbeitsausgleichs (II.) und der Rechtsprechungshistorie (III.) die Zusammenhänge der Thematik herausarbeiten, um anschließend

mögliche Lösungswege (IV.) aufzuzeigen. Die ebenfalls spannende Frage nach den Anforderungen an vorrangige tarifliche Regelungen<sup>13</sup> soll ebenso wenig einen Schwerpunkt darstellen wie das Verhältnis der beiden Ausgleichsformen »Freizeit« und »Geld« zueinander.<sup>14</sup>

## II. Konzeption und gesetzliche Rahmenbedingungen des Nachtarbeitsausgleichs

### 1. Neuregelung des Arbeitszeitrechts

Aufgrund von Vorgaben im Einigungsvertrag,<sup>15</sup> der RL 93/104/EG und nicht zuletzt eines Handlungsauftrags des BVerfG<sup>16</sup> bestand Anfang der 1990er Jahre akuter Handlungsbedarf zur Neuregelung des deutschen Arbeitszeitrechts. Im besonders reformbedürftigen Bereich des Nachtarbeitsrechts galt es, neben der Beseitigung der verfassungswidrigen Ungleichbehandlung von Arbeitern und Arbeiterinnen, vor allem Grundsätze zur möglichst gesundheitschonenden Gestaltung dieser Arbeitsform zu normieren. Der Auftrag der Verfassungsrichter bestand darin, dem objektiven Gehalt des in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG normierten Rechts auf körperliche Unversehrtheit im neuen Nachtarbeitsrecht Rechnung zu tragen.<sup>17</sup> Reagiert hat der Gesetzgeber hierauf mit der Etablierung eines Schutz-

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 = NJW 2007, 51, 54; dargestellt auch bei Raab, ZfA 2014, 237, 252.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 – NZA 2007, 85, 87.

<sup>10</sup> So die Interpretation der Rechtsprechung seit BAG, 26.8.1997 – 1 ARB 16/97 – AP Nr. 74 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1998, 441, 444.

<sup>11</sup> Daher rief Elsner, Risiko Nachtarbeit (Fn. 3), S. 117 bereits 1992 zu einer Debatte darüber auf »welche Arbeiten als so gesellschaftlich notwendig angesehen werden, dass sie auch nachts erledigt werden müssen«.

<sup>12</sup> Vgl. <https://www.boeckler.de/46021.htm> (16.7.2019); ebenso Meine/Wagner-Fegen/Schulte-Meine/Vetter, Handbuch Arbeitszeit (Fn. 2), S. 171

<sup>13</sup> Zuletzt entscheidend in BAG, 13.12.2018 – 6 AZR 549/17 – AP Nr. 18 zu § 6 ArbZG.

<sup>14</sup> Das BAG geht in ständiger Rechtsprechung von einer Gleichrangigkeit aus, vgl. nur: BAG, 9.12.2015 – 10 AZR 156/15 – AP Nr. 15 zu § 6 ArbZG = NZA 2016, 1021, 1023; Buschmann/Ulber, ArbZG-Kommentar, 8. Aufl., Frankfurt aM. 2015, § 6 Rn. 28 plädieren für den Vorrang des Freizeitausgleichs.

<sup>15</sup> Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 Einigungsvertrag sieht eine Neukodifikation des Arbeitszeitrechts als Aufgabe des gesamtdeutschen Gesetzgebers vor, allerdings ohne Nachtarbeit explizit zu erwähnen.

<sup>16</sup> BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 – BVerfGE 85, 191: Unmittelbar ging es nur um die Verfassungswidrigkeit des Nachtarbeitsverbotes für Arbeiterinnen. Aufgrund der »nachgewiesenen Schädlichkeit für die menschliche Gesundheit« forderten die Verfassungsrichter mithin aber auch weitergehende Neuregelungen.

<sup>17</sup> BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 – BVerfGE 85, 191 = NJW 1992, 964, 966.

konzepts in § 6 des 1994 erlassenen ArbZG. Dieses sieht neben dem Gebot der menschengerechten Gestaltung nach gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen (Abs. 1) oder dem Recht auf arbeitsmedizinische Untersuchungen (Abs. 3) auch vor, dass der Arbeitgeber einem Nachtarbeitnehmer<sup>18</sup> für geleistete Nachtarbeitsstunden<sup>19</sup> – sofern eine tarifliche Regelung nicht vorhanden ist – einen angemessenen Ausgleich zu gewähren hat, entweder in Form eines Entgeltzuschlags oder der Gewährung bezahlter freier Tage (Abs. 5).

## 2. Zweck des Nachtarbeitszuschlags

Um das mit dem Nachtarbeitszuschlag verfolgte Ziel festzustellen, muss zunächst die Zweckrichtung des Nachtarbeiterschutzkonzepts insgesamt betrachtet werden. Dahingehend lässt sich konstatieren, dass dem verfassungsrechtlichen Auftrag nicht eindeutig zu entnehmen ist, ob seine Erfüllung ein Konzept nicht nur zur Ausgestaltung, sondern auch zur Eindämmung, dh. perspektivischen Verringerung von Nachtarbeit, voraussetzt.<sup>20</sup> Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung wiederum ist insoweit ebenfalls keine klare Positionierung erkennbar. Es findet sich lediglich der Hinweis, dass einem generellen Nachtarbeitsverbot die Unverzichtbarkeit nächtlicher Arbeit in einer modernen Industriegesellschaft entgegenstehe.<sup>21</sup> Aus dieser wohl bewusst vage gehaltenen Formulierung ließe sich einerseits ableiten, dass außerhalb des Bereiches der Unverzichtbarkeit ein Verbot durchaus zulässig wäre und hier folglich auch der Schwerpunkt einer Eindämmung liegen müsse. Andererseits wird nicht deutlich, worauf sich die Unverzichtbarkeit beziehen soll, dh. ob bereits unternehmerische Konzepte hierunter subsumiert werden können oder aber technische bzw. gesellschaftliche Notwendigkeiten erforderlich sind. Zuletzt ist diese Aussage deshalb weitgehend inhaltsleer, da praktisch kein Befürworter eines Nachtarbeitsverbots dieses generell, dh. ohne Ausnahmen forderte.<sup>22</sup> Dass aber ein differenziert ausgestaltetes Verbot mit den Anforderungen einer modernen Industriegesellschaft unvereinbar wäre, ist mit Blick auf das Verbot der Sonntagsarbeit oder dem bestehenden Nachtarbeitsverbot im modernen Industriestaat Schweiz<sup>23</sup> mindestens arg begründungsbedürftig. Auch aus der Formulierung im Gesetzesentwurf, dass Nachtarbeit »zeitlich begrenzt« werden solle,<sup>24</sup> lässt sich nicht eindeutig das gesetzgeberische Ziel einer Zurückdrängung schlussfol-

gern. Dem Wortlaut nach ist eher davon auszugehen, dass dies lediglich auf die Ausgestaltung von Nachtarbeit bezogen sein soll. Andernfalls wären begrifflich weitere Formulierungen wie »gesamtwirtschaftlich begrenzt«, »allgemein begrenzt« oder »perspektivisch begrenzt« naheliegender gewesen.

Da die anderen Bausteine des neuen Nachtarbeitsrechts offensichtlich nicht auf eine Eindämmung ausgerichtet sind,<sup>25</sup> muss § 6 Abs. 5 ArbZG schließlich selbst auf dieses Ziel hin überprüft werden. Das Widersprüchliche der Norm besteht darin, dass aufgrund der fehlenden Differenzierung zwischen verschiedenen Tätigkeitsbereichen grundsätzlich keine allgemeine Eindämmung bezweckt sein kann, die Möglichkeit einer zumindest punktuellen Zurückdrängung der Verteuerung von Nachtarbeit jedoch einerseits immanent ist, andererseits sich ein alternativer Zweck nicht klar erschließt. Wenigstens der Entgeltzuschlag dient dem Gesundheitsschutz außer über den Umweg der Eindämmung nicht.<sup>26</sup> Eine solche würde aber die gezielte Verteuerung explizit nicht notwendiger Nachtarbeit erfordern. Doch unabhängig davon, dass der Wortlaut der Norm (»für die [...] geleisteten Arbeitsstunden«) nicht erkennen lässt, inwiefern die Art der Tätigkeit – sprich der Kontext, nicht der Inhalt – Anknüpfungspunkt für die Angemessenheit sein soll,<sup>27</sup> ergeben sich selbst unter dieser Prämisse weitreichende Schwierigkeiten. Denn ohne die Möglichkeit eines Verbots kann das stets

<sup>18</sup> Wer Nachtarbeitnehmer ist, definiert § 2 Abs. 5 ArbZG.

<sup>19</sup> Was unter Nachtarbeit zu verstehen ist, regeln § 2 Abs. 3 und 4 ArbZG.

<sup>20</sup> Anders *Buschmann/Ulber*, ArbZG-Kommentar (Fn. 14), § 6 Rn. 3a die wohl bereits im Handlungsauftrag des BVerfG die Forderung nach Einschränkung von Nachtarbeit »auf das unumgänglich notwendige Maß« enthalten sehen.

<sup>21</sup> BT-Drs. 12/5888, S. 25; die gleiche Argumentation findet sich bei *Zmarzlik*, DB 1992, 680, 681.

<sup>22</sup> Siehe bspw. Arbeitszeitgesetz-Entwurf der Fraktion DIE GRÜNEN, BT-Drs. 10/2188, S. 6f.; *Blanke/Diederich*, AuR 1992, 165, 172; *Elsner*, AiB 1992, 237, 240; *Küpper/Stolz-Willig/Zwingmann*, AiB 1992, 261, 263.

<sup>23</sup> Art. 16 ArG.

<sup>24</sup> BT-Drs. 12/5888, S. 20.

<sup>25</sup> Es käme wenn überhaupt das in § 6 Abs. 4 ArbZG normierte Recht des Nachtarbeitnehmers, unter bestimmten Voraussetzungen die Umsetzung auf einen Tagarbeitsplatz zu verlangen, in Frage. Aufgrund der eindeutig individuellen Ausrichtung und der abschließend aufgelisteten Voraussetzungen wird aber zu Recht nicht vertreten, dass hiermit eine allgemeine Zurückdrängung verfolgt wird.

<sup>26</sup> In diese Richtung bereits BAG, 26. 8. 1997 – 1 ABR 16/97 – AP Nr. 74 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1998, 441, 444; klar anerkannt seit BAG, 5. 9. 2002 – 9 AZR 202/01 – AP Nr. 4 zu § 6 ArbZG = NZA 2003, 563, 564.

<sup>27</sup> Auch die Kommentarliteratur hat zunächst nur auf die Intensität als Kriterium für die Angemessenheit abgestellt.

zu berücksichtigende Recht des Arbeitnehmers auf körperliche Unversehrtheit im Ausgleich mit den hinter der Anwendung von Nachtarbeit stehenden Interessen nie überwiegen, sondern maximal den Grad der Verteuerung erhöhen. Damit ist die Grenze des Schutzes eines elementaren Grundrechts jedes Arbeitnehmers in bedenklicher Weise prädisponiert.<sup>28</sup>

Als alternativer Zweck des Zuschlags lässt sich mithin nur noch der Entschädigungsgedanke ins Feld führen. Ob dieses Ziel allein aber dem in § 1 Nr. 1 ArbZG festgelegten, übergeordneten Zweck des Arbeitszeitgesetzes, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu verbessern, gerecht wird, ist durchaus fraglich. Zudem trüge die Vorschrift dann auch kaum zur Erfüllung des staatlichen Schutzauftrages aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bei.

### 3. Bedeutung internationaler Rechtsquellen

Angesichts der stetig steigenden Bedeutung europäischer Rechtsquellen müssen diese auch im Hinblick auf das Nachtarbeitsrecht in Augenschein genommen werden. Für die spezielle Frage des Nachtarbeitsausgleichs lassen sich jedoch zumindest unmittelbar keine zusätzlichen Erkenntnisse hieraus ableiten. In der RL 2003/88/EG finden sich zwar Vorgaben zur Regelung von Nachtarbeit, diese betreffen allerdings weder einen Zuschlag noch geben sie Hinweise auf das Ziel der Zurückdrängung von Nachtarbeit. Als weitere Quelle kommt das ILO-Übereinkommen Nr. 171 in Betracht, welches zwar von der Bundesrepublik nicht ratifiziert wurde, aber aufgrund eines Verweises in den Gründen zur RL 2003/88/EG von dieser trotzdem zu berücksichtigen ist.<sup>29</sup> Art. 8 des ILO-Übereinkommens Nr. 171 bestimmt, dass für Nachtarbeiter ein der »Natur der Nachtarbeit« Rechnung tragender Ausgleich gezahlt werden muss. Die ILO-Empfehlung Nr. 178 ergänzt unter Ziff. III Nr. 8 (1), dass ein »angemessener finanzieller Ausgleich« gewährt werden solle.<sup>30</sup> Was als »angemessen« angesehen werden kann bzw. der »Natur der Nachtarbeit« entspricht, bleibt jedoch offen. Letztere Formulierung lässt lediglich darauf schließen, dass es nicht primär auf den Kontext der Nachtarbeit, dh. in welchem Bereich die Tätigkeit stattfindet, als vielmehr auf die konkreten, mit nächtlicher Arbeit verbundenen Belastungen ankommen soll. Dass eine Zurückdrängung der Nachtarbeit ihrer Natur entspricht, lässt sich wohl nur schwer argumentieren. Zuletzt kann auch das in Art. 31

Abs. 2 GRCh verbriefte Recht auf Begrenzung der Arbeitszeit ins Feld geführt werden. Als Konkretisierung des Rechts auf »gesunde« Arbeitsbedingungen nach Abs. 1 des Artikels<sup>31</sup> sollte durchaus darüber nachgedacht werden, ob diese Norm nicht die Pflicht zur Entwicklung eines Konzepts enthält, das auf die allgemeine Begrenzung von Nachtarbeit ausgerichtet ist. Mangels diesbezüglicher Aussagen in anderen internationalen Rechtsquellen kann eine solche Argumentation allerdings derzeit nur auf (arbeits-)medizinische Erkenntnisse gestützt werden. Entscheidend wäre vor allem, dass die Thematik wieder ins Blickfeld des europäischen Gesetzgebers gerät.<sup>32</sup>

### III. Rechtsprechungsentwicklung

Die Rechtsprechung stand und steht vor der schwierigen Aufgabe, trotz der kaum zu übersehenden Mängel der gesetzlichen Grundlage des Nachtarbeitsausgleichs – allen voran die unklare Zielstellung sowie die Vagheit des Kriteriums der »Angemessenheit« – eine Systematik zu entwickeln, die in hinreichendem Maße Rechtssicherheit schafft und gleichzeitig verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. In der Rechtsprechungshistorie zeigt sich insoweit ein stetig steigendes Problembewusstsein, einhergehend mit einer zunehmenden Herauskristallisierung von Widersprüchen und kulminierend in Lösungsversuchen, welche den gesetzlichen Spielraum zwar im positiven Sinne ausreizen, aber dennoch nicht zufriedenstellen können.

<sup>28</sup> AA. *Aligbe*, ArbRAktuell 2016, 543, 546, der davon ausgeht, dass eine erforderliche Maßnahme des Arbeitsschutzes nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG iVm. § 4 Nr. 1, § 5 Abs. 3 Nr. 4 ArbSchG darin bestehen könnte, auf Nachtarbeit zu verzichten (verwirrend allerdings, dass er auf das ArbZG, statt das ArbSchG verweist).

<sup>29</sup> ErwG. 6 der RL 2003/88/EG bestimmt, dass den für die Nachtarbeit geltenden Grundsätze der ILO Rechnung zu tragen sei.

<sup>30</sup> Angesichts dieser beiden über die RL 2003/88/EG indirekt zu berücksichtigenden Regelungen, geht *Raab*, ZfA 2014, 237, 250 wohl zu weit, wenn er der Richtlinie »keinerlei Bedeutung« für den Nachtarbeitsausgleich in § 6 Abs. 5 ArbZG attestiert.

<sup>31</sup> So *Heuschmid/Lörcher*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, Bd. 2, Baden-Baden 2016, Art. 31 GRCh Rn. 25.

<sup>32</sup> Immerhin hatte das Europäische Parlament bereits Anfang der 1990er-Jahre ein grundsätzliches Verbot von Nachtarbeit angeregt, s. BT-Drs. 12/4380, S. 1.



## 1. Erste Entscheidung

Die erste BAG-Entscheidung, welche sich mit den Fragen nach Höhe und Zweck des Nachtarbeitsausgleichs beschäftigt, datiert aus dem Jahre 1997.<sup>33</sup> Neben Erörterungen dazu, welche Anforderungen an das Vorhandensein einer vorrangigen tariflichen Regelung zu stellen sind und ob die Art des Ausgleiches nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 und 10 BetrVG der betrieblichen Mitbestimmung unterliegt, enthält das Urteil die grundlegende Feststellung, dass der in § 6 Abs. 5 ArbZG vorgeschriebene Ausgleich »die Nachtarbeit verteuern und damit zurückdrängen« solle.<sup>34</sup> Was zunächst wie eine selbstverständliche, weil denklogische Gesetzesinterpretation wirkt,<sup>35</sup> hätte bei genauerer Betrachtung wesentlich mehr Begründungsaufwand erfordert. Unabhängig von den bereits erwähnten Tatsachen, dass eine grundsätzliche Eindämmung nicht bezweckt sein kann und sich ein solches Ziel zudem aus dem Gesetz nicht eindeutig ableiten lässt, ist die Zurückdrängung aufgrund von Verteuerung mithin aber auch kein ökonomischer Automatismus<sup>36</sup>. Die Erhöhung des Preises für die Ware Arbeitskraft während der Nachtzeit beeinflusst lediglich einen Faktor zur Bestimmung der Profitabilität nächtlicher Produktion. Wiegen die mit kontinuierlicher Produktion verbundenen Einsparungen (zB. das Fortlaufen von Maschinen) oder die besseren Marktbedingungen aufgrund nächtlicher Arbeit (zB. schnellere und flexiblere Bearbeitung von Aufträgen) die Verteuerung der Arbeitskraft auf, wird keine zunehmende Vermeidung von Nachtarbeit erfolgen. Eine harte Wettbewerbssituation im Kampf um Kunden kann sogar dazu führen, dass Nachtarbeit genutzt wird, obwohl sie aufgrund des Zuschlags weniger profitabel als Tagarbeit ist. Die tatsächliche Verfolgung des Ziels der Zurückdrängung würde demnach erfordern, unter Berücksichtigung aller Markt- und Produktionsbedingungen den Zuschlag in einer Höhe zu bemessen, der tatsächlich zur Unrentabilität der Nutzung von Nachtarbeit führt.<sup>37</sup> Zur Angemessenheit des Ausgleichs findet sich zudem lediglich die Stellungnahme, dass zwischen den Belangen der Arbeitnehmer einerseits und betrieblichen Notwendigkeiten sowie wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers andererseits abgewogen werden müsse. Wie dies im Einzelnen zu geschehen hat, bleibt im Dunkeln.

## 2. Festlegung von Zuschlagshöhen

Auf dieser Linie bewegen sich auch die vom BAG<sup>38</sup> bestätigten Aussagen des LAG Hamm vier Jahre später.<sup>39</sup> Bei dem Kriterium der Angemessenheit handle es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit eröffne, »unter Berücksichtigung der spezifischen Belastung der Nachtarbeit, den betrieblichen Notwendigkeiten und dem wirtschaftlichen Interesse des Arbeitgebers einen angemessenen Zuschlag festzulegen«. Angesichts der auch vom BVerfG anerkannten strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers<sup>40</sup> muss der Satz überraschen. Denn diese zugrunde gelegt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass beide Seiten »zusammen« oder gar die Arbeitgeberseite einseitig einen angemessenen Zuschlag festlegen würden.<sup>41</sup> Vielmehr wird dem Arbeitnehmerschutz nur eine Regelung gerecht, die diesen ermöglicht, unabhängig von den Interessen des Arbeitgebers nach objektiven Kriterien einen angemessenen Zuschlag zu verlangen.

Ein Jahr später urteilte das BAG schließlich, dass tarifliche Nachtarbeitszuschläge im Mittel 25 % betragen und dies bei der Bemessung der Angemessenheit als Richtmaß herangezogen werden könne.<sup>42</sup> Ein Aufschlag um die Hälfte des Grundlohns verliere allerdings seinen Charakter als Zuschlag und messe der mit Nachtarbeit verbundenen Erschwernis ein zu hohes Gewicht bei.<sup>43</sup> Während die Fest-

<sup>33</sup> BAG, 26. 8. 1997 – 1 ABR 16/97 – AP Nr. 74 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>34</sup> BAG, 26. 8. 1997 – 1 ABR 16/97 – AP Nr. 74 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1998, 441, 444.

<sup>35</sup> So schließt auch *Raab*, ZfA 2014, 237, 258 allein aus dem Umstand der Verteuerung, dass Nachtarbeit »auf die wirklich notwendigen Fälle« beschränkt werden soll.

<sup>36</sup> So auch in jüngerer Zeit das LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris, Rn. 87.

<sup>37</sup> Dass *Raab*, ZfA 2014, 237, 260 davon ausgeht, bereits ein zehnzehntiger Zuschlag könnte Druck auf den Arbeitgeber dahingehend ausüben, auf »unnötige« Nachtarbeit zu verzichten, erscheint vor diesem Hintergrund wenig überzeugend.

<sup>38</sup> BAG, 27. 5. 2003 – 9 AZR 180/02 – AP Nr. 5 zu § 6 ArbZG.

<sup>39</sup> LAG Hamm, 10. 12. 2001 – 19 Sa 1102/01 – juris.

<sup>40</sup> Siehe nur BVerfG, 28. 1. 1992 – 1 BvR 1025/82 – BVerfGE 85, 191 = NJW 1992, 964, 966.

<sup>41</sup> Man stelle sich einmal vor, die Festlegung »angemessener« Ruhe- oder Pausenzeiten würde den Arbeitsvertragsparteien überlassen werden.

<sup>42</sup> BAG, 5. 9. 2002 – 9 AZR 202/01 – AP Nr. 4 zu § 6 ArbZG = NZA 2003, 563, 567, bereits zuvor als Orientierung vorgeschlagen von: *Zmarzlik/Anzinger*, ArbZG-Kommentar, Heidelberg 1995, § 6 Rn. 58.

<sup>43</sup> BAG, 5. 9. 2002 – 9 AZR 202/01 – AP Nr. 4 zu § 6 ArbZG = NZA 2003, 563, 567.

legung eines Richtwertes, abgesehen von den ungelösten Problemen der Differenzierung nach Art der Arbeit und der hinreichenden Berücksichtigung des Gesetzeszwecks, grundsätzlich begrüßenswert ist, vermag die zweite Feststellung in keiner Weise zu überzeugen. Die Erschwernis der Nachtarbeit besteht in einer massiven Gesundheitsbelastung, insbesondere auch vom Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der tatsächlichen Leistung nicht absehbaren Spätfolgen.<sup>44</sup> Ohne weitere Ausführungen wollen die Richter dennoch eine obere Grenze des »Gewichts« dieser Faktoren ausgemacht haben. Die Bedeutung des Wortes »Zuschlag« wird dahingehend eingegrenzt, dass es sich um eine »ausgewogene« zusätzliche Leistung handeln müsse. Damit wird letztlich die inhaltliche Auslegung des Begriffes »angemessen« zugunsten einer formellen Auslegung des Begriffes »Zuschlag« deutlich eingegrenzt. Eine solche Interpretationsweise lässt sich dem Wortlaut aber keineswegs entnehmen und ist mit dem Zweck des Gesundheitsschutzes (§ 1 Nr. 1 ArbZG), dem eine möglichst weite Auslegung des Begriffes »angemessen« dient, kaum vereinbar.<sup>45</sup> En passant wird in dem Urteil zudem erwähnt, dass ein Zuschlag von 10–15 % nicht ausreicht, den bezweckten Druck auf den Arbeitgeber auszuüben,<sup>46</sup> ohne darauf einzugehen, dass das BAG ursprünglich davon ausging, Verteuerung würde per se zu Zurückdrängung führen.

### 3. Zwischenergebnis

In den ersten Entscheidungen ist zu Tage getreten, dass es zur Durchsetzung des Anspruches auf einen angemessenen Nachtarbeitsausgleich eines Richtwertes bedarf. Anders kann § 6 Abs. 5 ArbZG seinem Charakter als Arbeitnehmerschutzvorschrift nicht gerecht werden. Eine Überbetonung der Vertragsfreiheit stand allerdings der klaren Artikulierung dieser Erkenntnis im Wege. Deutlich ausgesprochen wurde hingegen die Zielstellung des Nachtarbeitsausgleiches als Instrument zur allgemeinen Einschränkung von Nachtarbeit, ohne dies jedoch sauber herzuleiten. Zwar stimmt es, dass nur auf diesem Wege der Geldausgleich einen gesundheitsschützenden Charakter bekommt, allerdings wurde nicht erörtert, ob im Gesamtkonzept des § 6 ArbZG dem Nachtarbeitsausgleich überhaupt ein solcher Charakter zugeordnet wurde. Zudem fanden die damit einhergehenden Differenzierungsprobleme ebenso wenig einen Widerhall in den Urteilen wie die Frage, wann ein Zuschlag effektiv zur

Verwirklichung dieses Zweckes führt.<sup>47</sup> Eine über die Herauserarbeitung eines Richtwertes hinausgehende Systematisierung von objektiven Kriterien, nach denen die Angemessenheit des Ausgleichs bestimmt werden kann, fand ebenfalls nicht statt.

### 4. Grundsatz-Entscheidung zur Minderungsmöglichkeit

Eine neue Dimension bekam die Thematik durch ein Urteil des BAG vom 31. August 2005.<sup>48</sup> In diesem wurde über die Angemessenheit des Nachtarbeitszuschlags für einen als Rettungsassistenten beschäftigten Arbeitnehmer entschieden. Es wird ausgeführt, dass sich die Höhe des Zuschlags nicht nur vermindern kann, wenn in die Nachtarbeit Arbeitsbereitschaft fällt, sondern auch, wenn der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, Nachtarbeit einzuschränken, nicht erreichbar ist.<sup>49</sup> Da der Rettungsdienst sowohl der öffentlichen Sicherheit als auch dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung diene und folglich ein Verzicht auf Nachtarbeit in diesem Bereich ausgeschlossen sei, wäre ein Zuschlag von 10 % als angemessen – aber ebenso als unterste Grenze – anzusehen.<sup>50</sup>

Das Urteil krankt daran, ein offenes Einzelproblem zwar einer Lösung zugeführt zu haben, die Wirkung dessen im Gesamtzusammenhang aber zu vernachlässigen und daher Folgeprobleme zu verkennen. Es ist den Richtern vollkommen darin zuzustimmen, dass bei Zugrundelegung des Ziels der Eindämmung von Nachtarbeit zwischen verschiedenen Tätigkeitsbereichen differenziert werden muss.<sup>51</sup> Doch mit keinem Wort wird erwähnt, dass eine Ungleichbehandlung von Nachtarbeitnehmern in

<sup>44</sup> Vgl. *Elsner*, Risiko Nachtarbeit (Fn. 3), S. 39 ff.; ebenso das LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris, Rn. 80, welches zudem die Gefahr sieht, dass »Arbeitnehmer und Arbeitgeber die gesundheitlichen Fernwirkungen regelmäßiger Nachtarbeit unterschätzen.«

<sup>45</sup> Zutreffend dahingehend: *Raab*, ZfA 2014, 237, 265, nach dem sich die Auslegung des Begriffes an dem Zweck des Gesundheitsschutzes zu orientieren habe.

<sup>46</sup> BAG, 5. 9. 2002 – 9 AZR 202/01 – AP Nr. 4 zu § 6 ArbZG = NZA 2003, 563, 567.

<sup>47</sup> Dahingehend betonte das BAG, 27. 5. 2003 – 9 AZR 180/02 – AP Nr. 5 zu § 6 ArbZG, der Zuschlag verfehle seinen Zweck, wenn er »ohne deutliche finanzielle Folgen« für den Arbeitgeber bleibe, um dann allerdings ohne Begründung anzunehmen, dass 25 % Zuschlag diesem Umstand Rechnung trügen.

<sup>48</sup> BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG.

<sup>49</sup> BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG = NZA 2006, 324, 325.

<sup>50</sup> BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG = NZA 2006, 324, 325; krit. zur 10 %-Grenze: *Schimpff/Melz*, MDR 2016, 489, 490.

<sup>51</sup> Erläuternd dazu auch *Reichold*, SAE 2007, 233, 234.

Bereichen, in denen der verfolgte Zweck erreicht werden kann und jenen, in denen dies nicht der Fall ist, angesichts der gleichen Belastungen beider Gruppen vor dem Hintergrund der Schutzwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG fraglich sein könnte.<sup>52</sup> Ebenfalls wird erneut der Frage ausgewichen, wann denn eine Verteuerung zu einer Zurückdrängung führt. Wie der 9. Senat zuvor, geht nun auch der 5. Senat davon aus, dass dies zumindest bei einem zehnprozentigen Zuschlag nicht der Fall ist. Warum genau bei dieser Marke eine quantitative Änderung in eine qualitative umschlagen soll, bleibt unbeantwortet.

Anstatt zu einer dogmatisch tragbaren Fundierung der Minderungsmöglichkeit beizutragen, hat das BAG in der Folge diese ohne weitere Ausführungen auch auf den Fall eines Wachmanns bei einem Sicherheitsunternehmen angewandt.<sup>53</sup> Zudem wurde als Kriterium für die Höhe des Ausgleichs auch die Wirtschaftsschwäche der Region, in der das Unternehmen angesiedelt war, herangezogen.<sup>54</sup> Interessant ist noch die Aussage, dass der Zweck der Nachtzuschläge darin bestehe, die Nachtarbeit »vor allem zugunsten der Arbeit am Tage zurückzudrängen.« Diese auf den ersten Blick unscheinbare Abwandlung der bisherigen Zweckbeschreibung ist dahingehend bedeutsam, dass Unternehmen, deren Geschäftsidee auf Nachtarbeit basiert, von dem Zweck nur noch nebensächlich erfasst würden, unabhängig davon, ob die von ihnen erbrachte Leistung technisch oder gesellschaftlich notwendig ist. Der Grund für eine Privilegierung erschließt sich in diesem Fall allerdings nicht.

## 5. Entwicklung des Kriteriums der Unvermeidbarkeit

Fast 20 Jahre nach Verabschiedung des ArbZG hat das BAG schließlich in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 2015 in bisher umfassendster Weise versucht, eine rechtssichere Systematik für den Nachtarbeitsausgleich herauszuarbeiten.<sup>55</sup> Die tragenden Pfeiler hiervon sind die Staffelung der Zuschlagshöhe nach objektiven Maßstäben sowie die Entwicklung des Kriteriums der Unvermeidbarkeit für die Möglichkeit einer Zuschlagsminderung. Für durchschnittliche Nachtarbeit sei demnach ein Zuschlag iHv. 25 % als angemessen anzusehen, für Dauernachtarbeit iHv. 30 %. Eine Minderung auf minimal 10 % des Bruttostundenlohns soll möglich sein, wenn die Belastung durch die Nachtarbeit im Vergleich zum Üblichen geringer ist (zB. wegen Arbeitsbereitschaftszeiten), von vornherein von einer

geringeren Belastung auszugehen sei oder der Zweck der Einschränkung nicht zum Tragen kommen könne. Als Zusatz ist letzterem noch hinzugefügt, dass diese Erwägung nur Relevanz haben könne in Fällen, in denen Nachtarbeit »aus zwingenden technischen Gründen oder aus zwingend mit der Art der Tätigkeit verbundenen Gründen bei wertender Betrachtung vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des § 6 Abs. 5 ArbZG unvermeidbar ist.«<sup>56</sup> Zudem seien »rein wirtschaftliche Erwägungen« nicht in der Lage, eine Minderung des Regelwertes zu begründen.<sup>57</sup>

Das Urteil ist zunächst Resultat einer Rechtsprechungshistorie, in deren Verlauf sich gezeigt hat, dass 1. Differenzierungen in der Höhe des Nachtarbeitsausgleichs notwendig sind und 2. Richtwerte benötigt werden, damit Beschäftigte tatsächlich einen angemessenen Ausgleich erlangen können. Der erkennbare Wille der Umsetzung dieser Erkenntnisse ist zwar lobenswert, kann aber über die weiterhin vorhandenen Schwächen nicht hinwegtäuschen. Zum einen wurde die maximale Zuschlagshöhe, bisher lediglich bei unter 50 % angesiedelt<sup>58</sup>, nun auf 30 % festgesetzt, ohne zu diskutieren, ob dies dem (angenommenen) Ziel der Zurückdrängung nicht notwendiger Nachtarbeit gerecht wird. Die Klarstellung, dass »rein wirtschaftliche Erwägungen« keine Unvermeidbarkeit und damit Zuschlagsminderung begründen können, ist im Vergleich zur übertrieben wirtschaftsfreundlichen Sichtweise des 5. Senats in seiner 2009er-Entscheidung als Fortschritt anzusehen. Es stellt sich aber die Frage, warum »rein wirtschaftliche Erwägungen« umgekehrt in keinem Fall einen höheren Ausgleich als 30 % begründen können. Die Art der Arbeitsleistung soll lediglich bei der Minderung des Zuschlags eine Rolle spielen, nicht aber bei der Erhöhung, für die ausschließlich die Intensität (Dauernachtarbeit) ausschlaggebend sei.

<sup>52</sup> So zum ersten Mal ArbG Trier, 21. 6. 2016 – 3 Ca 1527/15 – juris.

<sup>53</sup> BAG, 11. 2. 2009 – 5 AZR 148/08 – AP Nr. 9 zu § 6 ArbZG.

<sup>54</sup> BAG, 11. 2. 2009 – 5 AZR 148/08 – AP Nr. 9 zu § 6 ArbZG = NJOZ 2010, 62, 63; später allerdings ausdrücklich verworfen von BAG, 9. 12. 2015 – 10 AZR 156/15 – AP Nr. 15 zu § 6 ArbZG = NZA 2016, 1021, 1025.

<sup>55</sup> BAG, 9. 12. 2015 – 10 AZR 156/15 – AP Nr. 15 zu § 6 ArbZG.

<sup>56</sup> BAG, 9. 12. 2015 – 10 AZR 156/15 – AP Nr. 15 zu § 6 ArbZG = NZA 2016, 1021, 1024.

<sup>57</sup> AA. Raab, ZfA 2014, 237 (273), der auch »zwingende unternehmerische Gründe« gelten lassen will.

<sup>58</sup> BAG, 5. 9. 2002 – 9 AZR 202/01 – AP Nr. 4 zu § 6 ArbZG = NZA 2003, 563, 567.

## 6. Neueste Entwicklungen

Ziel der vom 10. Senat entwickelten Systematik war zweifellos auch die Schaffung von Rechtssicherheit und damit verbunden eine Verringerung gerichtlicher Auseinandersetzungen. Eingetreten ist letztlich das Gegenteil.<sup>59</sup> Auf das Kriterium der Unvermeidbarkeit aufbauend, entschieden in der Folge mehrere Arbeitsgerichte, dass ein Zuschlag für Zeitungszusteller iHv. 10 % als angemessen anzusehen ist<sup>60</sup>, andere sahen für diese Berufsgruppe 25 % als korrekten Richtwert an<sup>61</sup> und das BAG urteilte 2018 schließlich, dass Zeitungszustellern 30 % auf das Bruttoarbeitsentgelt draufzuschlagen sind<sup>62</sup>. Auch für Pflegetätigkeiten wurde von verschiedenen Gerichten die Angemessenheit aller drei Richtwerte mindestens einmal vertreten.<sup>63</sup> Wo liegen die Ursachen hierfür?

Pflegetätigkeiten während der Nachtzeit sind in aller Regel im gesellschaftlichen Interesse (Gesundheitsschutz der Bevölkerung) und in diesem Sinne notwendig bzw. unvermeidbar.<sup>64</sup> Eine Vermeidung von nächtlicher Arbeit in diesem Bereich darf nicht nur nicht gefördert, sondern muss sogar aktiv verhindert werden. Daher fragt sich, mit welchen Argumenten die Instanzengerichte vor diesem Hintergrund die Angemessenheit von Zuschlägen iHv. 25 % oder gar 30 % vertreten, zumal das BAG für Fälle unvermeidbarer Nachtarbeit doch gerade eine Minderung auf 10 % für zulässig erklärt hat. Zunächst wird darauf verwiesen, dass eine »automatische Reduzierung« des durchschnittlichen Zuschlags nach der BAG-Rechtsprechung gerade nicht vorgesehen sei.<sup>65</sup> Dem Gesichtspunkt der Unvermeidbarkeit käme in bestimmten Fällen »keine so große Bedeutung« zu, dass eine Reduzierung gerechtfertigt wäre.<sup>66</sup> Schließlich wird der Steuerungseffekt des Nachtarbeitszuschlags und damit die Zielstellung der Zurückdrängung von Nachtarbeit grundsätzlich in Frage gestellt.<sup>67</sup> Die bisher ungelöste Frage, ob und ab welcher Höhe ein Nachtarbeitsausgleich tatsächlich zur Eindämmung dieser Arbeitsform führt, wird von den Gerichten nun inzident oder ausdrücklich dahingehend beantwortet, dass Zuschläge von 25 % oder 30 % diesen Effekt nicht auslösten.<sup>68</sup> Unter dieser Prämisse wird mit Verweis auf die gleiche Belastungssituation von Nachtarbeitnehmern in verschiedenen Bereichen (sofern sie bspw. nicht größtenteils Arbeits- oder Rufbereitschaft leisten) die Notwendigkeit auch eines gleich hohen Zuschlags vertreten, unabhängig von dem Kontext der Arbeit.<sup>69</sup>

Während sich in den Entscheidungen zu Beschäftigten im Pflegebereich mit der Frage der Unvermeidbarkeit der Tätigkeit kaum beschäftigt werden musste, war dies in den Fällen der Zeitungszusteller eine zentrale Streitfrage. Vertraten die einen die Ansicht, dass eine pünktlich ausgetragene Tageszeitung vom Schutzbereich des für eine funktionierende Demokratie konstituierenden Art. 5 Abs. 2 S. 1 GG umfasst sei,<sup>70</sup> wurde dies auf der anderen Seite entweder in Frage gestellt<sup>71</sup> oder aber mit dem schlichten Verweis auf das Fehlen »überragender Gründe des Gemeinwohls« überhaupt nicht weiter thematisiert<sup>72</sup>. Gerade die letztere, vom BAG vertretene Ansicht erstaunt in vielerlei Hinsicht. Zum einen wird die Frage, welchen Stellenwert das morgendliche Austragen der Tageszeitung für die Pressefreiheit hat und ob der Schutz dieser einen »überragenden Grund des Gemeinwohls« darstellen kann, nicht aufgeworfen.

<sup>59</sup> *Schimpff/Melz*, MDR 2017, 1038, 1039 sprechen von einer »Renaissance« der Rechtsprechung zu § 6 Abs. 5 ArbZG.

<sup>60</sup> ArbG Mönchengladbach, 16. 11. 2016 – 6 Ca 2087/16 – juris; ArbG Dortmund, 6. 4. 2017 – 3 Ca 4633/16 – AfP 2017, 273; ArbG Dortmund, 14. 2. 2017 – 2 Ca 4632/16 – juris.

<sup>61</sup> ArbG Trier, 21. 6. 2016 – 3 Ca 1527/15 – juris; ArbG Bonn, 31. 1. 2017 – 6 Ca 1728/16 – juris.

<sup>62</sup> BAG, 25. 4. 2018 – 5 AZR 25/17 – AP Nr. 13 zu § 1 MiLoG.

<sup>63</sup> 10 % sah das LAG Hamm, 9. 3. 2018 – 13 Sa 1354/17 – juris als angemessen an; 25 % das LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris und das LAG Berlin-Brandenburg, 19. 12. 2017 – 11 Sa 1195/17 – juris; 30 % wurde vom LAG Rheinland-Pfalz, 7. 6. 2018 – 5 Sa 446/17 – RDG 2018, 241 vertreten.

<sup>64</sup> Von keinem Gericht angezweifelt; statt aller: *Schimpff/Melz*, MDR 2017, 1038, 1041.

<sup>65</sup> LAG Mecklenburg-Vorpommern, 27. 6. 2018 – 3 Sa 226/17 – LAGE § 6 ArbZG Nr. 6, Rn. 35.

<sup>66</sup> LAG Rheinland-Pfalz, 7. 6. 2018 – 5 Sa 446/17 – RDG 2018, 241 242; LAG Berlin-Brandenburg, 19. 12. 2017 – 11 Sa 1195/17 – juris, Rn. 28.

<sup>67</sup> LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris, Rn. 79.

<sup>68</sup> Am ausführlichsten dahingehend LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris, Rn. 87: »Angesichts der Vorteile, die längere Laufzeiten für teure hochtechnisierte Maschinen mit sich bringen, könnte man auf die Entscheidungen der Unternehmen allenfalls dann Einfluss nehmen, wenn man die Nachtarbeit – um einmal eine Zahl zu greifen – um den Faktor 3 bis 5 verteuern würde.«

<sup>69</sup> ArbG Bonn, 31. 1. 2017 – 6 Ca 1728/16 – juris; LAG Rheinland-Pfalz, 7. 6. 2018 – 5 Sa 446/17 – RDG 2018, 241, 243.

<sup>70</sup> ArbG Mönchengladbach, 16. 11. 2016 – 6 Ca 2087/16 – juris; zustimmend *Schimpff/Melz*, MDR 2017, 1038, 1040; ebenso *Schimpff/Melz*, MDR 2016, 489, 493, die zudem einen etwas bizarren Vergleich zur Bedeutung von Schnittblumen und Hackfleisch für eine funktionierende Demokratie aufstellen.

<sup>71</sup> So wies das ArbG Trier, 21. 6. 2016 – 3 Ca 1527/15 – juris darauf hin, dass digitale Medien inzwischen einen enormen Stellenwert erlangt hätten und sich die Bewertung einer Tätigkeit generell mit den Ansprüchen der jeweiligen Gesellschaft ändere.

<sup>72</sup> BAG, 25. 4. 2018 – 5 AZR 25/17 – AP Nr. 13 zu § 1 MiLoG = NJW 2018, 2745, 2750; *Jesgarzewski*, BB 2019, 1152 thematisiert in seiner Anmerkung bereits nicht einmal mehr die Möglichkeit eines zehnprozentigen Zuschlags.

Zum anderen wird (erneut) das Kriterium der Unvermeidbarkeit von Nachtarbeit ohne tiefere Begründung modifiziert. Hieß es zuvor, dass »zwingende technische Gründe oder zwingend mit der Art der Tätigkeit verbundene Gründe« Unvermeidbarkeit bewirken könnten<sup>73</sup>, wird die Hürde zur Erfüllung dieses Kriteriums nun deutlich angehoben, ihr zugleich aber auch an Schärfe genommen. So stellt sich die Frage, ob etwa technische Gründe oder der Eigentumschutz<sup>74</sup> einen überragenden Grund des Gemeinwohls darstellen können. Rechtssicherheit lässt sich hinsichtlich des Kriteriums der Unvermeidbarkeit bzw. gesellschaftlich begründeten Notwendigkeit von Nachtarbeitstätigkeiten nur durch ein transparentes Prüfungskonzept schaffen. Ein solches bleibt das BAG jedoch weiterhin schuldig.

Auf der einen Seite hat also das Anliegen, eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verschiedener Nachtarbeitergruppen zu verhindern, zur weitgehenden Aufgabe der seit der ersten BAG-Entscheidung von 1997 vertretenen Ansicht, der Nachtarbeitsausgleich verfolge den Zweck der Zurückdrängung von Nachtarbeit, geführt.<sup>75</sup> Ob dieser Zweck jedoch verfassungsrechtlich geboten ist, wurde entweder nicht weiter eruiert oder mit Verweis darauf, dass ein zur Eindämmung geeigneter Zuschlag »weit an der derzeitigen Gesetzeslage« vorbeigehe, abgetan.<sup>76</sup> Auf der anderen Seite wurde parallel hierzu das nur im Kontext mit der von den Instanzengerichten nun in Frage gestellten Zwecksetzung bedeutsame Kriterium der Notwendigkeit von Nachtarbeit vom BAG auch noch zusätzlich verschärft. Wissenschaftlich blieben diese Veränderungen bislang weitgehend unkommentiert.

## 7. Zusammenfassung

Es lassen sich grob drei Phasen in der Rechtsprechungsentwicklung unterscheiden. Die 1. Phase (1997–2005) war von der Unsicherheit geprägt, wie mit der, gelinde gesagt, sehr interpretationsoffenen Gesetzesgrundlage umzugehen ist. Eine Struktur wurde kaum erarbeitet, dafür aber der Zweck, eine allgemeine Beschränkung von Nachtarbeit, bestimmt. In der 2. Phase (2005–2015) wurde vom BAG schrittweise eine Systematik entwickelt, welche (teilweise) basierend auf dem zuvor bestimmten Zweck drei nach objektiven Kriterien bestimmbare Zuschlagshöhen beinhaltet. In der 3. Phase (2015–heute) schließlich wurde bei grundsätzlicher Beibehaltung der Systematik der Zweck der Zurückdrängung zunehmend aufgegeben oder zumindest extrem eng

verstanden. Unter Zugrundelegung jedoch der vom BAG nie fallengelassenen Prämisse, dieser Zweck bestehe fort, stellen sich drei Probleme als entscheidende Hindernisse auf dem Weg zu einer konsistenten Rechtslage dar:

1. Die auf einer fehlenden Analyse der ökonomischen Gesamtfaktoren von Nachtarbeit fußende Ineffektivität der als Richtwert festgelegten Zuschlagsgrößen.
2. Das Fehlen einer transparenten Systematik zur Kategorisierung von Nachtarbeit, je nach ihrer Notwendigkeit bzw. Unvermeidbarkeit.
3. Die Ungleichbehandlung von Nachtarbeitnehmern, welche gleichen Belastungen ausgesetzt sind, als Folge der Differenzierung nach der Notwendigkeit der von ihnen verrichteten Tätigkeit.

## IV. Lösungsvorschläge

### 1. Umfang des Nachtarbeitszuschlags

Bei der Festlegung der Höhe des regelmäßig angemessenen Nachtarbeitszuschlags haben sich die Gerichte am Durchschnitt der einschlägigen in Tarifverträgen vorgesehenen Zuschläge orientiert, was zu einem Richtwert von 25 % führte.<sup>77</sup> Mag diese Vorgehensweise auf den ersten Blick auch überzeugen, wirft sie mit Blick auf den Zweck des Zuschlags allerdings Fragen auf. Denn soll der Zuschlag sich zur Zurückdrängung von Nachtarbeit eignen, ergibt die Anlehnung an tarifliche Regelungen nur Sinn, wenn diese eben jene Qualität aufweisen. Zumal sich dieser Zweck auch aus der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ergeben könnte, an welche die Tarifvertragsparteien aber unstrittig nicht gebunden sind. Wird zu Recht vertreten, dass vorrangige tarifliche Ausgleichsregelungen im Sinne des § 6 Abs. 5 ArbZG nur vorliegen, sofern die zusätzlichen Leistungen den eindeutigen Zweck verfolgen, dem

<sup>73</sup> BAG, 9. 12. 2015 – 10 AZR 156/15 – AP Nr. 15 zu § 6 ArbZG = NZA 2016, 1021, 1024.

<sup>74</sup> Bspw. im Bewachungsgewerbe, s. BAG, 11. 2. 2009 – 5 AZR 148/08 – AP Nr. 9 zu § 6 ArbZG.

<sup>75</sup> Etwas zurückhaltender: *Dahl*, jurisPR-ArbR 33/2018 Anm. 2, der eine »andere Betonung« der Steuerungsfunktion des Nachtarbeitszuschlags konstatiert; *Schimpff/Melz*, MDR 2017, 1038, 1041 hatten zumindest nach den ersten ArbG-Entscheidungen noch analysiert, dass die Ausnahmekriterien für eine Abweichung nach unten gerade nicht entfallen wären.

<sup>76</sup> LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris, Rn. 87.

<sup>77</sup> St. Rspr. seit BAG, 5. 9. 2002 – 9 AZR 202/01 – AP Nr. 4 zu § 6 ArbZG.

Ausgleich der gesundheitlichen Belastungen zu dienen<sup>78</sup>, gibt es vergleichbare Positionierungen bzgl. des Zwecks der Eindämmung nicht. In der Verhandlungsmasse eines Tarifvertrages stellt der Nachtarbeitszuschlag letztlich nur einen kleinen Teil dar, bei dem die Gewerkschaften sich möglicherweise zugunsten anderer vorteilhafter Regelungen kompromissbereit zeigen. Selbst wenn die Gewerkschaften daher das Ziel einer perspektivischen Vermeidung von Nachtarbeit verfolgen, ist dessen Erreichen wesentlich vom Kräfteverhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien abhängig. Kann bspw. bei der Vergütungshöhe von einer Richtigkeitsvermutung tarifvertraglicher Einigungen ausgegangen werden,<sup>79</sup> können Maßnahmen des Gesundheitsschutzes nur in beschränktem Maße dem Marktmechanismus unterworfen werden und müssen diesem im Falle der Erfüllung staatlicher Schutzpflichten schließlich grundsätzlich entzogen sein.<sup>80</sup>

Doch wie ließen sich zweckorientierte Richtwerte abseits der Anlehnung an Tarifverträge dann finden?

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern hat jüngst ausgeführt, dass vermutlich ein Zuschlag um den Faktor 3 bis 5 notwendig wäre, um auf die betriebswirtschaftliche Entscheidung zur Anwendung von Nachtarbeit Einfluss zu nehmen.<sup>81</sup> Tatsächlich kann nicht übersehen werden, welcher großer Vorteil für produktionsmittelintensive Unternehmen die durchgängigen Laufzeiten der Maschinen haben. Die Alternative wäre – soll der Produktionsumfang sich nicht mindern – die Anschaffung weiterer Maschinen, welche die nächtliche Produktion substituieren.<sup>82</sup> In produktionsmittelarmen Bereichen (bspw. Gastronomie, Handel, Sicherheitsgewerbe) hingegen kann bereits eine wesentlich geringere Belastung zu der betriebswirtschaftlichen Unrentabilität von Nachtarbeit führen. Angesichts dieser Tatsachen wird ein branchenübergreifender Zuschlag nicht in der Lage sein, sämtliche Anwendungsformen nicht notwendiger Nachtarbeit gleich zu belasten und damit zurückzudrängen. Eine umfassende Beschränkung auf ein notwendiges Minimum würde vielmehr eine individuelle, an den mit Nachtarbeit zusammenhängenden Wirtschaftsfaktoren orientierte Belastung bestimmter Branchen erfordern. Dies erscheint jedoch allein aufgrund des hohen Ermittlungsaufwandes nicht als gangbare Option.

De lege lata ist der Handlungsspielraum ohnehin weitgehend ausgeschöpft.<sup>83</sup> Selbst wenn, wie weiter oben ausgeführt, die Auslegung des Wortes »Zuschlag« zugunsten einer weiten teleologischen Auslegung der »Angemessen-

heit« nicht zu eng verstanden werden darf, finden die für eine differenzierte Zurückdrängung notwendigen Maßnahmen keine hinreichende Grundlage im Gesetz. Letztlich ist der derzeitige § 6 Abs. 5 ArbZG nicht auf eine tatsächliche Eindämmung ausgelegt, weswegen dieser Zweck ohne legislatorische Änderungen nicht aufrechterhalten werden kann. De lege ferenda böten sich verschiedene Möglichkeiten. So könnte eine regelmäßige Anpassung des Zuschlags nach Analyse der Wirksamkeit in Bezug auf das Ziel der Zurückdrängung ähnlich bspw. den Regelungen beim Mindestlohn eingeführt werden. Alternativ wäre die Festschreibung einer stufenweisen Erhöhung denkbar, von der Unternehmen auf Antrag und unter Darlegung der Gründe eine Ausnahmegenehmigung beantragen können.<sup>84</sup> Beide Maßnahmen hätten gegenüber einem Verbot den Vorteil, dass Unternehmen ausreichend Zeit hätten ihre Produktion bzw. Arbeitsorganisation umzustellen. Es würde ein Druck zur Erforschung von Arbeitsmethoden und technischen Möglichkeiten zur Vermeidung von Nachtarbeit erzeugt. Ähnlich sehen auch viele Vorschläge im Bereich der Reduzierung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes von Unternehmen aus, die statt einer – Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedrohenden – sofortigen harten Grenze Anpassungsdruck erzeugende Mechanismen (steigende finanzielle Belastung, Verringerung des Gesamtausstoßes mittels Zertifikaten) vorschlagen.<sup>85</sup>

78 Vgl. *Buschmann/Ulber*, ArbZG-Kommentar (Fn. 14), § 6 Rn. 27a.

79 So wird sich zur Ermittlung der »üblichen Vergütung« gem. § 612 Abs. 2 BGB zu Recht an tariflichen Regelungen orientiert, s. *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 19. Aufl., München 2019, § 612 BGB Rn. 38.

80 Letztlich ist es in der Regel eine Abwägungsfrage, inwieweit Raum für eine zumindest partielle Tarifdispositivität bei Arbeitnehmerschutzvorschriften vorhanden ist.

81 LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris, Rn. 87.

82 Es könnte zwar ggf. argumentiert werden, dass sich die Laufzeiten der Maschinen aufgrund geringeren Verschleißes im Falle nächtlicher Unterbrechungen verlängert, doch selbst wenn dies so wäre, ändert dies nichts an dem Nachteil der größeren Inflexibilität.

83 Ähnlich LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris, Rn. 87.

84 Ein ähnliches Verfahren gibt es bereits in der Schweiz, wo Unternehmen gem. Art. 17 ArG unter Darlegung technischer oder wirtschaftlicher Gründe Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit beantragen können.

85 Aktuell hierzu: Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (Hrsg.), *Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik*, Wiesbaden 2019, abrufbar unter: [https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/sg2019/sg\\_2019.pdf](https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/sg2019/sg_2019.pdf) (16. 7. 2019) insb. S. 58 ff.; der Autor will damit keine Unterstützung solcher Vorschläge suggerieren. Die Parallele im Mechanismus ändert nichts daran, dass die Verhinderung des Klimawandels einen anderen Stellenwert als die Verringerung von Nachtarbeit haben sollte.

## 2. Das Kriterium der Notwendigkeit

Als Gretchenfrage erwies sich ein ums andere Mal jene nach der Bestimmung der Bereiche, in welchen der Zweck einer Verhinderung von Nachtarbeit nicht erreicht werden kann bzw. soll. Zuletzt hatte der 5. Senat des BAG eine Abweichung vom Regelzuschlagssatz nur noch bei Vorliegen »überragender Gründe des Gemeinwohls« für zulässig erachtet.<sup>86</sup> Drei Jahre zuvor stellte der 10. Senat noch etwas detaillierter auf »zwingende technische Gründe oder zwingende mit der Art der Tätigkeit verbundene Gründe« ab.<sup>87</sup> Die Frage nach Kriterien zur Bestimmung von Ausnahmetatbeständen im Nachtarbeitsrecht ist freilich nicht neu, sondern wurde besonders nach dem wegweisenden BVerfG-Urteil aus dem Jahr 1992 vielfach diskutiert. So wurde unter anderem gefordert, Nachtarbeit »nur da zuzulassen, wo sie aus gesellschaftlichen Sachverhalten oder aus technischen Begebenheiten unabänderlich nötig ist.«<sup>88</sup> Ebenso wurde bei Forderung eines grundsätzlichen Nachtarbeitsverbots vertreten, dass es Ausnahmen geben müsse »bei gesellschaftlich notwendiger, kulturell ausdrücklich erwünschter oder aus arbeitstechnisch und technisch-ökonomischen Gründen unverzichtbarer Nachtarbeit.«<sup>89</sup> Der Forderung nach »wenigen, präzise formulierten Ausnahmen« bei grundsätzlichem Verbot<sup>90</sup> recht nahe kommt der bereits 1984 vorgelegte Gesetzesentwurf der »Grünen«-Fraktion, der in § 16 neben einer Auflistung von Branchen, in denen entgegen des Verbots gearbeitet werden darf, auch die Möglichkeit beinhaltet, tariflich »aufgrund unabweisbarer betriebstechnischer Erfordernisse« Ausnahmen zu statuieren.<sup>91</sup>

Allen Vorschlägen ist insofern gemein, dass sie wirtschaftliche Motivationen weitestgehend ausschließen wollen. Weder Wettbewerbsfähigkeit noch Verbraucherwünsche sollen eine Rolle spielen.<sup>92</sup> In der Regel werden zudem technische Gründe nur als Ausnahmen anerkannt, wenn sie »zwingend« sind bzw. »Unabänderlichkeit« oder »Unverzichtbarkeit« zur Folge haben. Da wirtschaftliche Aspekte außen vor bleiben sollen, fallen hierunter nur Fälle, in denen Maschinen durch das Ab- und wieder Anstellen auf Dauer beschädigt oder gar funktionsunfähig gemacht werden. Auch die (technische) Unmöglichkeit, den Herstellungsprozess eines Produktes zu unterbrechen, ließe sich unter die vorgeschlagenen Ausnahmetatbestände subsumieren.

Wird der Zweck der Zurückdrängung verfolgt, wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, unter Berücksichtigung der gesamtgesellschaftlichen Interessenlage und basierend auf arbeitswissenschaftlichen sowie naturwissenschaftlich-technischen Erkenntnissen die Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen festzulegen. Wird einem Nachtarbeit anwendenden Unternehmen eine solche Genehmigung erteilt, ist es nicht zur Zahlung des steigenden Zuschlags verpflichtet, sondern es verbleibt bei einem konstanten Ausgleich als individuelle Entschädigung der Nachtarbeitnehmer. Dieser sollte mit den derzeitigen Regelsätzen (10 % bei überwiegender Bereitschaft, 25 % bei durchschnittlicher Nachtarbeit und 30 % bei Dauernachtarbeit) zutreffend bemessen sein. Potential für weitergehende Schutzbestimmungen, etwa einen Vorrang des Freizeitausgleichs<sup>93</sup> oder die Verkürzung der maximalen Arbeitszeit während der Nachtzeit<sup>94</sup>, bliebe allerdings auch in diesem Bereich vorhanden. Unabhängig von Ausgleich und Zuschlag erscheint die Erweiterung der Schutzvorschriften bzgl. der Ausgestaltung von Nachtarbeit im Rahmen des wirtschaftlich Machbaren ohnehin als von der Schutzpflicht des Staates umfasst. Es ließe sich sogar sehr gut argumentieren, dass der individuelle Entschädigungsausgleich vollständig zugunsten konkret die gesundheitliche Belastung verringernder Maßnahmen gestrichen werden sollte.

Es sind die Zahlungen demnach nach ihrer Zweckrichtung – Entschädigung einerseits, zunehmende Beschränkung mittels finanzieller Belastung andererseits – zu separieren.<sup>95</sup> Im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge stellt

<sup>86</sup> BAG, 25. 4. 2018 – 5 AZR 25/17 – AP Nr. 13 zu § 1 MiLoG = NJW 2018, 2745, 2750.

<sup>87</sup> BAG, 9. 12. 2015 – 10 AZR 156/15 – AP Nr. 15 zu § 6 ArbZG = NZA 2016, 1021, 1024.

<sup>88</sup> *Elsner*, AiB 1992, 237, 240.

<sup>89</sup> *Küpper/Stolz-Willig/Zwingmann*, AiB 1992, 261, 263.

<sup>90</sup> *Blanke/Diederich*, AuR 1992, 165, 172.

<sup>91</sup> Arbeitszeitgesetz-Entwurf der Fraktion DIE GRÜNEN, BT-Drs 10/2188, S. 6 f.

<sup>92</sup> So auch BAG, 9. 12. 2015 – 10 AZR 156/15 – AP Nr. 15 zu § 6 ArbZG = NZA 2016, 1021, 1025, allerdings natürlich nicht bezogen auf ein Verbot, sondern die fehlende Möglichkeit einer Zuschlagsminderung.

<sup>93</sup> *Buschmann/Ulber*, ArbZG-Kommentar (Fn. 14), § 6 Rn. 28.

<sup>94</sup> Die SPD-Fraktion hatte in ihrem Entwurf für ein neues ArbZG bspw. eine Begrenzung der individuellen Nachtarbeitszeit auf sechs Stunden vorgeschlagen, s. *Oppolzer*, AuR 1994, 41, 46.

<sup>95</sup> Ähnlich auch der Gesetzesentwurf der Grünen, BT-Drs 10/2188, S. 6 f., welcher trotz des vorgeschlagenen Verbots weiterhin eine Ausgleichszahlung vorsah.

sich zudem unabhängig vom Eindämmungszweck die Frage, ob den Unternehmen nicht ein Erstattungsanspruch bzgl. des Entschädigungsausgleichs gegenüber der öffentlichen Hand zustehen sollte. Sind die Unternehmen in öffentlicher Trägerschaft, würde dies de facto kaum etwas ändern. Sind sie aber privat, könnte auf diesem Wege verhindert werden, dass die finanzielle Belastung von in zwingendem gesellschaftlichem Interesse stehender Nachtarbeit falsche Anreize erzeugt. Freilich könnte dies bspw. im Krankenhaus- und Pflegesektor auch durch die Normierung fester nächtlicher Besetzungsquoten erreicht werden.

### 3. Ungleichbehandlung von Nachtarbeitnehmern

Ein Dilemma, was spätestens seit der BAG-Entscheidung von 2015 zunehmend virulent wurde (freilich war es bereits vorher theoretisch da, fand aber in der Rechtsprechungspraxis keine Berücksichtigung), ist die Tatsache, dass eine differenzierte Behandlung verschiedener Arbeitgeber nach der jetzigen Rechtslage zwangsläufig auch eine Ungleichbehandlung der jeweiligen Nachtarbeitnehmer zur Folge hat. Ursächlich hierfür ist der Umstand, dass eine finanzielle Belastung des Arbeitgebers zwingend zugunsten des Nachtarbeitnehmers erfolgt. Eine dementsprechende Ungleichbehandlung wird aufgrund der gleichen Belastungsfaktoren aber inzwischen zu Recht vielfach abgelehnt<sup>96</sup> und erscheint auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht gerechtfertigt. Lösen ließe sich die Situation dadurch, dass die steigende, perspektivische Minimierung bezweckende Belastung als Abgabe an die öffentliche Hand ausgestaltet wird.<sup>97</sup> Dies würde zudem dem bereits heute zu beobachtenden Effekt entgegenwirken, dass Arbeitnehmer ihre Gesundheit zugunsten einer höheren Entlohnung zurückstellen und über diesen (Um-)Weg gerade die zurückzudrängende Nachtarbeit zumindest für Arbeitnehmer sogar an Attraktivität gewinnt.<sup>98</sup> Des Weiteren ließe sich über das System von Ausnahmegenehmigungen für notwendige und belastende Abgaben für nicht notwendige Nachtarbeit die gesamtwirtschaftliche Anwendung dieser Arbeitsform erfassen und die Einhaltung der gesetzlichen Standards effektiver kontrollieren.

### 4. Zusammenfassung

Ohne Gesetzesänderungen ist eine tatsächliche Verfolgung des Ziels, Nachtarbeit insgesamt einzudämmen bzw. auf ein notwendiges Maß zu beschränken, nicht möglich und sollte daher aufgegeben werden. Eine diesem Ziel verpflichtete gesetzliche Grundlage muss auf der Trennung von Entschädigungsausgleich und Zurückdrängung bezweckender Mehrbelastung aufbauen, wobei letztere einerseits stufenweise angehoben werden, andererseits als Abgabe an den Staat ausgestaltet werden sollte. Als erste Schritte erfordert die Erarbeitung eines juristisch wie ökonomisch fundierten Eindämmungssystems jedoch die Analyse der betriebswirtschaftlichen, vor allem finanziellen Bedeutung des Faktors »Nachtarbeit« sowie die Bestimmung, für welche Bereiche nach Abwägung der zu berücksichtigenden Grundrechte und Interessen eine Ausnahme von der Mehrbelastung gerechtfertigt ist.<sup>99</sup> Parallel zu diesen Maßnahmen kann und muss zudem die Ausgestaltung der Nachtarbeit in allen Bereichen im Sinne eines bestmöglichen Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer kontinuierlich weiterentwickelt werden.

### V. Fazit

Nachtarbeit fristet aktuell im politischen ebenso wie im rechtswissenschaftlichen Diskurs ein Schattendasein. Dass trotz der klaren Positionierungen Anfang der 1990er Jahre<sup>100</sup> und der ernüchternden Entwicklung der letzten beiden Jahrzehnte<sup>101</sup> heute die Forderung einer Neuregelung

<sup>96</sup> Zuletzt LAG Rheinland-Pfalz, 7. 6. 2018 – 5 Sa 446/17 – RDG 2018, 241, 242.

<sup>97</sup> Dieser Betrag wäre dann freilich der Disposition der Tarifvertragsparteien entzogen. Diesen bliebe Verhandlungsspielraum nur noch bei der Höhe des Entschädigungsausgleichs.

<sup>98</sup> Vgl. Hans-Böckler-Stiftung-Arlinghaus/Lott, Forschungsförderung Report Nr. 3 (Fn. 3), S. 16; ebenfalls: LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17. 10. 2017 – 2 Sa 57/17 – juris, Rn. 82.

<sup>99</sup> Hier enthält der Gesetzentwurf der Grünen, obschon bereits 35 Jahre alt, durchaus fruchtbare Vorschläge: BT-Drs 10/2188, S. 6f.

<sup>100</sup> Anfang der 1990er hatte zB die IG Metall eine »Kampagne gegen Nachtarbeit« beschlossen, in dessen Rahmen auch ein Nachtarbeitszeitgesetz gefordert wurde, welches Nachtarbeit, die »nur aus wirtschaftlichen Gründen geleistet wird« nicht zulässt, s. das Vorwort von Zwickel in Elsner, Risiko Nachtarbeit (Fn. 3), S. 5f.

<sup>101</sup> Hans-Böckler-Stiftung-Arlinghaus/Lott, Forschungsförderung Report Nr. 3 (Fn. 3), S. 7; Meine/Wagner-Fegen/Schulte-Meine/Vetter, Handbuch Arbeitszeit (Fn. 2), S. 171 stellen sogar fest, dass eine Ausweitung von Nachtarbeit zunehmend aus wirtschaftlichen, nicht versorgungstechnischen Gründen erfolgt, was im Besonderen das Scheitern des Ziels der Begrenzung von Nachtarbeit auf ein notwendiges Maß illustriert.



des Nachtarbeitsrechts auch gewerkschaftspolitisch nicht vorangetrieben wird, ist bedauerlich. Denn unabhängig davon, dass der erreichte Stand an Produktivität und technologischem Fortschritt eine gesellschaftliche Debatte über die Vermeidung gesundheitsgefährdender Arbeitsformen geradezu verlangt, bietet die aktuelle Rechtslage breiten Raum für Kritik. So hat sich gezeigt, dass der Nachtarbeitsausgleich in seiner jetzigen Form nicht imstande ist, dem vom BAG angenommenen Ziel der Zurückdrängung von Nachtarbeit zu dienen, aber vor allem die gesundheitlichen Risiken für die Gebotenheit dieser Zwecksetzung sprechen. Eine eingehende Untersuchung, ob der Gesetzgeber mit den derzeitigen Regelungen seiner grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gerecht geworden ist, steht bislang aus.<sup>102</sup> Es kann

schließlich nicht übersehen werden, dass sich im Rahmen eines gemeinsamen EU-Binnenmarktes und damit eines weitest möglich liberalisierten Wettbewerbs im Zusammenhang mit verschärften Nachtarbeitsregulierungen zwangsläufig die Frage nach Standortvor- bzw. -nachteilen stellt. Das kann und sollte in diesem Fall freilich kein Grund zu gesetzgeberischer Zurückhaltung auf nationaler Ebene sein, jedoch den langfristigen Fokus auf eine EU-weite Regelung richten.

<sup>102</sup> Nach *Buschmann/Ulber*, ArbZG-Kommentar (Fn. 14), § 6 Rn. 3a wurde der Gesetzgeber dem Auftrag des BVerfG »in keiner Hinsicht gerecht«; ähnlich *Oppolzer*, AuR 1994, 41, 46; aA.: *Raab*, ZfA 2014, 237, 257, der vertritt, dass diese Schutzpflicht bereits ohne jede Ausgleichsregelung erfüllt wäre.

## Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen und Selbstständige Unselbstständigkeit

Hans Hanau/Wenzel Matiaske (Hrsg.), Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen. Arbeitsrechtliche und sozialwissenschaftliche Perspektiven, 2019, edition sigma in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 200 S. (ISBN 978-3-8487-5460-1), 39,- €

Isabell Hensel/Daniel Schönefeld/Eva Kocher/Anna Schwarz/Jochen Koch (Hrsg.), Selbstständige Unselbstständigkeit. Crowdfunding zwischen Autonomie und Kontrolle, 2019, edition sigma in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 256 S. (ISBN 978-3-8487-5134-1), 49,- €

## I. Digitalisierung als arbeitsrechtliches Epochenthema

Die Digitalisierung der Arbeitswelt ist für das Arbeitsrecht zu einem Epochenthema geworden, vergleichbar vergangenen Debatten um den Kündigungsschutz, die Verkürzung der Arbeitszeit, die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses oder die Krise des Flächentarifvertrages. Dem schon jetzt reichhaltigen Literaturangebot zum Thema der Digitalisierung der Arbeitswelt kann man weiteres dynamisches Wachstum vorhersagen. Aus dem gegenwärtigen Diskussions- und Forschungsstand sollen im Folgenden zwei in dem Verlagsverbund »Nomos« und »edition sigma« neu erschienene Bücher vorgestellt werden, die nicht

nur durch das gemeinsame äußere Farbsignal von grauem und rotem Einband, sondern vor allem auch inhaltlich viel miteinander zu tun haben.

## II. Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen

Als Herausgeber der »Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen« haben *Hans Hanau* und *Wenzel Matiaske* zehn weitere Autorinnen und Autoren zur Behandlung von Erscheinungsformen und Folgen der Entgrenzung versammelt. Entstanden sind die Beiträge für einen im Dezember 2017 in Hamburg veranstalteten Workshop, dessen erklärtes Ziel es war, die bislang nur schwach verknüpften Diskussions- und Forschungsstränge in der sozialwissenschaftlichen Organisations- und Personalforschung einerseits und dem Arbeitsrecht andererseits zum Thema der Entgrenzung im Arbeitsleben ins Gespräch zu bringen. Die Herausgeber, beide Professoren an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr (HSU) Hamburg, personifizieren den fächerübergreifenden Ansatz. Den Auftakt machen *Florian Schramm* und *Mandy Tietgen-Simonsen*, beide mit personalwirtschaftlichem wissenschaftlichen Hintergrund, der eine Professor an der Universität Hamburg, die andere wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Euro-FH Hamburg, mit einem Beitrag zum »Crowdfunding – Menetekel und empirische Evidenz«. Der Titel lässt das Spannungsverhältnis zwi-

schen alarmierender Übertreibung (»Menetekel«) und wirklichkeitsnaher Überprüfung neu entstandener Praktiken anklingen. Der Beitrag bietet eine informative Einführung in den Stand der empirischen Forschung zum »Crowdworking«, mit nüchternem Ergebnis, was das Gesamtangebot betrifft: »noch keine sonderlich robusten Ergebnisse« und »noch ausbaubedürftiger Forschungsstand«. Deutlich wird aus dem Beitrag auch eine Ambivalenz, die vor schnellen Bewertungen bewahren kann. Zum Einerseits gehören die durch »crowdworking« ermöglichte Selbstbestimmung und Flexibilität und die Brückenfunktion für Menschen, die nur mit Schwierigkeit einen Zugang zur betrieblichen Erwerbsarbeit finden können. Zum Andererseits gehören die Gefahren prekärer Arbeitsbedingungen mit unzureichender ökonomischer und sozialer Absicherung, individuellem Wettbewerb und dem Risiko der Selbstüberforderung.

Der Beitrag der beiden Arbeitssoziologen *Christine Gerber* und *Martin Krzywdzinski* vom Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung hat die »Entgrenzung in der digitalen Onlinearbeit am Beispiel von Crowdwork« zum Gegenstand. An allen Abhandlungen zum Thema Digitalisierung in der Arbeitswelt ist, *by the way*, festzustellen, dass sie nicht nur einen Innovationsschub in der Technologie, sondern auch einen Anglisierungsschub in der deutschen Sprache bewirken. Beispiele hierfür sind die ohne Anführungszeichen oder Kursivdruck ins Deutsche übernommenen Begriffe des »Crowdwork«, der »Gamification« oder des »Streamens«. Neben der theoretischen Unterscheidung der von Plattformen organisierten Arbeitsprozesse nach Mikro- und Makroaufgaben und der damit verbundenen Vergütungsformen sowie Entgrenzungsfolgen bietet der Beitrag auch empirische Aufklärung. Gewonnen wurde die Empirie aus 15 Fallstudien von Crowdwork-Plattformen und insgesamt 32 Interviews mit Vertreterinnen und Vertretern von Plattformen und Crowdworkern sowie der Auswertung der Kommunikation von Community-Foren von fünf Plattformen.

*Roland Schwarze*, Professor für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Hannover, untersucht unter dem Blickwinkel der diskontinuierlichen Arbeit und des Arbeitnehmerbegriffs die »Bedeutung der Digitalisierung für den arbeitsrechtlichen Aufgreifbarbestand«. Als Aufgreifbarbestand sieht er das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit, das den Begriff des Arbeitnehmers bestimmt. Es knüpft an die Kon-

tinuität des Arbeitens an und ist offenkundig durch die Diskontinuirung der Arbeitsprozesse bedroht. Digitalisierung der Arbeit bewirkt Diskontinuität in vierfacher Hinsicht: räumlich, zeitlich, gegenständlich und personell. *Schwarze* wirft die Frage auf, der sich das gesamte zweite hier zu besprechende Buch widmen wird: Macht Diskontinuirung und die durch sie bewirkte Verselbständigung der Arbeit den Arbeitenden zum Selbständigen? Aus seiner Sicht ist das »vielleicht die Schicksalsfrage des Arbeitsrechts«. Sie veranlasst ihn, die Diskontinuitätstoleranz des herrschenden Arbeitnehmerbegriffs auszuloten. Im Ergebnis kann man nach seiner Auffassung auch bei diskontinuierlichen Arbeitsprozessen ohne explizite Weisungsabhängigkeit zum Arbeitnehmerbegriff gelangen.

Die tarifpolitischen Auswirkungen der Digitalisierung der Arbeit untersucht *Markus Helfen*, Professor für Personalpolitik an der Universität Innsbruck: »Was hat die Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen mit dem Renovierungsbedarf der tarifpolitischen Arena zu tun?« Mit dem Begriff der Tariffragmentierung beschreibt *Helfen* die »Vervielfachung tarifpolitischer Welten einschließlich tarifloser Zustände« mit dem Ziel, sie aus einer interorganisationalen Perspektive zu deuten. Aufgrund der netzwerkförmigen Reorganisation, durch die Unternehmen eine Verringerung der Wertschöpfungstiefe zu erreichen suchen, ist für ihn die »Mehr-Arbeitgeber-Beschäftigung« ein Kennzeichen der Arbeitsorganisation in der Plattformökonomie. In tarifpolitischer Hinsicht folgt aus Mehr-Arbeitgeber-Beschäftigung das Tätigwerden von Arbeitnehmern unterschiedlicher Organisationen im selben Arbeitskontext und Arbeitsprozess, aber unter der Geltung verschiedener Arbeitsbedingungen und Tarifwerke. Mit der netzwerkförmigen Reorganisation bilden sich nach *Helfen* »regelrechte Vergütungskaskaden« heraus, in denen sich die Vergütung der betroffenen Arbeitskräfte nach der Netzwerkposition des jeweiligen Unternehmens ausdifferenziert. Die hieraus erwachsende Beeinträchtigung geregelter Konfliktaustragung in der tarifpolitischen Arena erklärt aus seiner Sicht Renovierungsbedarf. Für diesen sieht er drei Ansatzpunkte, eine Erweiterung der gesetzgeberischen Handlungsoptionen mit dem Ziel der Sicherung von Mindestschutzniveaus, die Anpassung der Kollektivakteure an geänderte Wirklichkeitslagen, beispielsweise durch die Bildung von gewerkschaftlichen Netzwerken und Tarifgemeinschaften, und eine verstärkte Einbeziehung von Belegschaften und Organen der Betriebsverfas-

sung in die Gesetzes- und Tarifnormen ausfüllenden Gestaltungsaufgaben.

Die Problematik der Abgrenzung des kollektiven Arbeitsrechts vom Wettbewerbsrecht behandelt *Jochen Mohr*, Professor für Bürgerliches Recht, Wettbewerbsrecht, Energierecht, Regulierungsrecht und Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, in seinem Beitrag »Soloselbständige zwischen Wettbewerbsrecht und Kollektivarbeitsrecht«. *Mohr* rekapituliert die Argumente für die nicht einfach zu begründende Vereinbarkeit des wettbewerbsrechtlichen Ansatzes der Verhinderung von Marktmacht mit der verfassungs- und arbeitsrechtlich gebotenen Zulassung von Koalitionen. Aufgelöst wird das Spannungsverhältnis nach heute herrschender Ansicht durch die teleologische Reduktion der Geltung von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB für Kollektivverträge. Auch nach der sogenannten Albany-Doktrin des EuGH<sup>1</sup> müssen den Wettbewerb beschränkende Wirkungen von Tarifverträgen hingenommen werden, weil andernfalls die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefährdet wäre (Rn. 59). Näher an das Thema der Koalitionsfähigkeit von Solo-Selbständigen führt eine zweite von *Mohr* diskutierte Entscheidung des EuGH heran, das Urteil in der Rechtssache *FNV Kunsten Informatie en Media*<sup>2</sup>. Die Einbeziehung von Solo-Selbständigen in Tarifverträge ist nach *Mohr* nicht nur arbeitsrechtlich, sondern auch wettbewerbsrechtlich problematisch. Auch mit Bezug auf den Beschluss des BAG vom 1. August 2017<sup>3</sup> könne es wenig zweifelhaft sein, dass echte Solo-Selbständige keine Arbeitgeber sind und deshalb beispielsweise auch nicht von der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft zu Zahlungen herangezogen werden können.

»Entwicklungsperspektiven digitaler Arbeit« skizziert *Hartmut Hirsch-Kreinsen*, Professor (im Ruhestand) für Wirtschafts- und Industriesoziologie an der TU Dortmund. Es liegt im Wesen einer solchen in die Zukunft ausgreifenden Betrachtung, dass sie stärker mögliche Entwicklungsrichtungen als konkrete Praxen untersucht. Mit seinem Zukunftsbezug spiegelt der Aufsatz die mit der Digitalisierung der Arbeit verbundene Ambiguität von pessimistischen und optimistischen Erwartungen. Unstrittig ist für den Verfasser im Ergebnis allein, dass vieles strittig ist und, wie er es formuliert, »dass die Arbeitsfolgen der Digitalisierung uneindeutig sind und das Verhältnis zwischen digitalen Technologien und menschlicher Arbeit von Widersprüchen und Barrieren geprägt ist«.

In rechtlicher wie rechtstatsächlicher Hinsicht anschaulich und konkret behandelt *Rüdiger Krause*, Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen, die Entgrenzung der Arbeit als Herausforderung für die Regulierung der Arbeitszeit. Die Zeit ist neben der sich zurückbildenden Bedeutung des Ortes der Arbeit die wichtigste Variable der gegenwärtigen Veränderung. Das Ringen um sie ist nicht neu, aber durch die von Raum und Zeit ablösende Digitalisierung der Arbeitsbedingungen und der Arbeitsleistung zugespitzt. *Krause* rechnet mit weiteren »disruptiven« Sprüngen und mit einem vor allem dadurch verstärkten Wandel von Arbeitsprozessen, dass die betrieblichen Akteure mit Hilfe von Notebooks, Tablets und Smartphones auch zu Hause und unterwegs »dramatisch erweiterte Handlungsmöglichkeiten« haben. Der Verfasser empfiehlt kontrollierte Nachsteuerung: eine beschränkte Öffnung für tarifvertragliche Abweichungen vom geltenden Arbeitszeitrecht und Zurückdrängung »des schleichenden Übergriffs von arbeitsweltlichen Vorgängen in die private Lebenssphäre der Arbeitnehmer«.

»Betriebsverfassung 4.0« ist das Thema des Beitrags von *Martin Franzen*, Inhaber des Lehrstuhls für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Münchener Ludwigs-Maximilians-Universität. Seiner Betrachtung der Auswirkungen der Digitalisierung auf die Rechtsordnung der betrieblichen Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte legt *Franzen* die beiden Strukturprinzipien des Betriebsverfassungsrechts zugrunde, die »Arbeitnehmernähe« und die »Entscheidungsnahe«. Hinter den beiden Zielgrößen stehen die arbeitsrechtlichen Grundkategorien Arbeitnehmer und Betrieb. Auf sie wirkt Digitalisierung mit ihrem entgrenzenden Potential ein. Das Betriebsverfassungsgesetz hat sich mit seiner Eröffnung von »Abweichenden Regelungen« in § 3 BetrVG schon vor fast 20 Jahren auf die neue Zeit flexibler und dezentraler Unternehmensorganisation eingestellt. Unter dem Veränderungsdruck der Digitalisierung stoßen allerdings auch die bisherigen Abweichungsmöglichkeiten an Grenzen. Ein Beispiel ist nach *Franzen*, dass § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in seiner zweiten Variante nach überwiegen-

<sup>1</sup> EuGH, 21.9.1999 – C 67/96 – Slg 1999, I-5863 (Albany).

<sup>2</sup> EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV Kunsten Informatie en Media).

<sup>3</sup> BAG, 1.8.2017 – 9 AZB 45/17 – AP Nr. 106 zu § 2 ArbGG 1979.

der Auffassung zwar *andere* Arbeitnehmervertretungsstrukturen zulässt, aber nicht *zusätzliche* mit Beteiligungsrechten ausgestattete Vertretungsorgane. In rechtspolitischer Hinsicht empfiehlt der Autor für diese Frage eine klarstellende Änderung des § 3 Abs. 5 BetrVG.

### III. Selbständige Unselbständigkeit

Auf demselben Themenfeld, aber mit anderen Akzenten und mit stärkerem Bezug zu Forschungsbefunden trägt das zweite Buch, ebenfalls ein Sammelwerk, aktuelle Erkenntnisse zum »Crowdworking« zusammen. In fachlicher Hinsicht sind daran im Wesentlichen die Soziologie, die Organisations- und die Rechtswissenschaft beteiligt. Alle drei Disziplinen greifen in ihren Beiträgen die These aus dem Untertitel des Buches auf: »Crowdworking zwischen Autonomie und Kontrolle«. Der stärkere Forschungsbezug des Bandes erklärt sich auch aus der Mitwirkung an dem von der Fritz Thyssen Stiftung seit 2015 an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) geförderten Forschungsprojekt »Koordination selbständiger Unselbständigkeit«, das von *Eva Kocher*, *Anna Schwarz* und *Jochen Koch* geleitet wird.

Das Buch ordnet sich nach der für Übersicht und inhaltliche Kurzanlagen sorgenden Einführung in drei Sachkapitel, Empirie des Crowdworking, Gestaltungsansätze für das Crowdworking und Koordination des Crowdworking. Zur Empirie des Crowdworking tragen drei Beiträge bei. *Daniel Schönefeld*, Soziologe im Frankfurter Crowdworking-Projekt, sichtet Wirklichkeitsbefunde unter der Frage, inwiefern sich das Autonomieversprechen der Plattformökonomie in der digitalen Praxis des Crowdworking erfüllt. In methodischer und theoretischer Hinsicht legt er das Analysemodell der losen und der engen Kopplung in sozialen Figurationen zugrunde. Beispiele für enge Kopplung sind hierarchische Interaktionen, für lose Kopplung die Abgrenzung von Wissens- und Zuständigkeitsfeldern in der Zusammenarbeit von interdisziplinären Forschungsteams. Nach ausführlicher Diskussion von Auszügen aus Interviews mit zehn Personen mit Crowdwork-Erfahrung zu Auftragsakquise, Beginn und Ausführung der Arbeit hält *Schönefeld* fest, dass Crowdworking nicht der reinen Logik des Marktes oder der Organisation folgt, sondern beide Elemente aufweist, wobei letztere als die dominantere erscheint: »Crowdworking folgt der Logik der kontrollierten Autonomie«.

Vor dem Hintergrund der schon in den 1980er Jahren entdeckten »neuen Selbständigen« geht *Anna Schwarz*, Professorin für vergleichende Politische Soziologie an der Viadrina, der Frage nach, inwiefern das Crowdworking als neuartige Form von selbstständiger Erwerbstätigkeit im Internetzeitalter gelten kann und welche Motive für den Zugang zu dieser Erwerbsform sich finden lassen. Nach instruktiver Durchsicht von Forschungsbefunden deuten sich für sie jedenfalls drei neue Motivlagen an, die alle weiterer empirischer Aufklärung bedürfen: die Nutzung der Chancen flexibler digitaler Arbeitsorganisation, das situationsabhängige Changieren zwischen verschiedenen Haupt- und Nebenerwerbsformen und »Selbstoptimierung«, verbunden mit Spaß und anhaltendem Lernen. Für eine genauere statistische Beobachtung der Entwicklung ist nach ihrer Auffassung eine Verbesserung der Sozialstatistik erforderlich, mit deren Hilfe sich Lebensbedingungen, Erwerbsformen und Einkommen der in »Crowds« arbeitenden Menschen genauer erfassen lassen. *Sebastian Strube*, Mitarbeiter beim Bayerischen Rundfunk, rundet das empirische Kapitel des Buches mit einer von eigener Erfahrung getragenen Reportage über »Digitale Tagelöhneri oder Arbeit der Zukunft?« ab.

Rechts- und gewerkschaftspolitische Erkenntnisse und Forderungen sind Gegenstand des Kapitels zu »Gestaltungsansätzen für das Crowdworking«. *Thorben Albrecht*, zur Zeit der Entstehung des Buches noch Staatssekretär im BMAS, *Sarah Bormann* und *Gunter Haake*, Gewerkschaftssekretäre bei ver.di mit Erfahrungen mit »Cloud« und »Crowd«, sowie *Christiane Brenner*, Zweite Vorsitzende der IG Metall, lassen an der Notwendigkeit, die staatliche Gesetzgebung zu aktivieren und die gewerkschaftlichen Handlungsfelder auf Crowdwork zu erweitern, keinen Zweifel. Voraussetzung ist allerdings auch aus gewerkschaftlicher Sicht eine genauere Bestimmung des Crowdwork und die Unterscheidung von den »Solo-Selbständigen«, die in beiden Gewerkschaften bereits organisiert sind.

Auf die Leitfrage »Direktionsrecht oder Wettbewerb?« suchen die drei das Buch abschließenden Beiträge Antworten. *Jochen Koch*, Professor an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Europa-Universität Frankfurt, eröffnet mit einer steuerungstheoretischen Betrachtung zu »Crowdworking zwischen Macht und Organisation«. Der Beitrag ist eine an Theorie reiche, in die Begriffe, Instrumente und Schemata der Analyse von Handlungskoordin-

nation zwischen den Idealtypen von Markt und Organisation einführende Darstellung. *Eva Kocher*, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Viadrina, zieht vor die Frage nach der Notwendigkeit der Regulierung von Crowdwork-Plattformen die Prüfung, ob sie nicht bereits bestehenden arbeitsrechtlichen Regelungen unterliegen. Antworten sucht sie in einer nationales und europäisches Arbeitsrecht verknüpfenden Untersuchung des Arbeitnehmerbegriffs, der arbeitnehmerähnlichen Personen und der Regelungsangebote des Heimarbeitsgesetzes, in rechtlichen Auslegungsspielräumen mit Bezug zum Arbeitnehmerbegriff und in der Verknüpfung der Statusformen Arbeitnehmer und Selbstständige mit den beiden Koordinationstypen Markt und Organisation. Ein durch die Analyse tragender Begriff ist die Fremdbestimmung, die besser als das tradierte Merkmal der Weisungsabhängigkeit geeignet sei, den durch Einbindung in eine Organisation bewirkten Verlust an Autonomie und damit Bedarf an Schutz zu bestimmen. Versteht man Organisation als wissensintensive Koordination, so ihr Fazit, lässt sich das Merkmal der Fremdbestimmung so aufbereiten, dass Regulierung daran anknüpfen kann.

*Isabell Hensel*, wissenschaftliche Mitarbeiterin im Frankfurter Projekt »Crowdworking«, behandelt unter »horizontale Regulierung des Crowdworking« die vertrags- und wettbewerbsrechtlichen Ansätze zur Gestaltung und Kontrolle dieser Tätigkeitsformen. Erheblich eingeschränkt werde die AGB-Kontrolle der Verträge

durch deren häufige Verkettung zu Netzwerken und durch die in die Vertragspraxis eingreifenden algorithmischen Prozesse. Hinzugenommen werden müssen die Kontrollansätze des Kartellrechts, aber auch weitere staatliche und gewerkschaftliche Akteure, um rechtliche Ordnung und Kontrolle an die vielgestaltige Praxis des Crowdwork heranzuführen.

#### IV. Zusammenfassung

Mit beiden Büchern, vor allem mit dem Zusammenlesen der beiden Bücher, lässt sich der Eindruck einer auf dem gegenwärtigen Stand zuverlässigen Informiertheit über die nicht Jedem und Jeder lebenswirklich vor Augen stehende Ausbreitung des Crowdwork erreichen. Die Lektüre klärt empirisch auf und regt in den beteiligten Disziplinen theoretisch an, ist aber nicht frei von Barrieren. Die Sprache ist gelegentlich arg technisch und jargonhaft. Und die nicht ganz wenigen Flüchtigkeits- und Rechtschreibfehler bei vermutlich schneller Buchproduktion lassen die Frage entstehen: Lässt sich ruhige Endkontrolle wissenschaftlicher Texte nicht im Wege des Crowdwork organisieren?

*Prof. i. R. Dr. Armin Höland,*

*Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle (Saale)*

## Zusammenfassungen

### Sciarra: Soziale Rechte vor dem Italienischen Verfassungsgericht – Eine Wortmeldung von der Richterbank

SR 6/2019, S. 285–291

Angelehnt an ihren Vortrag im Rahmen der »Sinzheimer-Vorlesung« arbeitet die Autorin anhand von Entscheidungen des Italienischen Verfassungsgerichts zum Arbeits- und Sozialrecht den Wandel des Verständnisses zu Solidarität durch das Gericht heraus. Hierbei nimmt sie zunächst das individuelle Person als solche in den Blick, sodann das kollektive Arbeitsrecht und schließlich das Kündigungsschutzrecht

### Thüsing/Mathy: Teilzeitdiskriminierung, Überstundenzuschläge und Tarifautonomie – Kritische Gedanken zu BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18

SR 6/2019, S. 292–302

Die umstrittene Frage, ab wann Überstundenzuschläge an Teilzeitbeschäftigte zu leisten sind, oblag bisher den Tarifvertragsparteien. Die Autoren beleuchten das Urteil des 10. Senats des BAG kritisch, das sich hinsichtlich seiner Lesart tariflicher Regelungen neu positioniert hat. Neben der Tarifautonomie nimmt auch die Herleitung bzw. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung iSd. § 4 TzBfG eine tragende Rolle ein.

### Polzin: Der Zweck des Nachtarbeitsausgleichs gem. § 6 Abs. 5 ArbZG im Spiegel der Rechtsprechung: Widersprüche, Fehler, Lösungsmöglichkeiten

SR 6/2019, S. 303–315

Der Autor diskutiert – angesichts der gesundheitlichen Risiken von Nachtarbeit – die Problematik der angemessenen Vergütung von Nachtarbeitnehmern. Im Anschluss an die Konzeption des Nachtarbeitsausgleichs geht er auf die Rechtsprechungsentwicklung ein, die er in drei Phasen unterteilt. Da die derzeitige Rechtslage nicht überzeugen könne, müsse über legislative Änderungsmöglichkeiten nachgedacht werden.

## Abstracts

### Sciarra: Social Rights Before the Italian Constitutional Court – A Voice from the Bench

SR 6/2019, pp. 285–291

Based on her lecture at the »Sinzheimer-Vorlesung« the author elaborates on the changes in the understanding of the concept of solidarity in the case law of the Italian Constitutional Court by describing a few of its decisions in the field of labour and social security law. Hereby she first focuses on the individual person as such, afterwards on collective labour law and finally on dismissal law.

### Thüsing/Mathy: Part-time discrimination, overtime pay and collective bargaining autonomy – critical thoughts on Federal Labour Court, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18

SR 6/2019, pp. 292–302

The controversial question as to when an overtime pay is to be paid to part-time workers was previously in the responsibility of the social partners. The authors take a critical look at the judgment of the 10th Senate of the Federal Labour Court. In addition to collective bargaining autonomy, the derivation or justification of unequal treatment within the meaning of § 4 TzBfG also plays a key role.

### Polzin: The reasoning behind night work compensation according to § 6 para. 5 Night Work Act in the light of case law: contradictions, mistakes, possible solutions

SR 6/2019, pp. 303–315

The author discusses – in view of the health risks of night work – the problem of the appropriate remuneration of night workers. Following a conception of night work compensation, he discusses the development of case law, which he divides into three phases. Because of the unsatisfactory current legal situation, he argues that legislative changes should be considered.

**Vorschau** | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

### Abhandlungen

- *Daniel Klocke: Drittwirkung der Koalitionsfreiheit*
- *Markus Krajewski: Die Entstehung und Wirkungsweise von IAO-Standards*

### Porträt

- *Fritz Fabricius – ein Querdenker im Arbeitsrecht des 20. Jahrhunderts (Wolfhard Kohte)*



Buschmann / Ulber

## Arbeitszeitrecht

Kompaktcommentar zum Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen und Europäischem Recht 2019. 713 Seiten, gebunden  
€ 84,90

ISBN 978-3-7663-6866-9

[www.bund-verlag.de/6866](http://www.bund-verlag.de/6866)

# Fest im Blick Europarecht und Mitbestimmung

Der neue Kompaktcommentar zum Arbeitszeitrecht bietet den aktuellen Überblick über den gesetzlichen Rahmen zulässiger Arbeitszeiten. Er gibt Hinweise zu den Gestaltungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten von Betriebsräten und Personalräten. Das Europarecht prägt zunehmend die Entwicklungen im Arbeitszeitrecht. Der Kompaktcommentar dokumentiert und erläutert deshalb besonders die Europäische Arbeitszeitrichtlinie und die aktuelle Diskussion um die Flexibilisierung der Arbeitszeit.

Die Autoren betrachten die aktuellen Entwicklungen und den neuesten Stand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der nationalen Gerichte, insbesondere zu

- › Arbeitzeiterfassung (EuGH-Urteil vom 14.5.2019)
- › Pausen- und Ruhezeiten
- › Nacht- und Schichtarbeit
- › Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft
- › Sonn- und Feiertagsarbeit
- › Wege- und Reisezeiten
- › Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten

### Vorteile auf einen Blick

- › Erläutert und kommentiert die bedeutsamen Normen einschließlich des Europarechts
- › Bindet die aktuelle europäische und nationale Rechtsprechung ein
- › Berücksichtigt die aktuelle Diskussion um die Flexibilisierung der Arbeitszeit
- › Stellt die Mitbestimmungsrechte von Betriebsräten und Personalräten dar

### Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/6866](http://www.bund-verlag.de/6866) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6866-9	Buschmann / Ulber Arbeitszeitrecht	84,90

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname: \_\_\_\_\_

Firma / Funktion: \_\_\_\_\_

Straße / Nr.: \_\_\_\_\_

PLZ / Ort: \_\_\_\_\_

Telefon: \_\_\_\_\_

E-Mail: \_\_\_\_\_

Datum / Unterschrift: \_\_\_\_\_



Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

### Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.  
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.  
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

Kündigung



# DIE ANTWORT. IM KITTNER.

Der neue Kittner 2020. Immer genau  
die richtige Lösung. Print & Online.

Jetzt vorbestellen:

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de)  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)  
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20  
Lieferbar ab 14. Februar 2020

