

Nacharbeit – Mitbestimmung bei Ausgleich

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

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

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

BAG vom 26.8.1997 – 1 ABR 16/97

A.

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

Die Arbeitgeberin betreibt Güterfernverkehr. Die Fahrzeuge werden bundesweit und auch während der Nachtzeit eingesetzt. Auf die Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer ist kraft Vereinbarung der Bundes-Manteltarifvertrag für den Güter- und Möbelfernverkehr vom 14. 7. 1988 (BMTV) anwendbar.

Die Arbeitgeberin ist aufgrund Verbandsmitgliedschaft auch an den Bezirksmanteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im privaten Güterverkehrsgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen vom 15. 6. 1994 (MTV NRW) gebunden, in dem u.a. folgendes bestimmt ist:

3. Nacharbeit

Nacharbeit in der Zeit von 21.00 Uhr bis 5.00 Uhr, soweit sie nicht regelmäßig oder sofern sie als Mehrarbeit geleistet wird, wird je Stunde mit des tariflichen Wochenlohnes und einem Zuschlag von 50% vergütet. Der Zuschlag beträgt bei regelmäßiger Nachtschicht 20%.

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

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

...

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

Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, der Betriebsrat könne keine Regelung über einen Ausgleich der Nacharbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG verlangen. Insoweit bestehe kein gesetzlicher Anspruch, weil im BMTV eine Ausgleichsregelung enthalten sei. Diese sei insbesondere in den Bestimmungen über die Gewährung zusätzlicher Urlaubstage sowie eines unbezahlten freien Tages und über die Vergütung von Arbeitsbereitschaft und Kabinenzeit zu sehen. Dass sie sich nicht ausdrücklich auf Nacharbeit beziehe, sei unschädlich. Da Nacharbeit für Fernfahrer typisch sei, enthielten bereits die allgemeinen tariflichen Entgeltregelungen die gesetzlich geforderte Kompensation.

Die Arbeitgeberin hat zuletzt beantragt festzustellen, dass die Einigungsstelle für eine Ausgleichsregelung für Nacharbeit gemäß § 6 Abs. 5 ArbZG nicht zuständig ist.

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

Das ArbG hat den Antrag der Arbeitgeberin abgewiesen. Auf deren Beschwerde hat das LAG dem Antrag stattgegeben. Die vom LAG zugelassene Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist teilweise erfolgreich.

Auszug aus den Gründen:

B.

II.

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

1.

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

b)

Der BMTV enthält keine Ausgleichsregelung für Nachtarbeit.

Ausdrückliche Bestimmungen fehlen insoweit; hierüber besteht zwischen den Beteiligten kein Streit. Der BMTV hat auch nicht stillschweigend den Ausgleich für Nachtarbeit geregelt, etwa durch die Bestimmungen über Urlaub, über Arbeitsbereitschafts- und Kabinenzeiten oder über die Grundvergütung. Der Arbeitgeberin ist allerdings zuzugeben - in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Meinung im Schrifttum -, dass eine solche Ausgleichsregelung auch stillschweigend erfolgen kann. In den Ausschussberatungen zum Arbeitszeitgesetz wurde die Formulierung des § 6 Abs. 5 ArbZG mit dem erklärten Zweck geändert, klarzustellen, dass auch bereits bestehende Tarifverträge, in denen z.B. branchenspezifische Nachtarbeit bei der Grundentgeltfindung berücksichtigt war, als Ausgleichsregelungen i.S. dieser Vorschrift in Betracht kommen (Ausschussbericht BT-Drucks. 12/6990 S. 43). Der Senat kann jedoch nicht der hieran anknüpfenden Annahme des LAG folgen, auch der BMTV enthalte eine derartige Ausgleichsregelung.

aa)

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

Diese Argumentation läuft darauf hinaus, bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung zur Nachtarbeit den Tarifvertragsparteien in jedem Tarifbereich, in dem Nachtarbeit nicht gerade unüblich ist, eine stillschweigende Ausgleichsregelung i.S. des § 6 Abs. 5 ArbZG zu unterstellen, ohne dass es dafür noch irgendwelcher Anhaltspunkte im Tarifvertrag bedürfte. Dabei wird indessen verkannt, dass bei der Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages zunächst von dessen Wortlaut und Zusammenhang auszugehen und dabei der Wille der Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen ist, soweit er in den Tarifnormen seinen Niederschlag gefunden hat. Die bloße Annahme, die Tarifvertragsparteien müssten eine Frage für regelungsbedürftig gehalten haben, reicht angesichts ihrer permanenten Schwierigkeiten bei der Suche nach konsensfähigen Lösungen nicht aus, dem Schweigen

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

Den allgemeinen tariflichen Arbeitsbedingungen kann nur dann eine stillschweigende Ausgleichsregelung i.S. dieser Vorschrift entnommen werden, wenn entweder der Tarifvertrag selbst entsprechende Hinweise enthält, oder wenn sich aus der Tarifgeschichte oder aus Besonderheiten des Geltungsbereichs Anhaltspunkte dafür ergeben. So wird im Schrifttum zutreffend darauf hingewiesen, dass bei einer speziell für Nachtwächter geltenden tariflichen Entgeltregelung davon auszugehen ist, die Belastungen der Nachtarbeit seien bereits im Grundentgelt berücksichtigt (Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, 12. Aufl., § 6 Rz. 25). In einem derartigen Fall ständiger und fast ausschließlicher Nachtarbeit aller betroffenen Arbeitnehmer mag eine Aufspaltung der Vergütung in Grundlohn und Nachtzuschlag gekünstelt wirken. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die Verhältnisse im Güterfernverkehr vergleichbar wären. Er findet keineswegs ausschließlich nachts statt. Es gibt nicht einmal Anhaltspunkte dafür, dass dies überwiegend der Fall wäre. Zwar wird es zutreffen, dass viele Fernfahrer auch nachts eingesetzt werden. Das bedeutet aber nicht, dass hierdurch alle in - wenigstens annähernd - gleicher Weise belastet werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass manche Fernfahrer viel Nachtarbeit zu leisten haben, andere weniger oder gar keine. Angesichts dessen fehlt jede Grundlage für die Annahme, die Tarifvertragsparteien hätten diese Belastungen mit dem Grundlohn abgelten wollen.

Dieses Verständnis des BMTV wird durch die Regel bestätigt, dass bei der Auslegung von Tarifnormen im Zweifel anzunehmen ist, die Tarifvertragsparteien wollten Regelungen treffen, die nicht wegen Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht unwirksam oder angreifbar sind. Gegen eine Regelung, die allen Fernfahrern dieselbe Leistung als Ausgleich für Nachtarbeit gewähren würde, bestünden aber angesichts der höchst unterschiedlichen Belastung der einzelnen Fahrer durch Nachtarbeit erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Zwar können Tarifverträge ebenso wie Gesetze Pauschalierungen vornehmen, die zu einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte führen; der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), an den auch die Tarifvertragsparteien gebunden sind, setzt dem aber Grenzen. Unbedenklich sind pauschalierende Regelungen nach der Rechtsprechung des BVerfG nur dann, wenn eine verhältnismäßig kleine Gruppe benachteiligt oder bevorzugt wird und der Gleichheitsverstoß nicht sehr intensiv wirkt. Dagegen geht es nicht an, eine große Gruppe von Betroffenen nur aus Gründen der Vereinfachung stärker zu belasten oder zu begünstigen, obwohl sie ohne weiteres erkennbar ist und auch regelungstechnisch erfassbar wäre. Es erscheint deshalb zumindest zweifelhaft, ob die vom LAG angenommene stillschweigende Regelung in dieser Form überhaupt zulässig wäre.

bb)

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

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

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

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

c)

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

2.

Der in § 6 Abs. 5 ArbZG vorgeschriebene Ausgleich für Nachtarbeit kann durch die Gewährung bezahlter freier Tage, durch einen Entgeltzuschlag oder durch eine Kombination von beidem erfüllt werden. Die Arbeitgeberin hat insoweit ein Wahlrecht. Bei dessen Ausübung hat der Betriebsrat mitzubestimmen.

a)

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

b)

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

§ 6 Abs. 5 ArbZG ist eine Vorschrift über den Gesundheitsschutz (§ 1 Nr. 1 ArbZG). Der dort vorgeschriebene Ausgleich soll die Nachtarbeit verteuern und damit zurückdrängen. Nachtarbeit ist nämlich gesundheitsschädlich, wie inzwischen allgemein anerkannt wird.

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

die Nachtarbeit mit Zusatzkosten belastet und so für den Arbeitgeber weniger attraktiv macht.

Für die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist es indessen unerheblich, ob eine Vorschrift dem Gesundheitsschutz unmittelbar oder mittelbar dient. Es ist im Arbeitsschutzrecht nicht ungewöhnlich, dass Ziele der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes durch lediglich mittelbar wirkende Maßnahmen verfolgt werden. Beispiele hierfür sind die ausdrücklich dem Arbeitsschutz dienenden Vorschriften des Arbeitssicherheitsgesetzes über die Bestellung von Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit sowie über die Bildung von Arbeitsschutzausschüssen. So hat der Senat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei der Entscheidung darüber bejaht, ob der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nach § 2 Abs. 1 ASiG durch die Bestellung eines angestellten oder eines freiberuflich tätigen Betriebsarztes oder durch die Inanspruchnahme eines überbetrieblichen Dienstes von Betriebsärzten erfüllt. Für die Subsumtion einer gesetzlichen Vorschrift unter § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist nach dessen Wortlaut ihr Ziel maßgebend. Soll eine betriebliche Regelung der "Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten" oder dem "Gesundheitsschutz" dienen, so muss die gesetzliche Rahmenvorschrift, die sie ausfüllt, ebenfalls diesen Zweck verfolgen. Welchen Weg und welche Mittel sie hierfür vorsieht, kann dabei keine entscheidende Rolle spielen.

§ 6 Abs. 5 ArbZG ist auch, wie in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gefordert, eine Rahmenvorschrift. Er macht noch betriebliche Regelungen notwendig, die festlegen, ob das im Gesetz vorgegebene Ziel des Ausgleichs für Nachtarbeit durch bezahlte Freizeit, durch einen Lohnzuschlag oder durch eine Kombination aus beidem erreicht werden soll.

c)

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

3.

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

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

Hieraus wird im Schrifttum teilweise geschlossen, der Arbeitgeber habe insoweit ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht, bei dessen Ausübung er nach § 315 Abs. 3 BGB gerichtlicher Kontrolle unterworfen sei. Es kann hier dahinstehen, ob dies zutrifft, oder ob

etwa eine Pflicht des Arbeitgebers zur Verhandlung mit den betroffenen Arbeitnehmern besteht, bei deren Verletzung diese auf eine der Billigkeit entsprechende Leistung klagen können, oder ob sich der Umfang der Ausgleichsleistung unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Jedenfalls handelt es sich bei der Bestimmung der Angemessenheit der Kompensation nach § 6 Abs. 5 ArbZG trotz der hierbei bestehenden Spielräume letztlich um eine Rechtsfrage, bei welcher der Betriebsrat nicht nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitzubestimmen hat.