

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 2 Sa 563/03**

4 Ca 644 d/03 ArbG Kiel  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 30.03.2004

gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 30.03.2004 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts .... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 05.11.2003 – 4 Ca 644 d/03 – abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für die Zeit ab November 2002 eine Abrechnung über die von ihm verdienten Zuschläge in Höhe von 15 % für Nachtarbeit i. S. d. § 2 ArbZG zu erteilen.

Im Übrigen wird der Antrag zu 1. zurückgewiesen.

Hinsichtlich des Zahlungsantrags (Antrag zu 2.) wird der Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Kiel zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

## Tatbestand

Die Parteien streiten über die Zahlung von Nachtzuschlägen.

Die Beklagte betreibt verschiedene Hotels, u. a. das Hotel in K., in dem der Kläger mit Wirkung vom 15.07.1993 als Nachtportier eingestellt wurde. Bei der Beklagten handelt es sich um ein Unternehmen, das in T. seinen Sitz hat und von B. S. aus verwaltet wird. In den von der Beklagten in Schleswig-Holstein betriebenen Hotels werden zum Teil pauschale Nachtzuschläge an die Nachtportiers in unterschiedlicher Höhe gezahlt. Der Kläger erhält keinen Nachtzuschlag, desgleichen der weitere K. Nachtportier. Der Kläger ist pensionierter Soldat und erhält von der Beklagten einen Zuschuss zur Krankenversicherung, ferner Fahrtkosten. Ihm ist gestattet, seinen PKW in der hoteleigenen Tiefgarage abzustellen und das hoteleigene Schwimmbad zu benutzen.

Mit der am 03.03.2003 erhobenen Klage hat der Kläger Zahlung eines Nachtzuschlages für die Zeit ab November 2002 verlangt. Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 05.11.2003, auf das hinsichtlich des weiteren Vortrags der Parteien in erster Instanz sowie des Inhalts der Entscheidungsgründe verwiesen wird, die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die rechtzeitig eingelegte und begründete Berufung.

Der Kläger trägt vor, sein Anspruch ergebe sich aus dem allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe. Entgegen der Auffassung der Beklagten handele es sich bei ihrem Betrieb auch um einen Nachtbetrieb im Sinne der tarifvertraglichen Regelung. Gerade ein Hotel falle hierunter. Der Anspruch ergebe sich aber auch aus § 6 Abs. 5 ArbZG. Der Lohn- und Gehaltstarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Schleswig-Holstein enthalte keine Ausgleichsregelung für die Nachtarbeit. Jedenfalls ergebe sich aber ein Anspruch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Beklagte zahle an alle anderen Nachtarbeiter einen Zuschlag, nur nicht an ihn.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichtes Kiel vom 05.11.2003 - 4 Ca 644 d/03 - abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger für die Zeit ab November 2002 eine Abrechnung über die von ihm verdienten Zuschläge für Nachtarbeit mit einem Zuschlag von 25% des jeweiligen Stundenlohnes zu erteilen,
2. die Beklagte weiter zu verurteilen, den sich aus dieser Abrechnung ergebenden Betrag an den Kläger zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, es treffe nicht zu, dass es sich bei dem Betrieb der Beklagten um einen Nachtbetrieb handle. Wie unstrittig sei, schließe das Restaurant spätestens um 2:00 Uhr. Ein Hotel sei nicht Nachtbetrieb im Sinne des Tarifvertrages. Auf das ArbZG könne sich der Kläger nicht berufen, denn der Tarifvertrag enthalte eine ausdrückliche Ausgleichsregelung. Die Tarifvertragsparteien hätten bei der Eingruppierung der Nachtportiers ausdrücklich berücksichtigt, dass diese nachts arbeiteten. Deshalb seien sie trotz geringerer fachlicher Anforderungen höher eingestuft. Auf den Gleichbehandlungsgrundsatz könne sich der Kläger nicht berufen, da in dem Hotel in K. seit jeher keinem Nachtportier Nachtzuschläge gezahlt worden seien. Die Hoteldirektionen der einzelnen Hotels seien befugt, mit den Mitarbeitern einzelvertraglich besondere Konditionen zu vereinbaren.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung ist hinsichtlich des Antrags zu 1. nur teilweise begründet. Hinsichtlich des Antrags zu 2. ist sie an das Arbeitsgericht zurückzuverweisen.

1. Es trifft zu, dass dem Kläger Nachtarbeitszuschläge zustehen, diese ergeben sich jedoch weder aus dem Manteltarifvertrag noch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

- 1.1** Der Kläger kann sich zur Stützung seines Anspruches nicht auf § 5 Ziff. 4.2 des allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrags für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Schleswig-Holstein berufen. Nach dieser Vorschrift haben die fest besoldeten Arbeitnehmer des Nachtdienstes in ausgesprochenen Nachtbetrieben für die nach 2:00 Uhr abgeleisteten Arbeitsstunden Anspruch auf einen Zuschlag von 25 % auf den Tarifstundenlohn.

Der Kläger ist zwar fest besoldeter Arbeitnehmer und auch im Nachtdienst, und zwar ausschließlich im Nachtdienst, eingesetzt. Er ist aber nicht in einem Nachtbetrieb im Sinne des Tarifvertrages tätig. Nach der Klammerdefinition des § 5 Ziff. 4.2 MTV sind Nachtbetriebe solche Betriebe, deren regelmäßige Polizeistunde nach 2:00 Uhr morgens endet. Gegenstand eines Hotelbetriebs ist die Gewährung von Übernachtung, Unterkunft, ggf. Frühstück und evtl. weiterer Nebenleistung. Dem Kläger ist zwar zuzustimmen, dass ein Hotelbetrieb nachts betrieben wird. Es ist aber kein Nachtbetrieb, weil eine Polizeistunde, die im Tarifvertrag ausdrücklich erwähnt ist, für Hotelbetriebe nicht gilt. Die sog. Polizeistunde gilt für Gaststätten und öffentliche Vergnügungsstätten, § 18 GewO. Bei einem Hotelbetrieb wäre, da ja gerade die Gewährung von Übernachtungsmöglichkeiten Kernpunkt der Tätigkeit ist, eine sog. Polizeistunde unsinnig.

Die Beklagte betreibt zwar auch ein Restaurant. Das führt aber vorliegend nicht dazu, dass der Betrieb in K. zu einem Nachtbetrieb im Sinne des Tarifvertrages würde. Denn die sog. Polizeistunde endet dort nicht nach 2:00 Uhr.

- 1.2** Soweit der Kläger sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz beruft, kann sein Anspruch hierauf nicht gestützt werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die jeweiligen Hotels eine eigene Personalverwaltung haben. Die arbeitsvertraglichen Bedingungen werden jeweils von den einzelnen Personalleitungen vereinbart. Dass hier eine willkürliche Ungleichbehandlung des Klägers gegenüber Arbeitnehmern in einem anderen Hotel vorliegt, ist nicht ersichtlich. Hierauf kommt es indes nicht an, da der Anspruch bereits aus § 6 ArbZG begründet ist.
- 1.3** Der Anspruch des Klägers ergibt sich aber aus § 6 Abs. 5 ArbZG. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeiter für die während der

Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Hierbei steht dem Arbeitgeber ein Leistungsbestimmungsrecht zu. Er kann entweder freie Zeit gewähren oder eine Abgeltung in Geld vornehmen. Dabei ist es grundsätzlich auch möglich, diese durch eine pauschale Leistung oder auch durch die Höhe der Vergütung abzugelten. Dass dies vorliegend geschehen ist, ist aber nicht ersichtlich.

**1.3.1** Der Hotel- und Gaststättentarifvertrag für Schleswig-Holstein enthält, soweit es sich nicht um die Arbeit in Nachtbetrieben nach § 5 Ziff. 4.2 des Tarifvertrages handelt, keine Regelung zur Vergütung von Nachtarbeit. Nachtarbeit im Sinne des Manteltarifvertrages ist eine kürzere Arbeitszeit als die nach § 2 ArbZG. Nach § 2 Abs. 3 ArbZG ist Nachtzeit im Sinne des ArbZG die Zeit zwischen 23:00 Uhr und 6:00 Uhr, in Bäckereien und Konditoreien von 22:00 Uhr bis 5:00 Uhr. Dabei ist Nachtarbeit die Arbeit, die mehr als 2 Stunden in der Nachtzeit umfasst, § 2 Abs. 4 ArbZG. Nach § 5 Ziff. 4.2 MTV hingegen ist Nachtarbeit erst die Arbeitszeit, die nach 2:00 Uhr in Nachtbetrieben erbracht wird.

Zwar enthält § 7 ArbZG eine Öffnungsklausel für die Tarifvertragsparteien, jedoch nicht hinsichtlich § 6 ArbZG die Befugnis, den Nachtarbeitszeitraum erst ab 2:00 Uhr zu beginnen. Der Beginn des 7-stündigen Nachtzeitraumes darf, abweichend von § 2 Abs. 3, nur auf die Zeit zwischen 22:00 Uhr und 24:00 Uhr festgelegt werden. Eine weitergehende Kompetenz ist den Tarifvertragsparteien hier nicht übertragen. Der Tarifvertrag enthält mithin zu diesem Punkt eine Lücke.

**1.3.2** Die Tarifvertragsparteien haben auch nicht, wie die Beklagte meint, durch die Gestaltung der Lohn- und Gehaltsgruppen berücksichtigt, dass Nachtportiers und Night-Auditors ausschließlich nachts tätig sind. Die Tarifsystematik gibt dies nicht her. Dabei fällt auf, dass die Bezeichnung der nachts tätigen Arbeitnehmer in einem Hotel sich je nach Gehaltsgruppe ändert. In Lohn- und Gehaltsgruppen 1 und 2 sind sie als „Nachtwachen“ bezeichnet, in den Lohn- und Gehaltsgruppen 3 und 4 ist der „Nachtportier“ aufgeführt, während sie in den Lohn- und Gehaltsgruppen 5, 6 und 7 „Night-Auditors“ genannt werden. Der Unterschied

der Bezeichnungen lässt sich anhand der Beispiele lediglich danach erklären, welche Qualifikation bzw. Fachtätigkeit erwartet wird und in welchem Berufsjahr die Arbeitnehmer stehen.

Da der Kläger Vergütung nach Lohn- und Gehaltsgruppe 7 erhält und nicht strittig ist zwischen den Parteien, dass er dort richtig eingruppiert ist, ist seine Tätigkeit entsprechend den Lohn- und Gehaltsgruppen 5 bis 7 darauf zu untersuchen, ob ein Nachtarbeitszuschlag enthalten sein kann. Es ist der Beklagten zuzustimmen, dass für die Tätigkeit eines Nachtportiers oder Night-Auditors eine qualifizierte Berufsausbildung nicht zwingend erforderlich ist. Allerdings wird in den Lohn- und Gehaltsgruppen 5 nicht zwingend eine Berufsausbildung verlangt. Vielmehr können auch Fachtätigkeiten ohne Berufsausbildung im 6. Jahr der berufsbezogenen Tätigkeit (Lohn- und Gehaltsgruppe 5) ausgeübt werden. In Lohn- und Gehaltsgruppe 7 sind Fachtätigkeiten ohne Berufsausbildung ab dem 9. Jahr der berufsbezogenen Tätigkeit zu erbringen. In den Beispielgruppen sind zwar in erheblichem Umfang Fachtätigkeiten mit einer abgeschlossenen tätigkeitsbezogenen 3-jährigen Berufsausbildung genannt, aber nicht ausschließlich. So ist auch die Tätigkeit als Empfangspersonal in Lohn- und Gehaltsgruppe 5, 6 und auch 7 genannt. Diese Tätigkeit ist der eines Night-Auditors ähnlich, wird jedoch nicht ausschließlich nachts ausgeübt. Nach Auffassung der Beklagten ist eine Vergleichbarkeit deshalb nicht gegeben, weil tagsüber ein anderer erheblich höherer Leistungsdruck besteht und deshalb höhere Anforderungen gestellt werden. Dem kann jedoch so nicht zugestimmt werden. Wie sich aus der Tarifsystematik ergibt, werden die Tätigkeiten nach den erforderlichen Fachkenntnissen und der Berufserfahrung gewichtet, nicht nach dem bestehenden Leistungsdruck. Weder die Menge der Arbeit noch der persönliche Fleiß des einzelnen Mitarbeiters sind für die Eingruppierung maßgeblich. Angesichts der Tatsache, dass Night-Auditors ebenso eingruppiert sind wie Empfangspersonal, kann nicht festgestellt werden, dass die Tarifvertragsparteien bei der Eingruppierung bereits der Tatsache der Nachtarbeit Rechnung getragen haben.

**1.3.3** Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie selbst durch verschiedene Zusatzleistungen der Tatsache der Nachtarbeit des Klägers Rech-

nung getragen hat. Wie in der Berufungsverhandlung deutlich geworden ist, war und ist die Beklagte der Meinung, dass dem Kläger ein Nachtzuschlag nicht zustehe. Die Leistungen wie Parkplatz, Fahrgeld, Gestattung der Benutzung des Schwimmbades und Krankenversicherungsschutz werden nicht im Hinblick auf eine Nachttätigkeit des Klägers erbracht. Ob der Kläger einen Rechtsanspruch auf diese Leistungen hat, ist nicht Streitgegenstand.

Die Beklagte ist daher, da sie bisher ihrem Leistungsbestimmungsrecht nicht entsprochen hat, verpflichtet, dem Kläger einen Nachtarbeitszuschlag zu leisten.

**1.3.4** Die Höhe dieses Nachtarbeitszuschlages ist allerdings nur in Höhe von 15%, nicht von 25%, wie der Kläger es für angemessen hält, zu bemessen. Bei der Bemessung ist von erheblicher Bedeutung, in welchem Anspruch der Arbeitnehmer durch die Nachtarbeit belastet wird. Zu berücksichtigen ist, dass Nachtarbeitszuschläge einen Ausgleich für die höheren Belastungen durch die Nachtarbeit darstellen sollen. Danach ist hier lediglich ein Zuschlag von 15 % angemessen. Das von dem Kläger angezogene Urteil des BAG (vom 05.09.2002 - 9 AZR 202/01- Nza 2003, 563) betrifft einen anders gelagerten Fall. In dem dort entschiedenen Fall war der Arbeitnehmer während der Nachtschicht ständig tätig. Der Kläger hingegen hat während seiner Tätigkeit auch die Möglichkeit sich auszuruhen, ggf. in Schwachlastzeiten auch einmal zu schlafen. Soweit er gerade nicht von Gästen in Anspruch genommen wird, kann er fernsehen, lesen oder Radio hören. Seine Belastung durch die Nachtarbeit ist damit als sehr viel geringer einzuschätzen als die des Arbeitnehmers in dem vom Kläger zitierten Fall, in dem das BAG einen Nachtarbeitszeitzuschlag von 25% als angemessen erachtet hatte. Insoweit ist also die Klage teilweise abzuweisen.

**2.** Hinsichtlich des Antrages zu 2. ist eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht geboten. Der Kläger hat eine Stufenklage erhoben, § 254 ZPO, mit der er zunächst Rechnungslegung und sodann Zahlung fordert. Eine Verurteilung der Beklagten, die errechneten Beträge an ihn auszuzahlen, ohne dass die Beträge genannt werden, wäre nicht vollstreckbar. Ein solcher Antrag

wäre nicht hinreichend bestimmt und dementsprechend als unzulässig abzuweisen. Der Rechtsstreit ist mithin insoweit an das Arbeitsgericht zur weiteren Verhandlung nach Erteilung der Abrechnungen zurückzuverweisen, § 538 Abs. 2 Nr. 7 sowie Abs. 2 Satz 3 ZPO in Verbindung mit § 64 Abs. 6 ArbGG.

Die Entscheidung über die Kosten für das Berufungsverfahren ergeben sich aus § 91 ZPO. Im Übrigen ist die Kostenentscheidung dem Schlussurteil des Arbeitsgerichts vorzubehalten.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da nicht ersichtlich ist, dass die Bedeutung der Streitsache über den Einzelfall hinausgeht.

gez. ...

gez. ...

gez. ...