

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Urteil vom 9. Dezember 2020
- 10 AZR 334/20 -
ECLI:DE:BAG:2020:091220.U.10AZR334.20.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 27. November 2019
- 17 Ca 288/19 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 18. Juni 2020
- 1 Sa 6/20 -

Entscheidungsstichwort:

Halbierter Nachtarbeitszuschlag für Schichtarbeit

Leitsatz:

Eine Regelung in einem Tarifvertrag, nach der sich der Zuschlag für Nachtarbeit halbiert, wenn sie innerhalb eines Schichtsystems geleistet wird, kann gegen das allgemeine Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren teilweisen Parallelsachen

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 334/20

1 Sa 6/20
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. Dezember 2020

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brüne, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Pulz sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Rudolph und Salzburger für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 18. Juni 2020 - 1 Sa 6/20 - aufgehoben, soweit die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 27. November 2019 - 17 Ca 288/19 - zurückgewiesen wurde.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 27. November 2019 - 17 Ca 288/19 - abgeändert, soweit der Klageantrag zu 3. abgewiesen wurde.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger seit dem 1. April 2019 Nachtarbeitszuschläge nach dem Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Brauereien und deren Niederlassungen in Hamburg und Schleswig-Holstein (MTV), gültig ab dem 1. Januar 2006, für die geleistete Arbeit in der Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr in der „Nacht-schicht“ im Sinn von § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV in gleicher Höhe zu zahlen wie für Nachtarbeit im Sinn von § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV (zurzeit 50 % des jeweiligen Bruttoentgelts pro Stunde).
4. Von den Kosten der ersten und zweiten Instanz tragen der Kläger fünf Prozent und die Beklagte 95 Prozent, jeweils bezogen auf einen Streitwert von 8.184,76 Euro. Die Kosten der Revision hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Höhe der tariflichen Zuschläge für Arbeitsstunden, die von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr in Nachtschichten geleistet werden. 1

Der Kläger leistet Schichtarbeit in der Hamburger Brauerei der Beklagten. Er ist Mitglied der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten, die Beklagte gehört dem Brauereiverband Nord e. V. an. Für das Arbeitsverhältnis gilt der am 1. Januar 2006 in Kraft getretene Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Brauereien und deren Niederlassungen in Hamburg und Schleswig-Holstein vom 29. Oktober 2005 (MTV). Bis zum 31. Dezember 2018 2

galt der am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Entgelttarifvertrag für die Arbeitnehmer in den Brauereien von Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein vom 22. Dezember 2017 (ETV). Seit dem 1. Januar 2019 richtet sich die Vergütung des Klägers nach dem ETV vom 29. April 2019.

Der MTV lautet auszugsweise:

3

„§ 5

Regelung der Arbeitszeit

1. Die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit beträgt ausschließlich der Pausen 37 Stunden.
2. Für die Ermittlung von für Mehr-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie für Zuschläge und Zulagen gilt als Berechnungsgrundlage für jede Arbeitsstunde 1/160,2 des tatsächlichen gezahlten Monatsentgelts.

...

4. Werden Beschäftigte im Drei-Schicht-System (Früh-, Spät-, Nachtschicht in beliebiger Folge) beschäftigt, so haben sie innerhalb ihrer Schicht Anspruch auf eine bezahlte Pause von 30 Minuten Dauer.

...

8. ... Am Tage vor dem 1. Mai schließen die Betriebe zwei Stunden früher als gewöhnlich unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. ...

Für Beschäftigte in Schichtarbeit endet die Arbeitszeit am Tage vor dem 1. Mai zweieinhalb Stunden früher, ohne dass dadurch ein Entgeltausfall entsteht.

...

§ 7

Zusätzlich bezahlte Freizeit

...

2. Schichtfreizeit
 - 2.1 Zur Abgeltung der in Nachtschicht oder in Zwei- bzw. Drei-Schicht-Wechsel auftretenden Erschwernisse und Belastungen wird ein Ausgleich durch bezahlte Freizeit gegeben.
 - 2.2 Beschäftigte, die im Drei-Schicht-System oder ausschließlich in Nachtschicht arbeiten, erhalten jährlich vier Arbeitstage bezahlte Schichtfreizeit.

- 2.3 Beschäftigte, die im Zwei-Schicht-System (Früh-/Spät-, Früh-/Nacht- oder Spät-/Nachtschicht) arbeiten, erhalten jährlich drei Arbeitstage bezahlte Schichtfreizeit.

Bei teilweiser Schichtleistung im Jahr erfolgt anteilige Gewährung.

- 2.4 Urlaub, Krankheit und sonstige bezahlte Fehlzeiten führen dabei nicht zu Kürzungen.

§ 8

Mehr-, Nacht-, Schicht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit

1. Mehrarbeit ist jede über die betriebliche durch Schicht- oder Arbeitsplätze geplante tägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeit. Notwendige Mehrarbeit ist im Einvernehmen mit dem Betriebsrat zu leisten.
2. Jede angefangene halbe Stunde angeordneter Mehrarbeit wird als halbe Überstunde bezahlt.

Bei Mehrarbeit von mehr als 1½ Stunden ist jedem(r) Beschäftigten nach Beendigung der regulären Arbeitszeit eine bezahlte Pause von 20 Minuten zu gewähren. In dieser Zeit wird zusätzlich ein Imbiss auf Kosten der Brauerei gereicht.

Bei Arbeiten an Sonnabenden, Sonn- und Feiertagen wird nach 5-stündiger Tätigkeit ebenfalls ein Imbiss auf Kosten der Brauerei gereicht.

3. Mehrarbeit und Mehrarbeitszuschläge können durch entsprechende Freizeit ausgeglichen werden.
4. Bei der Durchführung von Mehr-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit ist auf private und kulturelle Wünsche der Beschäftigten weitgehend Rücksicht zu nehmen.
5. Nachtarbeit ist die in der Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr geleistete Arbeit, soweit sie nicht Schichtarbeit ist.
6. Als Schichtarbeit (Tag- oder Nachtschichten) gilt die regelmäßig geleistete tägliche Arbeitszeit. Als regelmäßig gilt die Arbeitszeit, die mit dem Betriebsrat gemäß Schichtplan vereinbart ist. Die Schichtarbeit soll mindestens fünf Tage dauern; sie ist den betreffenden Beschäftigten drei Tage vorher anzukündigen.

...

§ 9

Zuschläge für Mehr-, Nacht-, Schicht-, Sonntags- und
Feiertagsarbeit

1. Für Mehr-, Nacht-, Schicht-, Sonntags- und Feiertags-
arbeit sind folgende Zuschläge zu zahlen:
 - a) Für Mehrarbeit (Montag bis Freitag)
während der ersten zwei Stunden täglich 25 %
ab der dritten Stunde täglich 50 %
für Mehrarbeit an Sonnabenden und für
Schichtgänger an arbeitsfreien Werk-
tagen 35 %
 - b) für Nachtarbeit 50 %
 - ...
 - d) für Arbeit in der Nachtschicht von
22:00 Uhr bis 06:00 Uhr 25 %
 - ...
3. Für Schmutzarbeiten und Arbeiten unter erschwerten
Bedingungen wird eine Erschwerniszulage von 30 %
gezahlt.
Als Schmutzarbeiten und als Arbeiten unter erschwer-
ten Bedingungen gelten die im Anhang aufgeführten
Arbeiten.
...
4. Bei einem Zusammentreffen mehrerer Zuschläge ist,
abgesehen von Schichtzuschlägen sowie Schmutz-
und Erschwerniszulagen, nur der jeweils höchste, bei
gleicher Höhe nur ein Zuschlag zu zahlen.

§ 10

Allgemeine Bestimmungen der Entgeltermittlung und
-zahlung

- ...
6. Die Entgeltzahlung erfolgt monatlich bargeldlos. ...

§ 12

Freitrunke

1. Als Freitrunke für jede(n) Arbeitstag/Arbeitsschicht er-
halten alle Arbeitnehmer über 18 Jahre die örtlich und
für die Jahreszeit übliche Menge, jedoch mindestens

2 Liter; Jugendliche erhalten analog obiger Regelung 1 Liter bzw. die gleichen Mengen in alkoholfreien Getränken.

2. Bei Leistung einer vollen Überstunde und mehr wird zusätzlich ein halber Liter Freitrunke gewährt.

...

§ 21

Verfallklausel

Alle gegenseitigen Ansprüche aus diesem Tarifvertrag und dem Beschäftigungsverhältnis sind, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, spätestens innerhalb von vier Monaten nach ihrer Entstehung geltend zu machen. ...“

Der Kläger erhält für Arbeit in der Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr den Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV in Höhe von 25 % zu dem Stundenentgelt der für ihn nach § 2 Nr. 2 ETV geltenden Bewertungsgruppe IV. 4

In seiner der Beklagten am 6. August 2019 zugestellten Klageschrift vom 19. Juli 2019 hat der Kläger die Auffassung vertreten, es verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG und den unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, den Zuschlag des § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV zu halbieren, wenn die Arbeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr innerhalb eines Schichtsystems geleistet werde. Bei Nachtarbeit könnten andere Umstände als der Gesundheitsschutz unterschiedlich hohe Zuschläge nicht begründen. Das tradierte Bild der „verstellbaren biologischen Uhr“ sei durch die aktuellen und gesicherten arbeitsmedizinischen Erkenntnisse überholt. Die regelmäßig Nachtschichten leistenden Arbeitnehmer seien erheblich höheren Gesundheitsgefährdungen und Störungen ihres sozialen Umfelds ausgesetzt als Arbeitnehmer, die außerhalb von Schichtsystemen und daher seltener nachts arbeiteten. Wegen der nur dreitägigen Ankündigungsfrist in § 8 Nr. 6 Satz 3 MTV könnten sich die Nachtschichtarbeiter auch nicht langfristig auf die Nachtarbeit einstellen. Rechtsfolge der gleichheitswidrigen Behandlung durch § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV könne nur eine sog. Anpassung der zu geringen Vergütung nach oben sein. 5

Der Kläger hat, soweit für die Revision erheblich, sinngemäß beantragt 6

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn seit dem 1. April 2019 Nachtarbeitszuschläge nach dem MTV für die geleistete Arbeit in der Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr in der „Nachtschicht“ im Sinn von § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV in gleicher Höhe zu zahlen wie für Nachtarbeit im Sinn von § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV (zurzeit 50 % des jeweiligen Bruttoentgelts pro Stunde).

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die 7

Tarifvertragsparteien seien allenfalls mittelbar an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden. Sie hätten den ihnen nach Art. 9 Abs. 3 GG zukommenden weiten Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum eingehalten. Der fünfzigprozentige Zuschlag für Nachtarbeit enthalte den Zuschlag des § 9 Nr. 1 Buchst. a MTV in Höhe von 25 %, weil es sich dabei regelmäßig zugleich um Mehrarbeit handle. Nachtarbeit Leistende würden dadurch nicht bessergestellt, weil auch Nachtschichtarbeit, die mit Mehrarbeit zusammentreffe, mit Zuschlägen in Höhe von 50 % des Stundenentgelts vergütet werde. In der Nachtschicht Beschäftigte profitierten darüber hinaus von dem zusätzlichen Ausgleich durch die bezahlte Schichtfreizeit nach § 7 Nr. 2 MTV. Nur sie kämen zudem nach § 5 Nr. 4 MTV in den Genuss einer dreißigminütigen bezahlten Pause innerhalb ihrer Schicht. Der hohe Zuschlag des § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV sei auch eine Entschädigung dafür, dass der betroffene Arbeitnehmer seine Dispositionsmöglichkeit über die Freizeit am entsprechenden Abend oder in der Nacht unvorbereitet verliere. Zugleich diene er als Anreiz, eine nicht im Schichtplan vorgesehene Tätigkeit zur tariflichen Nachtzeit ausnahmsweise aufzunehmen. Der Zuschlag verteuere die ungeplante Nachtarbeit gezielt, um sie zu erschweren. § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV regle einen Ausnahmefall. Der Kläger könne deshalb nicht verlangen, dass der Nachtschichtzuschlag des § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV „nach oben“ angepasst werde.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, sowohl hinsichtlich der ursprünglich beanspruchten Vergütungsdifferenzen für November 2018 und Januar 2019 in Höhe von insgesamt 412,13 Euro (Anträge zu 1. und 2.) als auch mit Blick auf den Feststellungsantrag. Das Arbeitsgericht hat angenommen, diese 8

Vergütungsansprüche seien jedenfalls nach § 21 Satz 1 MTV verfallen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung hinsichtlich der Zahlungsanträge als unzulässig verworfen. Im Hinblick auf den Feststellungsantrag hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision will der Kläger erreichen, dass dem Feststellungsantrag stattgegeben wird.

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist begründet. Die noch rechtshängige Feststellungsklage ist entgegen der Auffassung der Vorinstanzen zulässig und begründet. Der Kläger hat seit dem 1. April 2019 für die in der Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr geleistete Arbeit Anspruch auf den fünfzigprozentigen Zuschlag des § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV. 9
- A. Die Klage ist zulässig. 10
- I. Der Feststellungsantrag ist vor dem Hintergrund der erst- und zweitinstanzlich verfolgten Zahlungsansprüche und der viermonatigen Ausschlussfrist des § 21 Satz 1 MTV dahin auszulegen, dass er sich auf die Zeit seit dem 1. April 2019 bezieht. 11
1. Die ursprünglichen Klageanträge zu 1. und 2. waren auf die Vergütungs- differenzen für die Monate November 2018 und Januar 2019 gerichtet. Der Fest- stellungsantrag zeigt, dass es dem Kläger auch um Zuschläge für spätere Zeit- räume ging. 12
2. Die der Beklagten am 6. August 2019 zugestellte Klage wahrte die Aus- schlussfrist nur für die weiteren Zuschläge seit April 2019, nicht für die vorange- gangenen Monate. 13
- a) Die Zuschläge werden von der Verfallklausel in § 21 Satz 1 MTV erfasst. Die viermonatige Ausschlussfrist des § 21 Satz 1 MTV enthält zwar eine nach § 3 Satz 1 MiLoG unwirksame Beschränkung, den Anspruch auf Mindestlohn geltend 14

zu machen (vgl. BAG 20. Juni 2018 - 5 AZR 377/17 - Rn. 20, 22, 25, BAGE 163, 99). § 21 Satz 1 MTV erfasst außerdem - entgegen § 202 Abs. 1 BGB - auch durch vorsätzliches Handeln des Arbeitgebers verursachte Ansprüche des Arbeitnehmers. Diese Verstöße führen jedoch lediglich dazu, dass die Verfallklausel hinsichtlich dieser Ansprüche teilunwirksam ist. Im Übrigen bleibt die Bestimmung wirksam (vgl. BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 541/17 - Rn. 41 mwN).

b) Bei Zustellung der Klageschrift an die Beklagte am 6. August 2019 waren die Ansprüche des Klägers auf die Vergütungsdifferenzen bis einschließlich März 2019 verfallen. 15

aa) Nach § 10 Nr. 6 Satz 1 MTV erfolgt die Entgeltzahlung „monatlich“. Eine davon abweichende Regelung für den Anspruch auf die Zuschläge nach § 9 MTV besteht nicht. 16

bb) Der Kläger hat nicht vorgetragen, dass er die Differenzansprüche bis einschließlich März 2019 geltend gemacht hat, bevor er die Klage erhoben hat. Die Klageschrift ist zwar bereits am 25. Juli 2019 bei Gericht eingegangen. Die sog. Vorwirkung des § 167 ZPO gilt jedoch nicht, wenn eine tarifvertragliche Ausschlussfrist zu wahren ist, die nicht verlangt, den Anspruch gerichtlich geltend zu machen (vgl. BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 541/17 - Rn. 39; 16. März 2016 - 4 AZR 421/15 - Rn. 26 ff., BAGE 154, 252). 17

II. Der so verstandene Klageantrag ist darauf gerichtet, ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis im Sinn von § 256 Abs. 1 ZPO festzustellen. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse daran, dass dieses Rechtsverhältnis alsbald durch gerichtliche Entscheidung festgestellt wird. 18

1. Die Feststellungsklage muss sich nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis als Ganzes beziehen. Sie kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 507/18 - Rn. 37 mwN). Das Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn der Streit durch die Entscheidung über den Antrag insgesamt beseitigt wird und das 19

Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann. Für einen auf die Vergangenheit bezogenen Antrag besteht diese besondere rechtliche Interesse, wenn sich aus ihm Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft, insbesondere mögliche Ansprüche auf Vergütung, ergeben können (*BAG 25. August 2020 - 9 AZR 373/19 - Rn. 14; 15. Juli 2020 - 10 AZR 507/18 - Rn. 40*).

2. Zwischen den Parteien ist nur streitig, ob der Kläger für die in der Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr geleisteten Arbeitsstunden einen weiteren Zuschlag verlangen kann. Der Umfang der Leistungspflicht der Beklagten wird durch die erstrebte Feststellung abschließend geklärt. Der Kläger musste daher auch für die bereits vor Klageerhebung entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche nicht auf Leistungsanträge übergehen (*vgl. BAG 18. September 2019 - 5 AZR 335/18 - Rn. 15; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 13, BAGE 153, 378*). 20

B. Die Klage ist begründet. Die Beklagte hat an den Kläger seit dem 1. April 2019 für Arbeit in der Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr den fünfzigprozentigen Zuschlag für Nachtarbeit nach § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV zu zahlen. 21

I. Ein Anspruch auf einen Zuschlag in Höhe von insgesamt 50 % zu der jeweiligen Stundenvergütung für in der Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr geleistete Arbeit ergibt sich nicht aus den tarifvertraglichen Vorschriften. 22

1. Der MTV gilt für das Arbeitsverhältnis, weil die Parteien den tarifschließenden Verbänden angehören (§ 3 Abs. 1 TVG). Der räumliche, fachliche und persönliche Geltungsbereich ist nach § 1 Satz 1 MTV eröffnet. Durch die Zustellung der Klage an die Beklagte am 6. August 2019 hat der Kläger die Frist des § 21 Satz 1 MTV für die seit dem 1. April 2019 entstandenen Differenzansprüche gewahrt. 23

2. Die Auslegung der tariflichen Bestimmungen ergibt, dass der Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV nicht für Arbeit anfällt, die in der Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr im Rahmen einer Nachtschicht geleistet wird. Nach dem klaren Wortlaut von § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV ist „für Arbeit in der Nachtschicht von 24

22:00 Uhr bis 06:00 Uhr“ ein Zuschlag von 25 % zu zahlen. Demgegenüber sieht § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV nur „für Nachtarbeit“ einen Zuschlag von 50 % vor. § 8 Nr. 5 MTV definiert „Nachtarbeit“ als „die in der Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr geleistete Arbeit, soweit sie nicht Schichtarbeit ist“.

II. Der Kläger macht jedoch zu Recht geltend, dass die tarifvertragliche Unterscheidung der Zuschläge einerseits für Nachtarbeit (§ 9 Nr. 1 Buchst. b iVm. § 8 Nr. 5 MTV) und andererseits für Nachtschichtarbeit (§ 9 Nr. 1 Buchst. d MTV) gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Nachtschichtarbeiter werden gegenüber Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit leisten, gleichheitswidrig schlechtergestellt. Dem allgemeinen Gleichheitsgrundrecht oder auch Gleichheitssatz kann nur dadurch genügt werden, dass der Kläger für die im Rahmen von Nachtschichten geleistete Nachtarbeit ebenso wie ein Nachtarbeiter im Sinn von § 9 Nr. 1 Buchst. b iVm. § 8 Nr. 5 MTV behandelt wird. Er hat ergänzend zu dem Nachtarbeitszuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV von 25 % Anspruch auf einen Zuschlag von weiteren 25 % zu seinem jeweiligen Stundenentgelt. 25

1. Die Tarifvertragsparteien sind nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden, wenn sie tarifliche Normen setzen (*st. Rspr., BAG 19. November 2020 - 6 AZR 449/19 - Rn. 21 mwN; 2. September 2020 - 5 AZR 168/19 - Rn. 21 mwN; Dieterich FS Schaub 1998 S. 117, 120 ff.*). Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert den sozialen Schutz der abhängig Beschäftigten im Weg kollektivierter Privatautonomie (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 147, BVerfGE 146, 71; BAG 31. Januar 2018 - 10 AZR 279/16 - Rn. 36, BAGE 162, 1; abl. Däubler/D. Ulber TVG 4. Aufl. Einleitung Rn. 249 ff.*). Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Vergütungen und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 146, aaO; 1. Dezember 2010 - 1 BvR 2593/09 - Rn. 23*). Mit der Normsetzung auf der Grundlage der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie üben die Tarifvertragsparteien daher nach deutschem Recht keine delegierte Staatsgewalt 26

aus. Sie nehmen vielmehr privatautonom ihre Grundrechte wahr (*Spelge ZTR 2020, 127, 130 mwN*). Diese privatautonome Legitimation reicht teilweise weiter als die Legitimation des staatlichen Gesetzgebers, die den in § 4 Abs. 1 TVG enthaltenen staatlichen Geltungsbefehl tariflicher Rechtsnormen trägt. Mit der privatautonomen Legitimation tariflicher Rechtsnormen ist eine umfassende gerichtliche Überprüfung tarifvertraglicher Regelungen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit in der Regel nicht zu vereinbaren (*vgl. BAG 3. Juli 2019 - 10 AZR 300/18 - Rn. 17; ErfK/Schmidt 21. Aufl. GG Einl. Rn. 47*).

2. Tarifnormen sind im Ausgangspunkt dennoch uneingeschränkt am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen (*BAG 19. November 2020 - 6 AZR 449/19 - Rn. 21; 29. September 2020 - 9 AZR 364/19 - Rn. 47; 27. Mai 2020 - 5 AZR 258/19 - Rn. 37; 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 25 mwN, BAGE 169, 163; vgl. auch BVerfG 9. August 2000 - 1 BvR 514/00 - zu II der Gründe; ErfK/Schmidt 21. Aufl. GG Einl. Rn. 49*). 27

a) Die Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Der Staat hat seine Rechtsordnung so zu gestalten, dass die einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen in ihr wirksam werden können (*vgl. BVerfG 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 ua. - Rn. 300, BVerfGE 153, 182; BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 22, BAGE 169, 163; 3. Juli 2019 - 10 AZR 300/18 - Rn. 18; 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 34 mwN, BAGE 163, 144*). Die Grundrechte haben mittelbare Drittwirkung in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten im Sinn einer Ausstrahlungswirkung. Sie entfalten ihre Wirkung als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und strahlen als „Richtlinien“ auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen aus. Diese wertsetzenden „Richtlinien“ sollen gleichberechtigte Freiheit im Fall kollidierender Grundrechtspositionen nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zur Geltung bringen (*vgl. für die st. Rspr. BVerfG 9. Juli 2020 - 1 BvR 719/19 ua. - Rn. 9; 11. April 2018 - 1 BvR 3080/09 - Rn. 32 mwN, BVerfGE 148, 267*). Das Bundesverfassungsgericht hat von den Grundrechten auch als einer „objektiven Wertordnung“ gesprochen (*BVerfG 11. April 2018 - 1 BvR 3080/09 - aaO*). 28

b) Dieser Ausstrahlungswirkung der Grundrechte müssen die Gerichte als staatliche Gewalt im Sinn von Art. 1 Abs. 3 GG bei ihren Entscheidungen genügen (vgl. *BVerfG 23. April 1986 - 2 BvR 487/80 - zu B I der Gründe, BVerfGE 73, 261*). Die Fachgerichte haben die Grundrechte, vor allem über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, bei der Auslegung des Fachrechts zur Geltung zu bringen (*BVerfG 11. April 2018 - 1 BvR 3080/09 - Rn. 32, BVerfGE 148, 267*). Aufgabe der Arbeitsgerichte ist es, die Grundrechte der von Tarifnormen erfassten Arbeitnehmer zu schützen, indem sie die Grundrechtsausübung durch die Tarifvertragsparteien beschränken, wenn sie mit den Freiheits- oder Gleichheitsrechten oder mit anderen Rechten der Normunterworfenen mit Verfassungsrang kollidiert. Das gilt auch dann, wenn die Kollision zwischen der Tarifautonomie und den Grundrechten der Normunterworfenen nicht durch einfaches Gesetzesrecht konkretisiert ist (*BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 21 ff. mwN, BAGE 169, 163; 24. Oktober 2019 - 2 AZR 158/18 - Rn. 34, BAGE 168, 238; ErfK/Schmidt 21. Aufl. GG Art. 3 Rn. 25; Staudinger/Richardi/Fischinger [2020] § 611a Rn. 763; Tschöpe/Grimm Arbeitsrecht 11. Aufl. Teil 4 C Rn. 123; zweifelnd Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 266; krit. Henssler/Moll/Bepler/Engels 2. Aufl. Teil 1 Rn. 45 f.; aA Wiedemann/Jacobs TVG 8. Aufl. Einleitung Rn. 349; Jacobs/Frieling SR 2019, 108, 110 f.; Spelge [in ZTR 2020, 127, 130] und D. Ulber [in Däubler TVG 4. Aufl. Einleitung Rn. 208 ff., 231 ff., 236 ff.] stellen zu Recht fest, dass es in dieser Kontroverse bislang nicht gelungen ist, einen allseits anerkannten Lösungsweg zu entwickeln*). 29

c) Gewerkschaftsmitglieder sind der tarifvertraglichen Normsetzung in zumindest ähnlicher Weise unterworfen wie Bürger der Rechtsetzung durch den Staat (vgl. *Bayreuther NZA 2019, 1684, 1686: „fremdverantwortete Rechtsgestaltung“; Däubler/D. Ulber TVG 4. Aufl. Einleitung Rn. 254; Waltermann FS Söllner 2000 S. 1251, 1275 mwN*). Grundrechtsträger können ihre Freiheit zwar selbst freiwillig in weiterem Umfang beschränken, als sie staatliche Eingriffe hinnehmen müssten (näher *ErfK/Schmidt 21. Aufl. GG Einl. Rn. 46, 62*). Die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaften können sich durch ihren Beitritt jedoch nicht zugleich freiwillig jeder nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung in Tarifnormen unterwerfen (vgl. *Bayreuther aaO; Fastrich FS Richardi 2007 S. 127, 130 f.*: 30

„funktional gebundene und damit begrenzte Autonomie“; aA Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 265 f.). Im Gewerkschaftsbeitritt liegt kein wirksamer Grundrechtsverzicht (Fastrich aaO S. 130).

3. Das allgemeine Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG bildet als grundlegende Gerechtigkeitsnorm in seiner Ausstrahlungswirkung als verfassungsrechtliche Wertentscheidung oder auch „Richtlinie“ eine ungeschriebene Grenze der Tarifautonomie (BAG 19. November 2020 - 6 AZR 449/19 - Rn. 21; 29. September 2020 - 9 AZR 364/19 - Rn. 47; 2. September 2020 - 5 AZR 168/19 - Rn. 21; 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 25 mwN, BAGE 169, 163; ErfK/Schmidt 21. Aufl. GG Einl. Rn. 49, Art. 3 Rn. 25; Waltermann Anm. AP TVöD § 46 Nr. 5 zu VI 2; krit. Fastrich FS Richardi 2007 S. 127, 132 f., 137 ff.). Diese Grenze ist zu beachten, obwohl Tarifnormen nicht selten Ergebnisse tarifpolitischer Kompromisse sind (krit. zu solchen Grenzen der Tarifautonomie Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 267; Giesen NZA Heft 4/2020 Editorial; Thüsing/Mathy SR 2019, 292, 301 f.). Die Tarifvertragsparteien können durch die Ausstrahlungswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG darin beschränkt sein, ihre Tarifautonomie als kollektivierte, von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Privatautonomie auszuüben. 31

a) Nach Art. 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. 32

aa) Das daraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich- und wesentlich Ungleiches ungleichzubehandeln, gilt für ungleiche Belastungen und ungleiche Begünstigungen. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem die Begünstigung einem Personenkreis gewährt und einem anderen Personenkreis vorenthalten wird. Differenzierungen sind nicht untersagt. Sie müssen jedoch durch Sachgründe gerechtfertigt sein, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (BVerfG 26. Mai 2020 - 1 BvL 5/18 - Rn. 94, BVerfGE 153, 358; vgl. auch BVerfG 7. Mai 2013 - 2 BvR 909/06 ua. - Rn. 76, BVerfGE 133, 377; zu dem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen des allgemeinen Gleichheitsgrundrechts BVerfG 11. August 2020 - 1 BvR 2654/17 - Rn. 35; zu der Entwicklung des Verhältnis- 33

mäßigkeitskriteriums im Rahmen der Gleichheitsprüfung einfachen Gesetzesrechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Britz NJW 2014, 346, 347 ff.; Waltermann [in Anm. AP TVöD § 46 Nr. 5 zu VI 2] stimmt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auch für differenzierende Tarifnormen zu).

bb) Der Gesetzgeber unterliegt hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen des allgemeinen Gleichheitsgrundrechts an den Sachgrund, der eine Ungleichbehandlung trägt, je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedlichen Grenzen. Sie können von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (*BVerfG 26. Mai 2020 - 1 BvL 5/18 - Rn. 94 f. mwN, BVerfGE 153, 358*).

(1) Die verfassungsrechtlichen Anforderungen verschärfen sich zudem, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG nähern (*BVerfG 17. Juni 2020 - 1 BvR 1134/15 - Rn. 9 mwN; 26. Mai 2020 - 1 BvL 5/18 - Rn. 95 mwN, BVerfGE 153, 358*). Ob und inwieweit ein Differenzierungsmerkmal verfügbar ist, muss jeweils im konkreten Regelungszusammenhang beurteilt werden (*vgl. BVerfG 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 - Rn. 132, BVerfGE 138, 136; 7. Oktober 1980 - 1 BvL 50/79 ua. - zu B II 2 b der Gründe, BVerfGE 55, 72*).

(2) Art. 3 Abs. 1 GG verlangt für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung. Dieser innere Zusammenhang muss sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweisen (*BVerfG 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 - Rn. 131, BVerfGE 138, 136; 19. Dezember 2012 - 1 BvL 18/11 - Rn. 44, BVerfGE 133, 1; 18. Dezember 2012 - 1 BvL 8/11 ua. - Rn. 45, BVerfGE 132, 372*).

(3) Ob ein Sachgrund die Differenzierung rechtfertigt, ist auch dann zu überprüfen, wenn die ggf. erforderliche Anpassung „nach oben“ mit erheblichen Mehrkosten für die betroffenen Arbeitgeber verbunden ist (vgl. BAG 10. November 2011 - 6 AZR 148/09 - Rn. 35, BAGE 140, 1). 37

b) Art. 3 Abs. 1 GG hat abweichend von den Freiheitsrechten keinen eigenen Schutzbereich. Der allgemeine Gleichheitssatz soll nicht bestimmte Rechtsgüter oder Sphären vor ungerechtfertigten Eingriffen schützen. Er soll ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen verhindern (*Spelge ZTR 2020, 127, 134 mwN*). Die den Gleichheitsrechten zukommende Schutzfunktion, die Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens im Grundgesetz ist, kann dennoch auf das Privatrecht ausstrahlen. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach private Vertragsbeziehungen jeweils den Rechtfertigungsanforderungen des Gleichbehandlungsgebots unterliegen, folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG zwar nicht, auch nicht aufgrund mittelbarer Drittwirkung (*BVerfG 11. April 2018 - 1 BvR 3080/09 - Rn. 40, BVerfGE 148, 267*). Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten aus Art. 3 Abs. 1 GG können sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch für spezifische Konstellationen ergeben (*BVerfG 11. April 2018 - 1 BvR 3080/09 - Rn. 41, aaO; vgl. auch BVerfG 9. August 2000 - 1 BvR 514/00 - zu II der Gründe; BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 25 mwN, BAGE 169, 163; grundlegend BAG 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - zu B II 3 b der Gründe, BAGE 111, 8; vgl. ferner Dreier/Heun Grundgesetz-Kommentar 3. Aufl. Art. 3 Rn. 67 mwN; ErfK/Schmidt 21. Aufl. GG Einl. Rn. 41; krit. Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 9; abl. Jacobs/Frieling SR 2019, 108, 112 f.; Kleinebrink NZA 2019, 1458, 1459 f.; Latzel ZFA 2020, 526, 530 f.; Münder jurisPR-ArbR 15/2020 Anm. 2 zu C I). Die Gerichte müssen dafür sorgen, dass der Schutzzweck der Gleichheitsrechte durchgesetzt wird (vgl. *BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - zu C I 1 der Gründe, BVerfGE 89, 276; BAG 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - aaO*). 38*

4. Bei der Überprüfung von Tarifnormen am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG haben die Arbeitsgerichte die in Art. 9 Abs. 3 GG ebenfalls verfassungsrechtlich 39

verbürgte kollektive Koalitionsfreiheit angemessen zur Geltung zu bringen (*BAG 2. September 2020 - 5 AZR 168/19 - Rn. 22; 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 26, BAGE 169, 163; ErfK/Schmidt 21. Aufl. GG Einl. Rn. 49; Spelge ZTR 2020, 127, 134*). Die kollektive Koalitionsfreiheit ist mit dem Individualgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG angemessen in Ausgleich zu bringen.

a) Das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG, das in erster Linie ein Freiheitsrecht ist, schützt alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen, vor allem die Tarifautonomie. Sie steht im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeit, ihre Zwecke zu verfolgen. Die Wahl der aus ihrer Sicht geeigneten Mittel, mit denen die Koalitionen die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke verfolgen, ist ihnen mit Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich selbst überlassen. Der Abschluss und das Aushandeln von Tarifverträgen sind wesentliche Zwecke der Koalitionen. Das schließt den Bestand und die Anwendung geschlossener Tarifverträge ein (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 130 f., BVerfGE 146, 71*). 40

b) Als selbständigen Grundrechtsträgern steht den Tarifvertragsparteien aufgrund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie eine Einschätzungsprärogative zu, soweit die tatsächlichen Gegebenheiten, die betroffenen Interessen und die Regelungsfolgen zu beurteilen sind. Sie verfügen über einen weiten Gestaltungsspielraum für die inhaltliche Ausformung ihrer normsetzenden Regelungen, dessen Reichweite im Einzelfall von den Differenzierungsmerkmalen abhängt. Sie sind nicht verpflichtet, die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen. Vielmehr genügt es, wenn es für die jeweils getroffene Regelung einen sachlich vertretbaren Grund gibt (*vgl. BAG 19. November 2020 - 6 AZR 449/19 - Rn. 22; 2. September 2020 - 5 AZR 168/19 - Rn. 22; 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 26, BAGE 169, 163; 24. Oktober 2019 - 2 AZR 158/18 - Rn. 34, BAGE 168, 238; 3. Juli 2019 - 10 AZR 300/18 - Rn. 19*). 41

c) Daraus folgt in der Regel eine deutlich zurückgenommene Prüfungsichte durch die Gerichte (*BAG 19. November 2020 - 6 AZR 449/19 - Rn. 22; 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 26, BAGE 169, 163; abl. hinsichtlich der nur zurückgenommenen Verhältnismäßigkeitsprüfung Waltermann Anm. AP*) 42

TVöD § 46 Nr. 5 zu VI 2 mwN). Ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichheitsgrundrecht ist vor diesem Hintergrund erst dann anzunehmen, wenn die Tarifvertragsparteien es versäumt haben, tatsächliche Gemeinsamkeiten oder Unterschiede der zu ordnenden Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise hätten beachtet werden müssen. Die Tarifvertragsparteien dürfen bei der Gruppenbildung generalisieren und typisieren. Allerdings müssen die Differenzierungsmerkmale im Normzweck angelegt sein und dürfen ihm nicht widersprechen (*BAG 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 37 mwN, BAGE 163, 144; krit. Wiedemann/Jacobs TVG 8. Aufl. Einleitung Rn. 406*).

d) Diese Grundsätze gelten im Ausgangspunkt auch für tarifvertragliche Ausgleichsregelungen im Sinn von § 6 Abs. 5 ArbZG. 43

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat für den Bereich der Nachtarbeit allerdings erkannt, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, den Schutz der Arbeitnehmer vor den schädlichen Folgen der Nachtarbeit zu regeln. Eine solche Regelung war notwendig, um dem objektiven Gehalt der Grundrechte, insbesondere dem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, zu genügen. Für dieses Grundrecht besteht eine staatliche Schutzpflicht. Dem Gesetzgeber kommt ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsfreiraum zu, um die Schutzpflicht zu erfüllen. Dieser Freiraum lässt es zu, konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen. Die Maßnahmen, die der Gesetzgeber trifft, dürfen jedoch nicht völlig ungeeignet sein, um den Grundrechtsschutz zu wahren (*BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - zu C III 3 der Gründe, BVerfGE 85, 191; BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - Rn. 42*).

bb) § 6 Abs. 5 ArbZG überantwortet Ausgleichsregelungen für geleistete Nachtarbeit wegen ihrer größeren Sachnähe vorrangig den Tarifvertragsparteien und schafft nur subsidiär gesetzliche Ansprüche (*BAG 17. Januar 2012 - 1 ABR 62/10 - Rn. 15*). Das gilt sowohl für Regelungen des Freizeitausgleichs als auch für Zuschläge auf das Bruttoarbeitsentgelt. 45

- (1) Auch bei tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen für Nachtarbeit handelt es sich um ausgeübte originäre Tarifautonomie (*aA Kothe Gutachten zu Nachtarbeitszuschlagsregelungen S. 21; derselbe FS Buschmann 2014 S. 71, 79*). Der verfassungsrechtlich gewährleistete Schutz der Koalitionsfreiheit ist nicht auf den Bereich des Unerlässlichen beschränkt. Er geht über den Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG hinaus und erstreckt sich auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen (*BVerfG 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 ua. - Rn. 115 mwN, BVerfGE 148, 296*). 46
- (2) Die Tarifvertragsparteien sind grundsätzlich frei darin, wie sie den Ausgleich regeln. Um den gesetzlichen Anspruch aus § 6 Abs. 5 ArbZG zu suspendieren, muss die tarifliche Regelung die mit der Nachtarbeit verbundenen Belastungen jedoch kompensieren (*BAG 17. Januar 2012 - 1 ABR 62/10 - Rn. 15; für einen angemessenen Ausgleich Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 269; Kothe FS Buschmann 2014 S. 71, 81; J. Ulber AuR 2020, 157, 161 f.; aA Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 26 f.; wohl auch Neumann/Biebl ArbZG 16. Aufl. § 6 Rn. 26*). 47
- (3) Soweit tarifvertragliche Ausgleichsregelungen für Nachtarbeit einen Anspruch auf bezahlten Freizeitausgleich begründen, tritt eine gesundheitsschützende Wirkung jedenfalls in den Fällen ein, in denen sich die Dauer der Arbeitszeit für den Arbeitnehmer durch den bezahlten Freizeitausgleich insgesamt verringert und er zeitnah gewährt wird (*zu § 6 Abs. 5 ArbZG BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - Rn. 28*). Nachtarbeitszuschläge wirken sich dagegen nicht positiv auf die Gesundheit des betroffenen Arbeitnehmers aus. Der individuelle Gesundheitsschaden wird über den Zuschlag kommerzialisiert (*D. Ulber Anm. AP ArbZG § 6 Nr. 14 zu IV*). Die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wird verteuert, um auf diesem Weg allgemein Nachtarbeit einzudämmen. Nachtarbeit soll für den Arbeitgeber weniger attraktiv sein (*zu § 6 Abs. 5 ArbZG BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - aaO; Polzin SR 2019, 303, 314*). Außerdem soll der Nachtarbeitszuschlag den Arbeitnehmer in einem gewissen Umfang für die erschwerte Teilhabe am sozialen Leben entschädigen (*BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 -* 48

aaO; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 18 mwN, BAGE 153, 378; krit. D. Ulber aaO; zu der Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbstätigkeit als Aspekt von Art. 6 Abs. 2 GG BVerfG 14. Januar 2015 - 1 BvR 931/12 - Rn. 60, BVerfGE 138, 261).

5. Die im MTV enthaltene Differenzierung zwischen den Zuschlägen für Nachtarbeit in § 9 Nr. 1 Buchst. b iVm. § 8 Nr. 5 MTV und für Nachtschichtarbeit in § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG. 49

a) Arbeitnehmer, die Nachtarbeit im Sinn des MTV leisten, sind mit Arbeitnehmern vergleichbar, die in der Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr arbeiten. 50

aa) Die jeweiligen Zuschlagstatbestände knüpfen übereinstimmend an die Arbeitsleistung in der tarifvertraglich definierten Nachtzeit an, die sich von der Arbeit zu anderen Zeiten unterscheidet (vgl. BAG 21. März 2018 - 10 AZR 34/17 - Rn. 46, BAGE 162, 230; Kleinebrink [in NZA 2019, 1458, 1461] zieht in Erwägung, dass diese Gruppen vergleichbar sind, nimmt aber an, Arbeitnehmer, die Nachtschichtarbeit leisteten, könnten auch mit Arbeitnehmern in Schichtarbeit außerhalb der Nachtzeit verglichen werden). Die Arbeit während der tarifvertraglichen Nachtzeit reicht angesichts der geringen Anforderungen an die Vergleichbarkeit aus, um die Normadressaten auf der ersten Ebene der Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG miteinander vergleichen zu können (vgl. Dreier/Dreier Grundgesetz-Kommentar 3. Aufl. Vorb. Rn. 151; Jarass/Pieroth GG 16. Aufl. Art. 3 Rn. 11). 51

bb) Dem steht nicht entgegen, dass die Tarifvertragsparteien grundsätzlich die Tatbestandsvoraussetzungen bestimmen können, auf deren Grundlage die Gruppen zu bilden sind (aA Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 266; ähnlich Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 16 ff.; Kleinebrink NZA 2019, 1458, 1461). Es ist nur zu klären, ob sich die Ungleichbehandlung dadurch rechtfertigen lässt (vgl. BeckOK GG/Kischel Art. 3 Stand 15. November 2020 Rn. 18). 52

- cc) Arbeitnehmer, die Nachtarbeit im tariflichen Sinn leisten, sind mit Arbeitnehmern vergleichbar, die in Nachtschichten arbeiten, unabhängig davon, ob es sich um Nachtarbeitnehmer im Sinn von § 2 Abs. 5 ArbZG handelt (*ebenso J. Ulber AuR 2020, 157, 162, 164; aA LAG Berlin-Brandenburg 7. August 2020 - 2 Sa 561/20 - zu II 2 b bb der Gründe*). Im Übrigen setzt weder der Anspruch aus § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV noch der Anspruch aus § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV voraus, dass der Begünstigte Nachtarbeitnehmer im Sinn von § 2 Abs. 5 ArbZG ist. 53
- dd) Bei den von § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV erfassten Arbeitnehmern handelt es sich nicht um eine Gruppe, die so klein ist, dass die Tarifvertragsparteien sie im Rahmen zulässiger Typisierung vernachlässigen konnten. Eine solche geringe Größe hat die Beklagte auch nicht behauptet. Vielmehr wird in den dem MTV unterfallenden Brauereibetrieben typischerweise Nachtarbeit in Schichtsystemen geleistet. Der jetzige Sachverhalt unterscheidet sich damit grundlegend von dem Sachverhalt, über den der Senat am 11. Dezember 2013 zu befinden hatte (- 10 AZR 736/12 - Rn. 21 ff., BAGE 147, 33). 54
- b) Die unterschiedlich hohen Zuschläge für Nachtarbeit in § 9 Nr. 1 Buchst. b iVm. § 8 Nr. 5 MTV und für Nachtschichtarbeit in § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV führen dazu, dass zwei Gruppen von Arbeitnehmern, die nachts arbeiten, ungleichbehandelt werden. 55
- aa) Der Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV für Nachtarbeit im Sinn von § 8 Nr. 5 MTV ist doppelt so hoch wie der Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV für die in demselben Zeitraum - von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr - in der Nachtschicht geleistete Arbeit. 56
- bb) Dieser erhebliche Unterschied wird nicht dadurch relativiert, dass der Zuschlag für Nachtschichtarbeit „deutlich häufiger anfällt und ... für den Arbeitnehmer damit im Ergebnis wie eine dauerhafte Entgelterhöhung“ wirkt (*so jedoch Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 31*). Der Vergleich der monatlichen oder jährlichen Verdienste verbietet sich, weil er gegen den Pro- 57

rata-temporis-Grundsatz verstößt. Die Zuschläge nach § 9 Nr. 1 Buchst. b und Buchst. d MTV beziehen sich auf das Entgelt für die einzelne Arbeitsstunde (§ 5 Nr. 2 MTV).

cc) Der Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV enthält nicht den Zuschlag von 25 % des Stundenentgelts für Mehrarbeit nach § 9 Nr. 1 Buchst. a MTV. 58

(1) Nach § 8 Nr. 1 MTV ist Mehrarbeit „jede über die betriebliche durch Schicht- oder Arbeitsplätze geplante tägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeit“. Danach kann Mehrarbeit „rund um die Uhr“ und sowohl im Rahmen von Schichtarbeit als auch außerhalb von Schichtsystemen anfallen. Die Regelung hat keinen spezifischen Bezug zu außerhalb von Schichtsystemen geleisteter Nachtarbeit. 59

(2) Auch aus den Sonderregelungen zu Mehrarbeit in § 8 Nr. 2 und Nr. 3 MTV sowie in § 12 Nr. 2 MTV ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass Mehrarbeit, wenn sie in der Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr anfällt, regelmäßig außerhalb von Schichtarbeit geleistet wird. Die maßgeblichen Tarifnormen differenzieren weder nach der zeitlichen Lage der Mehrarbeit noch danach, in welchem Arbeitszeitmodell sie geleistet wird. 60

(3) Die Regelung in § 9 Nr. 1 Buchst. a MTV spricht ebenfalls dagegen, dass der Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV den Zuschlag für Mehrarbeit enthält. Sonst hätte es nahegelegen, die Zuschlagsregelung für „Nachtarbeiter“ zu stufen, um sie von der Erhöhung des Zuschlags für Mehrarbeit nach § 9 Nr. 1 Buchst. a MTV bereits „ab der 3. Stunde täglich“ auf 50 % und „an Sonnabenden und für Schichtgänger“ auf 35 % profitieren zu lassen. 61

(4) Dem steht nicht entgegen, dass Mehrarbeitszuschläge nach der Rechtsprechung des Senats den zulässigen Zweck verfolgen können, Arbeitgeber von Eingriffen in den geschützten Freizeitbereich der Arbeitnehmer abzuhalten (*vgl. BAG 11. November 2020 - 10 AZR 185/20 (A) - Rn. 34 mwN; 17. Juni 2020 - 10 AZR 210/19 (A) - Rn. 26; 19. Dezember 2018 - 10 AZR 231/18 - Rn. 65 ff., BAGE 165, 1*). Der Zuschlag des § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV knüpft an die Lage der 62

Arbeitszeit und nicht daran an, dass der Arbeitnehmer über das vertraglich vereinbarte Arbeitszeitvolumen hinaus herangezogen wird.

dd) Die Differenz zwischen den Zuschlägen für Nachtarbeit (§ 9 Nr. 1 Buchst. b MTV) und für Arbeit in der Nachtschicht (§ 9 Nr. 1 Buchst. d MTV) verringert sich nicht durch andere tarifliche Leistungen, die dem von § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV erfassten Personenkreis vorbehalten sind. 63

(1) Die bezahlte Freizeit nach § 7 Nr. 2 MTV dient dem Ausgleich der spezifischen Belastungen und Erschwernisse, die mit der Arbeit in Wechselschicht oder in ständiger Nachtschicht verbunden sind. Dies folgt bereits daraus, dass die Regelung mit „Schichtfreizeit“ überschrieben ist. Unterstrichen wird diese Zielsetzung dadurch, dass Nachtschichtarbeit im Sinn von § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV weder eine notwendige noch eine hinreichende Voraussetzung für diesen Anspruch ist, es sei denn, sie wird ständig geleistet. 64

(2) Der Anspruch auf jährlich vier Arbeitstage bezahlte Schichtfreizeit besteht nach § 7 Nr. 2.2 MTV, wenn die Beschäftigten „ausschließlich in Nachtschicht“ oder „im Drei-Schicht-System“ arbeiten. Da nach dem Wortlaut die Arbeit in einem dreischichtigen „System“ ausreicht, kommt es nicht darauf an, ob die Beschäftigten tatsächlich in allen drei Schichten, also auch in der Nachtschicht, eingesetzt werden. 65

(3) Der Regelung in § 7 Nr. 2.3 MTV kann nicht entnommen werden, dass sie konkret die Erschwernis der Nachtschichtarbeit ausgleichen soll. Für den Anspruch auf drei Arbeitstage bezahlte Schichtfreizeit nach § 7 Nr. 2.3 MTV ist nach dem Klammerzusatz „Früh-/Spät-, Früh-/Nacht- oder Spät-/Nachtschicht“ der tatsächliche Einsatz in der Nachtschicht weder notwendig noch hinreichend. Diese Schichtfreizeit wird vielmehr immer dann gewährt, wenn in einem Zwei-Schicht-System gearbeitet wird. 66

(4) Auch die bezahlte 30-minütige Pause nach § 5 Nr. 4 MTV ist kein spezifischer Nachtschichtzuschlag. Vielmehr soll sie die besonderen Belastungen in- 67

folge der Beschäftigung in einem Drei-Schicht-System ausgleichen. Arbeitnehmer, die im Zwei-Schicht-System beschäftigt werden, sind nicht anspruchsberechtigt, auch wenn sie nachts arbeiten.

c) Die Differenzierung zwischen den Zuschlägen für Nachtarbeit (§ 9 Nr. 1 Buchst. b iVm. § 8 Nr. 5 MTV) und für Arbeit in der Nachtschicht (§ 9 Nr. 1 Buchst. d MTV) ist sachlich nicht gerechtfertigt, selbst wenn ein zurückgenommener Prüfungsmaßstab angelegt wird. Die Tarifvertragsparteien des MTV haben den ihnen zustehenden Gestaltungsspielraum überschritten. Zwischen der Nachtarbeit und der Arbeit in der Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr bestehen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, die diese Differenzierung bei der Höhe der Nachtarbeitszuschläge sachlich rechtfertigen könnten. Dem MTV ist kein Anhaltspunkt zu entnehmen, der als Sachgrund für die Verdopplung des Zuschlags für Nachtarbeit gegenüber dem Zuschlag für Nachtschichtarbeit in Betracht käme. 68

aa) Höhere Anforderungen an die Rechtfertigung folgen nicht daraus, dass sich die Merkmale, an die die tarifliche Differenzierung anknüpft, denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern. Bei der Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG ist jedoch zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmer nicht darüber verfügen können, ob sie die Differenzierungsmerkmale verwirklichen, nach denen sich die Zuschlagspflicht für die Arbeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr richtet (*Kothe Gutachten zu Nachtarbeitszuschlagsregelungen S. 49; aA Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 24; zu dem Kriterium der Verfügbarkeit zB BVerfG 17. Juni 2020 - 1 BvR 1134/15 - Rn. 9 mwN*). Schon wegen des dem Arbeitgeber nach § 106 Satz 1 GewO zukommenden Weisungsrechts kann ein Arbeitnehmer regelmäßig nicht der Anordnung von Nachtschichtarbeit widersprechen und stattdessen verlangen, zu Nachtarbeit außerhalb des Schichtsystems eingesetzt zu werden. Nach dem MTV ist Schichtarbeit ein zulässiges Arbeitszeitmodell. 69

bb) Nachtarbeit ist schädlich (*BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - zu C I 2 a der Gründe, BVerfGE 85, 191; BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 -* 70

Rn. 27 mwN; 21. März 2018 - 10 AZR 34/17 - Rn. 49, BAGE 162, 230; 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17 - Rn. 39, BAGE 160, 325; Schlachter/Heinig/Bayreuther *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht [EnzEuR Bd. 7] § 11 Rn. 33; EuArbRK/Gallner 3. Aufl. RL 2003/88/EG Art. 8 Rn. 3 mwN*). Das gilt im Ausgangspunkt unabhängig davon, ob sie innerhalb oder außerhalb von Schichtsystemen geleistet wird. Die gesundheitliche Belastung durch Nachtarbeit steigt nach bisherigem Kenntnisstand in der Arbeitsmedizin durch die Zahl der Nächte im Monat und die Zahl der aufeinanderfolgenden Nächte, in denen Nachtarbeit geleistet wird (*BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - aaO; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 17 mwN, BAGE 153, 378; 11. Dezember 2013 - 10 AZR 736/12 - Rn. 19, BAGE 147, 33*). Das legt es mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG nahe, die in Schichten und damit regelmäßig in erheblichem Umfang geleistete Nachtarbeit mit höheren Zuschlägen zu vergüten als die - weniger gesundheitsschädliche - gelegentlich außerhalb von Schichtsystemen geleistete Nachtarbeit (*aA Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 31*).

(1) Nach gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen ist Nachtarbeit für jeden Menschen schädlich, weil sie negative gesundheitliche Auswirkungen hat (*BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - zu C I 2 a der Gründe, BVerfGE 85, 191*). Durch Arbeit während der Nachtzeit wird die sog. zirkadiane Rhythmik gestört. Zu der sozialen Desynchronisation kommt die physiologische Desynchronisation der Körperfunktionen, die sich typischerweise in Schlafstörungen, Magen-Darm-Beschwerden und kardiovaskulären Beeinträchtigungen äußert (*Beermann Nacht- und Schichtarbeit - ein Problem der Vergangenheit? S. 4 f. = <https://d-nb.info/992446481/34>; Langhoff/Satzer Gutachten zu arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen zu Nachtarbeit und Nachtschichtarbeit S. 26 ff., 37 f.; DGUV Report 1/2012 S. 81 f., 91 ff., 119 ff.*). Sekundärstudien deuten darauf hin, dass sich Nachtarbeit auch negativ auf die Psyche auswirkt (*vgl. Amlinger-Chatterjee Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt S. 31*). Anerkannt ist, dass Nachtarbeit umso schädlicher ist, in je größerem Umfang sie geleistet wird (*BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - Rn. 27 mwN; 9. Dezember*

71

2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 17 mwN, BAGE 153, 378; vgl. auch den siebten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG; Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EU C 165 vom 24. Mai 2017 S. 42).

(2) Aufgrund der steigenden gesundheitlichen Belastung durch eine größere Zahl der Nächte im Monat und eine höhere Zahl der aufeinanderfolgenden Nächte, in denen Nachtarbeit geleistet wird, sollten möglichst wenige Nachtschichten aufeinanderfolgen. Dem steht nicht entgegen, dass viele Schichtarbeitnehmer, die in einem Rhythmus von fünf und mehr aufeinanderfolgenden Nachtschichten arbeiten, subjektiv den Eindruck haben, dass sich ihr Körper der Nachtschicht besser anpasst. Das trifft nicht zu (vgl. Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin Leitfaden zur Einführung und Gestaltung von Nacht- und Schichtarbeit 9. Aufl. S. 12 f.; Langhoff/Satzer Gutachten zu arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen zu Nachtarbeit und Nachtschichtarbeit S. 32). Aufeinanderfolgende Nachtschichten sind besonders schädlich, obwohl sich Arbeitnehmer typabhängig unterschiedlich gut an die Nachtarbeit anpassen (vgl. BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 17, BAGE 153, 378; 11. Dezember 2013 - 10 AZR 736/12 - Rn. 19 f. mwN, BAGE 147, 33; vgl. Langhoff/Satzer aaO S. 36). Bislang ist nicht belegt, dass aufeinanderfolgende Nachtschichten signifikant weniger gesundheitsschädlich sind, wenn Arbeitnehmer nach einem Schichtplan eingesetzt werden, der ihnen im Voraus bekannt ist. Nach Amlinger-Chatterjee zeigen extrahierte statistische Daten lediglich eine tendenziell geringere gesundheitliche Belastung, wenn die Arbeitszeiten vorhersagbar sind (Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt S. 52).

72

cc) Aus dem MTV ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass die Tarifvertragsparteien mit der Verdopplung des Zuschlags für Nachtarbeit gegenüber dem Zuschlag für Nachtschichtarbeit einen auf einem sachlichen Grund beruhenden Zweck verfolgt haben könnten.

73

(1) Der höhere Zuschlag des § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV ist nach der Systematik des MTV nicht dadurch zu rechtfertigen, dass die mangelnde Planbarkeit der

74

Nachtarbeit im Sinn von § 8 Nr. 5 MTV ausgeglichen werden soll. Es kann sich nicht um eine Entschädigung der außerhalb von Schichtsystemen zur Nachtarbeit herangezogenen Arbeitnehmer dafür handeln, dass ihre Teilhabe am sozialen Leben durch die kurzfristige Anordnung stärker erschwert wird als bei Nachtarbeit, die aufgrund von Schichtplänen geleistet wird. Der Senat stimmt der entgegengesetzten Ansicht der Beklagten nicht zu.

(a) Ein solcher Zweck liegt angesichts der Ausgleichsregelungen für Erschwernisse im MTV nicht nahe. Nach § 7 Nr. 2.1 MTV treten „Erschwernisse und Belastungen“ durch Nachtschicht und durch die Arbeit im Zwei- bzw. Dreischicht-System auf. Die Nachtarbeit gehört auch nicht zu den im „Katalog der Schmutzarbeiten gemäß § 9 Ziffer 3“ im Anhang zum MTV bezeichneten „Arbeiten unter erschwerten Bedingungen“, für die § 9 Nr. 3 MTV eine „Erschwerniszulage“ von 30 % vorsieht. 75

(b) Auch § 9 Nr. 4 MTV deutet darauf hin, dass die Tarifvertragsparteien in der Arbeit im Zwei- und Dreischicht-System, nicht aber in der außerplanmäßigen Nachtarbeit eine besondere Belastung erkennen. Von allen in § 9 Nr. 1 MTV aufgezählten Zuschlägen sind nur Schichtzuschläge nicht „gedeckelt“ nach § 9 Nr. 4 MTV. § 5 Nr. 8 Abs. 2 MTV, der die Arbeitszeit am Tag vor dem 1. Mai ohne Entgeltausfall zweieinhalb Stunden früher enden lässt, gilt nur für „Beschäftigte in Schichtarbeit“. 76

(c) § 8 Nr. 6 Satz 3 MTV spricht ebenfalls dagegen, dass der Gesichtspunkt der schlechter planbaren Arbeitszeit die Tarifvertragsparteien des MTV veranlassen könnte, höhere Zuschläge für außerhalb von Schichtsystemen zu leistende Nachtarbeit vorzusehen. Wenn die Schichtarbeit nach § 8 Nr. 6 Satz 3 MTV drei Tage vorher anzukündigen ist, muss ein in der Nachtschicht Beschäftigter seinem Einsatz entgegenstehende private und kulturelle Wünsche ab dem vierten Tag nach Anordnung der Schichtarbeit zurückstellen. Er ist mit Blick darauf, seinen Arbeitseinsatz vorhersehen zu können, jedenfalls nicht deutlich bessergestellt als ein „Nachtarbeiter“, der seinen Einsatz nicht in einem Schichtplan 77

voraussehen kann (*aA Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 32 für eine Ankündigungsfrist von 24 Stunden*).

(d) Der Annahme, der höhere Zuschlag wolle für die Einbuße im Hinblick auf die Teilhabe am sozialen Leben entschädigen, steht entscheidend die Regelung in § 8 Nr. 4 MTV entgegen. Danach ist bei der Durchführung von Nachtarbeit außerhalb des Schichtdienstes „auf private und kulturelle Wünsche der Beschäftigten weitgehend Rücksicht zu nehmen“. Diese tarifvertragliche Beschränkung des Arbeitgebers bei der Ausübung des billigen Ermessens im Rahmen des Weisungsrechts stellt sicher, dass ein Arbeitnehmer Nachtarbeit außerhalb von Schichtarbeit grundsätzlich nur dann leisten muss, wenn dadurch seine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben nicht beeinträchtigt wird. Vor diesem Hintergrund gibt es keinen Grund dafür, eine nicht erlittene Einbuße mit einem höheren Zuschlag auszugleichen. Der Arbeitnehmer kann selbstbestimmt am sozialen und kulturellen Leben teilhaben. 78

(2) Andere legitime Zwecke, die mit dem gegenüber § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV erhöhten Zuschlag des § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV verfolgt werden könnten, sind nicht ersichtlich. 79

(a) Der von der Beklagten angeführte Grund, die außerhalb von Schichtarbeit geleistete Nachtarbeit solle verteuert werden, um ihre Anordnung zu erschweren und letztlich zu verhindern, kann die Verdopplung des Zuschlags nicht rechtfertigen (*ebenso Kothe Gutachten zu Nachtarbeitszuschlagsregelungen S. 45; aA Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 270; Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 30*). Nachtarbeit soll wegen ihrer nachteiligen Auswirkungen auf die Gesundheit der von ihr betroffenen Arbeitnehmer allgemein vermieden werden, unabhängig davon, ob sie innerhalb oder außerhalb von Schichtsystemen geleistet wird. Dieser Zweck kann daher grundsätzlich keine unterschiedlich hohen Zuschläge für innerhalb und außerhalb von Schichten geleistete Nachtarbeit rechtfertigen. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn nur 80

die Schichtarbeit in der Nacht aus überragenden Gründen des Gemeinwohls unvermeidbar wäre (*vgl. BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - Rn. 39 mwN*). In dem hier betroffenen Tarifbereich bestehen dafür keine Anhaltspunkte.

(b) Soweit sich die Beklagte darauf beruft, der Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV solle die Arbeitnehmer motivieren, Nachtarbeit außerhalb von Schichtarbeit zu leisten, kann damit nicht die Verdopplung gegenüber dem Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV gerechtfertigt werden (*aA Kleinebrink NZA 2019, 1458, 1461*). Ausgleichsregelungen im Sinn von § 6 Abs. 5 ArbZG sollen die Nachtarbeit verringern und nicht ausdehnen (*Kothe Gutachten zu Nachtarbeitszuschlagsregelungen S. 51*). 81

(c) Die Verdopplung des Zuschlags für Nachtarbeit außerhalb von Schichtarbeit kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht mit dem Hinweis auf den Ausnahmecharakter der Nachtarbeit gerechtfertigt werden. Ein den niedrigeren Zuschlag für Nachtschichtarbeit rechtfertigender Umstand ist schon deswegen nicht erkennbar, weil die Gesundheit von Nachtschichtarbeitnehmern, die regelmäßig Nachtarbeit leisten, nach derzeitigem Kenntnisstand in höherem Maß gefährdet ist als die Gesundheit von Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen unregelmäßig zur Nachtarbeit herangezogen werden (*vgl. BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - Rn. 27 mwN*). Für die Teilhabe am sozialen Leben gilt nichts anderes (*LAG Berlin-Brandenburg 14. Juli 2020 - 11 Sa 199/20 - zu B II 4 der Gründe*). 82

(3) Es ist nicht erkennbar, dass die Nachtschichtarbeit in Brauereien mit einer geringeren Arbeitsbelastung verbunden sein könnte als außerhalb von Schichtsystemen geleistete Nachtarbeit. Daher kann offenbleiben, ob ein geringerer Zuschlag für Nachtschichtarbeit sachlich gerechtfertigt sein könnte, wenn die mit ihr einhergehende Belastung im Vergleich zur Nachtarbeit außerhalb eines Schichtsystems geringer ist, etwa weil es sich um inaktive Teile nächtlichen Bereitschaftsdienstes handelt (*BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - Rn. 33; 21. März 2018 - 10 AZR 34/17 - Rn. 53 mwN, BAGE 162, 230*). 83

6. Eine ergänzende Auslegung des MTV mit dem Ziel, die Regelung in § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV in Einklang mit den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG zu bringen, ist dem Senat nicht möglich (*zu den Voraussetzungen BAG 26. Januar 2017 - 6 AZR 450/15 - Rn. 24; 14. September 2016 - 4 AZR 1006/13 - Rn. 21 mwN*). 84

a) Tarifvertragliche Regelungen sind einer ergänzenden Auslegung grundsätzlich nur dann zugänglich, wenn damit kein Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie verbunden ist. Die ergänzende Auslegung eines Tarifvertrags scheidet daher aus, wenn die Tarifvertragsparteien eine regelungsbedürftige Frage bewusst ungeregelt lassen und diese Entscheidung höherrangigem Recht nicht widerspricht. Voraussetzung für eine ergänzende Auslegung ist, dass entweder eine unbewusste Regelungslücke besteht oder eine Regelung nachträglich lückenhaft geworden ist. In einem solchen Fall haben die Gerichte für Arbeitsachen grundsätzlich die Möglichkeit und die Pflicht, eine Tariflücke zu schließen, wenn sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ausreichende Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien ergeben. Allerdings haben die Tarifvertragsparteien in eigener Verantwortung darüber zu befinden, ob sie eine von ihnen geschaffene Ordnung beibehalten oder ändern. Solange sie daran festhalten, hat sich eine ergänzende Auslegung an dem bestehenden System und dessen Konzeption zu orientieren. Eine ergänzende Tarifauslegung scheidet aus, wenn den Tarifvertragsparteien ein Spielraum dafür bleibt, die Lücke zu schließen, und es ihnen wegen der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie überlassen bleiben muss, die von ihnen für angemessen gehaltene Regelung selbst zu finden (*BAG 28. November 2019 - 8 AZR 125/18 - Rn. 16 mwN, BAGE 169, 1; 21. März 2018 - 10 AZR 34/17 - Rn. 56, BAGE 162, 230; vgl. Henssler/Moll/Bepler/Bepler 2. Aufl. Teil 3 Rn. 196*). 85

b) Mit Blick auf ihren Gestaltungsspielraum fehlen Anhaltspunkte dafür, wie die Tarifvertragsparteien eine Lücke hätten schließen wollen, wenn eine unbewusste Regelungslücke oder eine nachträglich lückenhaft gewordene Regelung im MTV unterstellt wird. Dem MTV lässt sich nicht entnehmen, dass die Tarifvertragsparteien mit dem Zuschlag von 25 % nach § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV eine wertende Grundentscheidung getroffen haben, die zu dem Schluss zwingt, dass 86

sie in Kenntnis der ungerechtfertigten Differenzierung keine Ausgleichsregelung für die von § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV erfasste Arbeitnehmergruppe getroffen hätten (vgl. *Kothe Gutachten zu Nachtarbeitszuschlagsregelungen S. 54 mwN; abweichend Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 276 ff.*).

7. Die nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbarende Ungleichbehandlung des Klägers, der für Schichtarbeit im Zeitraum von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr lediglich den Zuschlag nach § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV erhält, kann nur durch eine Anpassung „nach oben“ beseitigt werden, weil die begünstigende Regelung in § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV das einzig gültige Bezugssystem bleibt (vgl. *BAG 11. November 2020 - 10 AZR 185/20 (A) - Rn. 39 mwN mit Bezug auf die Rechtsprechung zu Verstößen gegen unionsrechtliche Diskriminierungsverbote: EuGH 14. März 2018 - C-482/16 - [Stollwitzer] Rn. 30; 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 46 f. mwN; Schmidt RdA 2020, 269, 270 mwN; J. Ulber AuR 2020, 157, 165; vgl. auch Soost AuR 2020, 489*). Den Angehörigen der benachteiligten Gruppe sind dieselben Vorteile zu gewähren wie den Angehörigen der bevorzugten Gruppe (vgl. *BAG 25. August 2020 - 9 AZR 266/19 - Rn. 40 ff.; 28. Juli 2020 - 1 AZR 590/18 - Rn. 32; 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 32, BAGE 154, 118*). Um den gleichheitswidrigen Zustand zu beseitigen, muss § 9 Nr. 1 Buchst. d iVm. § 8 Nr. 5 MTV unangewendet bleiben, soweit der Anspruch auf den Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 50 % nach § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV für Schichtarbeit im Zeitraum von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr ausgeschlossen ist. Das gilt, solange keine geeigneten Maßnahmen getroffen worden sind, um die Gleichbehandlung herzustellen (vgl. *BAG 25. August 2020 - 9 AZR 266/19 - Rn. 43; 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - Rn. 46, BAGE 159, 92; 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 35, aaO*).

a) Kann der Arbeitgeber den Begünstigten die in der Vergangenheit gewährten Leistungen nicht mehr entziehen, kommt regelmäßig nur eine Anpassung „nach oben“ in Betracht, um die Diskriminierung zu beseitigen. Die Anpassung „nach oben“ beruht auf dem ua. durch das nationale Recht vorgegebenen Rechtsbefehl, eine den Gleichbehandlungsgeboten entsprechende Ordnung herzustellen (vgl. *Henssler/Moll/Bepler/Bepler 2. Aufl. Teil 3 Rn. 196; MAH ArbR/*

Hamacher/van Laak 5. Aufl. § 70 Rn. 22; J. Ulber AuR 2020, 157, 165). Sie berücksichtigt damit nicht zuletzt auch, dass ein den rechtlichen und gesellschaftlichen Zielvorstellungen entsprechender Zustand nicht erreicht werden kann, wenn es sich „nicht lohnt“, auf eine sachwidrige Ungleichbehandlung mit einem Gang vor Gericht zu reagieren (*Henssler/Moll/Bepler/Bepler aaO Rn. 194*). Die Anpassung „nach oben“ scheidet selbst dann nicht aus, wenn sie zu erheblichen finanziellen Belastungen des Arbeitgebers führt (*BAG 28. Juli 2020 - 1 AZR 590/18 - Rn. 32; 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 32, BAGE 154, 118; 14. Mai 2013 - 1 AZR 44/12 - Rn. 26, BAGE 145, 113; Schirmacher RdA 2020, 353, 361; Staudinger/Omlor [2016] Vorbemerkungen zu §§ 244 - 248 Rn. B58; Erman/D. Ulber BGB 16. Aufl. § 275 Rn. 11; aA Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 59*).

aa) Die Beklagte kann den von der Regelung in § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV begünstigten Arbeitnehmern die auf der Grundlage des MTV gewährten Leistungen nicht entziehen. Die Rückforderungsansprüche unterliegen der Verfallklausel in § 21 MTV. Zudem ist das berechtigte Vertrauen dieses Arbeitnehmerkreises auf die Wirksamkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelung zu schützen (*vgl. BAG 25. April 2017 - 1 AZR 427/15 - Rn. 33; 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 32, BAGE 154, 118; 10. November 2011 - 6 AZR 148/09 - Rn. 32, BAGE 140, 1*).

89

bb) Einer rückwirkenden Änderung des MTV mit dem Ziel, die Zuschläge auf das Niveau des § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV herabzusetzen, steht das grundsätzlich geschützte Vertrauen des Arbeitnehmers entgegen, dass die Tarifvertragsparteien einen einmal entstandenen Tarifanspruch nicht rückwirkend beseitigen (*BAG 20. Juni 2018 - 7 AZR 737/16 - Rn. 23; 6. Dezember 2017 - 10 AZR 575/16 - Rn. 36; Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 64*). Eine solche Regelungskompetenz steht den Tarifvertragsparteien allenfalls dann zu, wenn die Begünstigten damit rechnen mussten, dass ihre Besserstellung ab

90

einem bestimmten Zeitpunkt wegfällt (vgl. BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 35 mwN, BAGE 154, 118).

cc) Eine Anpassung „nach unten“ scheidet aus (*krit. Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 56, 60*). Die Begünstigung durch die Zuschlagsregelung in § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV entfällt weder rückwirkend noch von selbst für die Zukunft. Die Benachteiligung muss deshalb nicht nur für die Vergangenheit, sondern so lange beseitigt werden, bis eine diskriminierungsfreie Neuregelung in Kraft tritt (vgl. BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 34 mwN, BAGE 154, 118). 91

dd) Der Anpassung „nach oben“ kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die Nachtarbeit würde durch den finanziellen Mehraufwand für den Arbeitgeber unrentabel und hätte für die Arbeitnehmer einen Verlust der finanziell attraktiven Nachtarbeitszuschläge zur Folge (*so aber Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 52*). Es ist Sinn und Zweck von tariflichen Zuschlagsregelungen im Sinn von § 6 Abs. 5 ArbZG, die gesundheitsschädliche Nachtarbeit zu verteuern, nicht jedoch, diese Arbeit möglichst attraktiv für Arbeitnehmer zu machen. 92

ee) Es kommt nicht in Betracht, den Rechtsstreit befristet auszusetzen, damit die Tarifvertragsparteien regeln können, auf welche Art und Weise die Diskriminierung für die Zukunft beseitigt werden soll (*aA Kleinebrink NZA 2019, 1458, 1463*). Diese Verfahrensweise ließe die durch Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Gleichbehandlung „leerlaufen“, weil schon nicht sichergestellt werden kann, dass sich die Tarifvertragsparteien auf eine diskriminierungsfreie Neuregelung verständigen werden (vgl. *Henssler/Moll/Bepler/Bepler 2. Aufl. Teil 3 Rn. 196*). 93

b) Die Anpassung „nach oben“ hat sich an der Regelung in § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV zu orientieren. Diese Norm enthält das einzig verbleibende gültige Bezugssystem für Nachtarbeit im MTV (vgl. BAG 25. August 2020 - 9 AZR 94

266/19 - Rn. 44). Mit Inkrafttreten einer diskriminierungsfreien tariflichen Neuregelung endet die Wirkung des zukunftsgerichteten Feststellungsausspruchs (vgl. BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 35 mwN, BAGE 154, 118; Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 283 f.).

aa) Nicht die Gesamtheit der beiden Zuschlagsregelungen in § 9 Nr. 1 Buchst. b und Buchst. d MTV ist gleichheitswidrig. Der Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot betrifft allein die Regelung in § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV. Nur sie benachteiligt die Normunterworfenen im Vergleich zu den von § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV betroffenen Arbeitnehmern (vgl. J. Ulber AuR 2020, 157, 164; Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 49; aA Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 274). Die gegenteilige Auffassung widerspricht dem klar erkennbaren Willen der Tarifvertragsparteien, abweichend von der in § 6 Abs. 5 ArbZG ausgedrückten gesetzgeberischen Zielvorstellung eine großzügige Zuschlagsregelung für Nachtarbeit außerhalb von Schichtsystemen zu schaffen. 95

bb) Eine Derogation allein der benachteiligenden Regelung mit der Folge, dass die im MTV entstandene Lücke durch die gesetzliche Regelung in § 6 Abs. 5 ArbZG geschlossen wird, scheidet aus (aA Creutzfeldt/Eylert ZFA 2020, 239, 280; Kleinebrink NZA 2019, 1458, 1463 f.). Die Unwirksamkeit einer tariflichen Ausgleichsregelung für Nachtarbeit hat zwar zur Folge, dass einem Nachtarbeiter im Sinn von § 2 Abs. 5 ArbZG der gesetzliche Anspruch aus § 6 Abs. 5 ArbZG zusteht (vgl. BAG 13. Dezember 2018 - 6 AZR 549/17 - Rn. 15 ff.; J. Ulber AuR 2020, 157, 164). Im Streitfall könnte der Anspruch aus § 6 Abs. 5 ArbZG jedoch allenfalls dazu führen, dass sich der Zuschlag für die Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr auf 30 % erhöhte (vgl. BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - Rn. 30 ff. mwN). Die Derogation beseitigte die Benachteiligung der von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr in Schichtsystemen beschäftigten Arbeitnehmer daher nur teilweise, verstetigte sie aber im Übrigen (vgl. Höpfner Die Rechtmäßigkeit der tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen für geleistete Nachtarbeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG S. 45 f.). 96

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 97 Abs. 1 ZPO. 97

Gallner

Pulz

Brune

Rudolph

Salzburger