

Thema Mindestlohn und Nachtzuschlag

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

2018/2019

wie Ihr vielleicht schon mitbekommen habt, hat das Bundesarbeitsgericht einer Zeitungszustellerin einen **Nachtzuschlag von 30 %** für Dauernachtarbeit zugesprochen:

BAG Urteil vom 25.4.2018, 5 AZR 25/17

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&nr=20776>

Das vorangegangene Urteil des LAG Bremen v. 07.12.2016 (Aktenzeichen 3 Sa 43/16): <https://dejure.org/ext/63b1ad2983afa1ad43c7ec33b160dcf0>

Wer gesetzlichen Anspruch auf Nachtzuschlag hat, muss sich diese 30% (25% bei nicht ständiger Nachtarbeit) aber ggf. erst mal einklagen. Zeitungsverlage setzen die neue Erfurter Rechtsprechung keineswegs immer von sich aus um. Formulierungsvorschläge für eine Klage findet Ihr ab Seite 6.

Vor Erhebung einer Klage sollte man (sofern keine Verfalls- oder Verjährungsfristen drohen) zunächst einen Versuch unternehmen, im direkten Kontakt mit dem/den Arbeitgeber/n das Problem zu lösen, indem man die Rechtslage persönlich erläutert und ggf. auf Nachtarbeitszeiten beim zweiten Arbeitgeber aufmerksam macht, mit denen zusammen erst die 48 Tage erreicht werden:

Nachtzuschlag (zusätzlich zum Mindestlohn) gibt es, „**wenn an mindestens 48 Tagen im Jahr mehr als 2 Stunden zwischen 23 Uhr und 6 Uhr gearbeitet wird**“, heißt es (gem. §§ 2 und 6 ArbZG) auf der gut gemachten Seite eines rheinischen Betriebsrates:

<https://betriebsrat-rzz-krl.de/index.php/43-sammelspitze/387-nochmals-nachtzulage>

Die dort geäußerte Ansicht, dass noch Ansprüche aus 2015 geltend gemacht werden konnten, muss allerdings nicht unbedingt auf Hannoversche Verhältnisse Ende 2018 zutreffen. Eine Frage ist dabei, inwieweit **arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln** (z.B. „Lohnforderungen müssen innerhalb von 3 Monaten reklamiert und in weiteren 3 Monaten gerichtlich geltend gemacht werden. Ansonsten verfallen sie“) unwirksam sind. Ausschlussklauseln ohne Mindestlohnausnahme sind z.B. in 2015 oder später geschlossenen Formulararbeitsverträgen unwirksam, BAG 18.09.2018, 9 AZR 162/18 *). In ab dem 1.10.2016 geschlossenen Arbeitsverträgen sind Verfallsklauseln unwirksam, die Schriftform vorschreiben **). **Bezüglich des Mindestlohns sind Ausschlussfristen stets unwirksam** (§ 3 MiLoG, es gilt statt dessen idR die 3-jährige gesetzl. Verjährung, Ausnahme: Lohnfortzahlung Urlaub/krank/Annahmeverzug o.Ä.), nur der über den Mindestlohn hinausgehende Lohnanteil (z.B. Nachtzuschlag) kann von einer Ausschlussfrist betroffen sein (wirklich? vgl. Riechert+Nimmerjahn MiLoG § 3 Rn 26? - §§ 2+9+14 AEntG iVm §13MiLoG?).

*) <https://www.hensche.de/ausschlussklauseln-ohne-mindestlohn-ausnahme-sind-unwirksam-bag-9-azr-162-18.html>

***) <https://www.anwaltskanzlei-ruperti.de/ausschlussfrist/>

Werft also einen Blick in Euren Arbeits-/Tarifvertrag. Wer eventuell doch bestehende Nachzahlungsansprüche aus dem Jahr 2015 geltend machen wollte, musste sich mit einer Klage beeilen. Ansprüche aus dem Jahr 2015 waren von Gesetzes wegen Ende des Jahres 2018 verjährt. Die Klage musste also spätestens am 31.12.2018 um 24:00 Uhr im Briefkasten des Arbeitsgerichts landen (ggf unter Augen eines Zeugen einwerfen, idR stempeln Angestellte eines Arbeitsgerichts aber stets das korrekte Datum), um die Verjährung zu hemmen.

Man kann zur Not *"die erste Stufe bei einer zweistufigen Ausschlussfrist auch überspringen und gleich klagen"* *), also ohne vorher versucht zu haben, die Sache im direkten Kontakt mit dem AG zu regeln. Für Einhaltung ggf doch wirksamer Verfallsklauseln kann es sich aber empfehlen, gleichzeitig selber den Arbeitgeber noch vor Fristende zu informieren *). Da man nicht erwarten kann, dass er am 31.12.2018 um 24:00 Uhr in seinen Briefkasten schaut, sollten Ansprüche noch im alten Jahr während der letzten Stunden der Geschäftszeiten beim AG angemeldet worden sein, z.B. durch Übergabe einer Kopie Eurer Klageschrift.

*) <https://www.anwaltskanzlei-ruperti.de/ausschlussfrist/>

Falls Ihr keinen Anwalt für die Erstellung einer Klageschrift zur Hand habt: **Vor dem einfachen Arbeitsgericht kann man auch ohne anwaltliche Vertretung klagen** (§ 11 ArbGG). (Aber Achtung: Nicht nur eine Klage sondern auch die Rücknahme einer Klage kann mit Kosten verbunden sein!) Vertretungszwang gilt erst im Berufungs-/Revisionsverfahren vor dem LAG/BAG.

Da arbeitgeberseitig u.A. mit der Verfassungswidrigkeit des Mindestlohns argumentiert wird, muss man damit rechnen, dass ein Prozess durch alle Instanzen bis vors Bundesverfassungsgericht geht. Da ist es also immer gut, wenn man einen Anwalt dabei hat. Den muss man (im ersten Zug) selber bezahlen, egal wie der Prozess ausgeht. Es sei denn, Gewerkschaft oder Rechtsschutzversicherung übernehmen die Kosten. In der ersten Instanz werden nur die Gerichtskosten je nach Prozesserfolg auf die Parteien aufgeteilt. Erst in der Berufung bzw. Revision gilt Vertretungszwang. Da erst kann die siegende Partei auch ihre Anwaltskosten von der unterliegenden einfordern.

Wer wirklich selber klagen will, sollte sich vorher schlau machen:

Gut (aber leider auch sehr umfangreich) ist das Buch „Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens“ von Ostrowicz/Künzl/Schäfer, erschienen im Erich Schmidt Verlag. In der juristischen Fachbibliothek am Königsworther Platz kann man es im 3. OG am Regalplatz „jur 447 fp“ finden.

Im Netz gibt es diverse **Klagevordrucke und Merkblätter**

http://www.justizportal.niedersachsen.de/startseite/buergerservice/formulare_und_ausfuellhilfen/arbeitsrecht/
<http://www.landesarbeitsgericht.niedersachsen.de/download/32643> (**Merkblatt Klageerhebung**)

Die **Kontaktdaten des Arbeitsgerichts in Hannover**

<https://www.arbeitsgericht-hannover.niedersachsen.de/startseite/kontakt/kontakt-170711.html>

Wie Ihr hier sehen könnt, gibt es im Arbeitsgericht auch eine sogenannte **Rechtsantragsstelle**, wo man sich helfen lassen kann, eine Klage formgerecht zu formulieren. Inhaltlich kann dort leider keine Beratung gewährt werden.

Geringverdiener können aber u.U. einen **Rechtsberatungsschein** beantragen, allerdings nicht beim Arbeitsgericht sondern beim Amtsgericht:

https://www.amtsgericht-hannover.niedersachsen.de/startseite/wir_sie/rechtsantragstelle/rechtsantragstelle-122382.html

Damit kann man sich über die Rechtslage informieren (aber leider nicht vor Gericht vertreten) lassen.

Man kann aber ggf. **Prozesskostenhilfe** beantragen, muss die aber meist zurückzahlen.

Das Beste ist freilich, wenn man eine **Rechtsschutzversicherung** hat oder hinreichend lange Mitglied in einer **Gewerkschaft** ist. Bei ver.di ist dann der Rechtsschutz in den das Arbeitsverhältnis betreffenden Fragen mit inbegriffen.

Auch ver.di informiert über den Nachzuschlag für Zeitungszusteller:

<https://zeitungszusteller.verdi.de/>

Dort vor allem auf den verlinkten folgenden beiden Seiten

[https://zeitungszusteller.verdi.de/++file++5c0c1ae20596fb363f72e027/download/](https://zeitungszusteller.verdi.de/++file++5c0c1ae20596fb363f72e027/download/Info_Zusteller_Nachzuschlag_BAGE_20181017_korr.pdf)

[Info_Zusteller_Nachzuschlag_BAGE_20181017_korr.pdf](https://zeitungszusteller.verdi.de/++file++5bed94e056c12f63e7c16bda/download/Nachtfalter)

<https://zeitungszusteller.verdi.de/++file++5bed94e056c12f63e7c16bda/download/Nachtfalter%2030-Prozent-Nachzuschlag%20November%202018.pdf>

Das ver.di-Gutachten von Pieroth/Barczak zur Verfassungskonformität des Mindestlohns:

<https://docplayer.org/46011554-Mindestlohnausnahme-fuer-zeitungszusteller.html>

Gutachten der Hans-Boeckler-Stiftung von Preis zur Verfassungskonformität des Mindestlohns:

https://www.boeckler.de/pdf/gf_gutachten_mindestlohn_preis_lang_2014.pdf

Die Arbeitgeberseite ist oft anderer Ansicht:

<https://www.bvda.de/fileadmin/bvda/content/downloads/Fachwissen/MiLoG-gefaehrdet-Anzeigenblaetter.pdf>
https://www.bdzv.de/nachrichten-und-service/branchennachrichten/artikel/detail/nachtzuschlag_fuer_zeitungszusteller/

Von Interesse sind noch zwei Aufsätze von RA Adrian Schimpf und RA/FAArbR Dr. Sebastian Melz, MDR 2017 Seite 1038 ff sowie MDR 2016 Seite 489 ff. Herr Schimpf wird dort als Leiter der Konzernbereiche Personal & Recht der MADSACK Mediengruppe vorgestellt. Herr Dr. Melz vertritt die Zeitungsvertriebs-GmbH Vahrenwald regelmäßig als Anwalt (Stand Oktober 2019).

<https://www.mdr-recht.de/49664.htm>

<https://research.wolterskluwer-online.de/news/01c810ea-9213-46f2-ac16-0b8dcca6785a>

Weitere Gutachten der Arbeitgeberseite konnte ich noch nicht einsehen:

- Christoph Degenhart, Pressefreiheit als Vertriebsfreiheit – Verfassungsfragen eines gesetzlichen Mindestlohns für die Zeitungszustellung, Leipzig 2013, vgl.

<https://www.newsroom.at/news/aktuelle-meldungen/politik-16/gutachten-degenhart-kommt-der-mindestlohn-ist-zeitungszustellung-im-laendlichen-raum-gefaehrdet-81/>

- Udo Di Fabio, Mindestlohn und Pressefreiheit – Zu den Auswirkungen eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns auf den Pressevertrieb deutscher Zeitungshäuser, Bonn 2014

- es soll auch ein neueres Gutachten zur Unverbindlichkeit der 30-Prozent-Nachtzulage geben

Ganz ausschließen kann man ein Scheitern einer Klage nicht. **Weitere denkbare AG-seitige**

Einwände: Im Erfurter Urteil ging es zum Beispiel um eine Aufstockung des Nachtzuschlags von 25 auf 30 Prozent. Kann die größere Aufstockung von 10 auf 30 Prozent genauso durchkommen? Die Zustellerin in Bremen hatte auch Wochenblätter nachts mit verteilt, während in Hannover nur HAZ und NP nachts verteilt werden; ist das wirklich vergleichbar? Und kann auf die Zustellung von Zeitungen in Nachtarbeit wirklich so viel einfacher verzichtet werden als auf den Dienst von Notärzten oder Feuerwehr und dergl. in der Nacht? Im entschiedenen Fall war der „arbeitsvertraglich vereinbarte Stücklohn“ und damit der vereinbarte Nachtzuschlag unwirksam; ist das auf Hannover übertragbar? Ich halte diese Einwände alle nicht für valide.

Ich will an dieser Stelle zunächst nur auf den letzten Einwand näher eingehen. Im BAG-Urteil heißt es:

„(3) Grundlage des der Klägerin zu gewährenden Nachtarbeitszuschlags kann deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten nicht der arbeitsvertraglich vereinbarte Stücklohn sein, weil dieser unstreitig hinter dem gesetzlichen Mindestlohn zurückbleibt. Insoweit ist die vereinbarte Höhe des Nachtarbeitszuschlags unwirksam, § 6 Abs. 5 ArbZG iVm. § 134 BGB.“

Im § 134 BGB ist das sog. **Gesetzliche Verbot** geregelt. Wer das in der wiki

(https://de.wikipedia.org/wiki/Gesetzliches_Verbot) nachschlägt, findet dort die folgende Formulierung: *„Verstoßen Rechtsgeschäfte oder Handlungen gegen ein Verbotsgesetz, so tritt nach § 134 BGB als Rechtsfolge stets die **Nichtigkeit** des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts ein, während das Erfüllungsgeschäft meist wirksam bleibt.“* (Hervorhebung ergänzt) Ich will jetzt nicht behaupten, das wirklich verstanden zu haben. Ich möchte nur auf eine arbeitsrechtliche Besonderheit aufmerksam machen, derzufolge regelmäßig eher von einer **Teilnichtigkeit** (§ 139 BGB) auszugehen ist (gemäß 5. Aufl. Arbeitsrecht Kommentar von Henssler/Willemsen/Kalb, § 611 BGB Rn 81). Heißt: Man muss ganz normal weiterarbeiten.

Wie auch immer, irgendein Anwalt könnte als „Rechtsverdrehler“ jetzt behauptend (ohne es selber zu glauben) folgern, dass die Höhe des Nachtzuschlags im BAG-Urteil nur deshalb unwirksam war, weil der arbeitsvertragliche Lohn „hinter dem gesetzlichen Mindestlohn“ zurückgeblieben sei. Und wenn der Nachtzuschlag dagegen auf Basis des Mindestlohns berechnet werde, könne die Höhe des Nachtzuschlags von 10% nicht mehr angegriffen werden. Wer jetzt das BAG-Urteil nicht etwas genauer liest und Contra gibt, der muss damit rechnen, dass auch der Richter nicht genauer nachliest und der Auffassung des „Rechtsverdrehers“ folgt. Die Rechtsgeschichte ist voll von solchen Beispielen, wie aus ihrem Zusammenhang gerissene und entsprechend fehlinterpretierte

Zitate eben so einer Fehlinterpretation zu Rechtskraft verhelfen und weit über den Einzelfall hinaus diese (ursprüngliche Fehl-)Interpretation zum Standard der Rechtsprechung werden lassen. (Vgl. unten, wo ein Lohn von 4,76 €/Std. implizit/indirekt als überdurchschnittlich behandelt wurde)

Gebt dem hypothetischen „Rechtsverdreher“ (benutzt dieses Wort bitte nicht vor Gericht!) also Contra. Wenige Randnummern weiter oben heißt es im BAG-Urteil von April 2018 nämlich:
*„3. Der in § 6 Abs. 5 ArbZG nur allgemein geregelte Anspruch auf angemessenen Ausgleich kann durch einzelvertragliche Regelung näher ausgestaltet werden *(BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 17, BAGE 131, 215)*. Diese muss aber den Vorgaben des § 6 Abs. 5 ArbZG genügen, die Norm ist zwingend *(BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 19, BAGE 153, 378)*. Eine vertragliche Vereinbarung, die zum Nachteil des Arbeitnehmers hinter den gesetzlichen Vorgaben für einen angemessenen Ausgleich zurückbleibt, ist nach § 6 Abs. 5 ArbZG iVm. § 134 BGB unwirksam.“*

Damit ist klipp und klar gesagt, dass die Unwirksamkeit der Höhe des Nachtzuschlags (von 25%) nicht allein aufgrund der Berechnungsgrundlage (geringerer arbeitsvertraglicher Lohn statt Mindestlohn) besteht. Vielmehr ist auch die zu geringe Höhe der Prozentzahl von 25% ein hinreichender Grund für die Unwirksamkeit der Regelung, weil sie eben nicht „angemessen“ im Sinne des § 6 Abs 5 ArbZG ist (und der zugehörigen vom BAG des weiteren angeführten Rechtsprechung). Dazu unten mehr.

Ein kleiner Wermutstropfen bleibt unter Umständen, wenn das BAG feststellte:
Umstände, die trotz der Dauernachtarbeit einen geringeren Zuschlag als die regelmäßig festzusetzenden 30 % auf das dem Nachtarbeiter zustehende Bruttoarbeitsentgelt rechtfertigen würden, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt und sind von der Beklagten in den Tatsacheninstanzen auch nicht dargelegt worden. (BAG Urteil vom 25.4.2018, 5 AZR 25/17)
Denkbar wären als solche Umstände vielleicht **wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitgebers**, so zumindest das BAG-Urteil vom 11.02.2009 - 5 AZR 148/08 *„Die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Branche dürfen aber auch bei der Zuschlagshöhe nicht unberücksichtigt bleiben.“* Anders dagegen das neuere BAG-Urteil vom 09.12.2015 - 10 AZR 423/14 *„Rein wirtschaftliche Erwägungen sind nicht geeignet, eine Abweichung vom Regelwert nach unten zu begründen.“*

Also: Immer Contra geben! Auch bei anderen falschen AG-seitigen Behauptungen. Denn:
„Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen ...“
(§ 138 Abs 3 ZPO), Wahrheitspflicht beachten: § 138 Abs 1 ZPO oder § 153 StGB u.A.

Wie muss nun eine Klageschrift gestaltet sein?

Eine Klageschrift muss (vgl § 253 ZPO) enthalten:

- Absender/Kläger (Name, Anschrift)
- Bezeichnung des Gerichts (Adresse)
- Beklagter (Firmenname, Name Geschäftsführer, Anschrift)
- Anträge (z.B. „ich fordere Lohnnachzahlung für 2017 in Höhe von 1285,75 €“)
- rechtliche (Urteile, §§) und sachliche (z.B. Stundenprotokolle etc) Begründung der Anträge.

Arbeitet einfach die unten stehenden Formulierungsvorschläge für Eure Verhältnisse um, fügt die Anlagen (z.B. die Kopien Eurer Verdienstabrechnungen, Arbeitszeitprotokolle, Arbeitsanweisung zum Arbeitsbeginn vor 4:00 Uhr ...) hinzu und kopiert dann alles noch zweimal. Zwei original unterschriebene und jeweils zusammengetackerte Ausfertigungen erhält das Arbeitsgericht. Die dritte Ausfertigung ist für Eure Unterlagen bzw. für den Anwalt, den Ihr auch nachträglich hinzuziehen könnt.

Was dem Gericht von den Parteien nicht mitgeteilt wird, wird bei der Urteilsfindung i.d.R. auch nicht berücksichtigt! (vgl. Ostrowicz, 3. Aufl. Rn 261 *„Das Gericht darf für seine Entscheidung nichts verwerten, was von den Parteien nicht vorgetragen ist.“*) Fällt einem etwas ein, was man in der Klageschrift vergessen hat, dann kann man das nachreichen (ebenfalls in doppelter Ausfertigung, beide eigenhändig unterschrieben!), spätestens mündlich (Zeugen dabei

haben!) im Kammertermin, ggf. (unter den engen Voraussetzungen des § 67 ArbGG) auch noch in der zweiten Instanz. Es empfiehlt sich, im Kammertermin auch alles mündlich noch mal vorzutragen, da die beisitzenden Laienrichter in das schriftliche Vorverfahren nicht unbedingt Einblick haben, gleichwohl aber den Berufsrichter überstimmen können. § 137 ZPO verlangt, dass **jeder Vortrag im Gerichtstermin in freier Rede** zu halten ist (laut Kommentar von Zöller dürfen aber immerhin die Anträge vorgelesen werden). Bereitet Euch also gut vor, lernt den Stoff, nehmt Spickzettel, ggf auch Fachliteratur und laptop (kein Audiomitschnitt der Verhandlung!!!) mit. Man sollte die Materie so erklären können, dass ein Laie sie verstehen kann. Laut Ostrowicz (3.Aufl. Rn 243) sollten auch die vorangegangenen Schriftsätze in das Verfahren eingebunden werden, indem man auf sie im Termin ausdrücklich oder konkludent Bezug nimmt. Macht im Kammertermin also z.B. eine Äußerung wie „wie ich in meinem Schriftsatz vom soundsovielten dargelegt habe“. Den Schriftsatz vorzulesen ist dagegen unzulässig.

Solltet Ihr noch nicht den Euch jeweils zustehenden Mindestlohn von zur Zeit 9,19 €/Std. (bzw. in 2018 nur 8,84 €/h, 2017 usw. s.u.) erhalten (haben), so könnt Ihr den gleich mit einklagen, sogar für bis zu rund drei Jahre im Nachhinein (Verjährung gem. §§ 195 und 199 BGB), da Ausschlussklauseln - s.o. - auf Mindestlohnansprüche nicht angewendet werden dürfen (§ 3 MiLoG). Bitte beachten: Keinen gesetzlichen Anspruch auf Mindestlohn haben gem. § 22 MiLoG u.A. Jugendliche ohne Ausbildung, Azubis oder Langzeitarbeitslose. Wenn Ihr klagt, müsst Ihr nachweisen können, an welchen Tagen Ihr genau von wann bis wann gearbeitet habt. Erst im Prozess gemäß § 421ff ZPO die Vorlage einer arbeitgeberseitig geführten Arbeitszeitdokumentation zu verlangen, um mit deren Hilfe die eigenen Ansprüche auszurechnen, geht nicht (Unzulässigkeit des Ausforschungsbeweises, Ostrowicz 3.Aufl Rn 273). Wer nicht jeden Tag sein Stundenprotokoll führt und aufbewahrt, hat schlechte Karten. Wer es noch nicht macht: Gleich anfangen und täglich die Zeiten Arbeitsbeginn und Arbeitsende notieren und monatlich die Zustellzeiten an die Geschäftsführung melden, damit Ihr für jede Minute, die Ihr arbeitet, auch den Mindestlohn erhaltet!

Der Mindestlohn ist ein Zeitlohn. Wenn Ihr z.B. 3,48 Stunden gearbeitet habt, müsst Ihr dafür auch 3,48 Stunden (multipliziert mit dem Mindestlohn von 9,19 €/Std. (im Jahr 2019, im Jahr 2018 waren es 8,84 €/Std.) vergütet bekommen. Und zwar egal, ob Ihr schnell oder langsam seid. Nur bewusst bummeln darf man nicht. Jeder muss sich im Rahmen seiner Fähigkeiten anstrengen. Wenn das Austragen z.B. bei **Schneeglätte** länger dauert, bekommt Ihr auch entsprechend mehr Zeit vergütet.

Wer schnell ist und darum seinen Bezirk schneller als in der vorgegebenen Zeit schafft, also de facto mehr als Mindestlohn erhält, sollte sich gut überlegen, ob er klagt und damit seine kurzen Zustellzeiten dem AG offenbart. Da könnte es passieren, dass sein Bezirk vergrößert wird. Ebenso sollte vorsichtig sein, wer arg zu langsam ist, dann kann es nämlich passieren, dass einem wegen Ungeeignetheit personenbedingt gekündigt wird.

Falls Ihr Euren Arbeitsvertrag nicht auffinden könnt, habt Ihr das **Recht auf Einsicht in Eure Personalakte**, soweit sie beim Arbeitgeber vorliegt. Ihr dürft Euch daraus auf eigene Kosten Kopien anfertigen (Kommentar von Fitting zum BetrVG, § 83 Rn 11), also insbesondere auch Euren Arbeitsvertrag abfotografieren. Andere Beweismittel, die sich im Besitz des Arbeitgebers befinden, könnt Ihr gem. § 421 ZPO vom Gericht anfordern lassen, müsst aber klar wissen, was drin steht. Der sog. Ausforschungsbeweis (z.B. vom Gericht die Stundenzettel des Arbeitgebers anfordern lassen und erst mit deren Hilfe die eigenen Ansprüche ausrechnen) ist unzulässig.

Ich persönlich kann leider nur die mir bekannten Kollegen im Einzelfall beraten (§ 6 RDG). Für Austräger anderer Vertriebsgesellschaften empfehle ich, dass Ihr einen eigenen Betriebsrat gründet. Anleitungen gibt es von Gewerkschaften oder im Netz, je nach Größe des Betriebes z.B.

http://www.br-portal.de/assets/pdf/BR-Wahlleitfaden_nwv.pdf

Fragen dazu werde ich gern soweit mir möglich beantworten.

Meine Adresse: Ulf Gerkan, Herforder Straße 10, 30459 Hannover, Tel. 0511-2620574

Auf den folgenden Seiten nun Vorschläge für die Formulierung Eurer Klage, natürlich incl. der rechtlichen Begründung Eurer Ansprüche, soweit ich sie überblicke. Bitte bedenkt immer, dass ich nur Laie bin und entsprechend Fehler machen kann.

Absender: Name/Anschrift

An das Arbeitsgericht Hannover (ergoogelt bitte das für Euren Arbeitsort zuständige Gericht)
Leonhardtstraße 15
30175 Hannover

(liebe KollegInnen, bitte schneidet aus diesem Vorschlag das auf Eure Verhältnisse nicht Passende heraus und nehmt die nötigen Einfügungen und hoffentlich unnötigen Fehlerberichtigungen vor)

Betr.: Klage auf Zahlung des Mindestlohns und/oder Klage auf Zahlung der Nachtzulage von 30%

(Ort), den (Datum)

Sehr geehrte Damen und Herren,

seit (Datum) bin ich bei Firma (Bezeichnung, Anschrift, Name des Geschäftsführers) als beschäftigt. Ich trage nur Zeitungen aus (alternativ: ich trage neben Zeitungen auch die anderen Produkte Post-Werbung-.... aus, dann habt/hattet Ihr für 2015-2017 Anspruch auf den jeweils höheren Mindestlohn; naja, 2015 ist inzwischen verjährt ...)

Ich habe in folgenden Abrechnungszeiträumen (Monate, Jahre) nicht den gesetzlichen Mindestlohn von (für reine Zeitungszusteller: 6,38 €/Std. in 2015; 7,23 €/Std. in 2016; 8,50 €/Std. in 2017; 8,84 €/Std. in 2018 - für alle anderen: 8,50 €/Std. in 2015 und 2016; 8,84 €/Std. in 2017 und 2018; 9,19 €/Std. in 2019) erhalten und verlange deshalb für folgende Monate/Jahre folgende Nachzahlungen:
Monat/Jahr xxx,xx € (= Anspruch lt. Stundenprotokoll xxx,xx € - Zahlung lt. Abrechnung xxx,xx €)
Monat/Jahr xxx,xx € (= Anspruch lt. Stundenprotokoll xxx,xx € - Zahlung lt. Abrechnung xxx,xx €)
usw.

Den Zahlungsanspruch weise ich mit beigefügten Stundenprotokollen nach, die demgegenüber tatsächlich erfolgte geringere Entlohnung mit den beigefügten Verdienstabrechnungen.
Falls Ihr ältere Ansprüche einfordert: Der Mindestlohn ist gemäß § 3 MiLoG unabhängig und die arbeitsvertragliche Ausschlussklausel insoweit unwirksam. und/oder: Die arbeitsvertragliche Ausschlussklausel ist - bitte prüft das! - gemäß Urteil des BAG vom 18.09.2018, 9 AZR 162/18 unwirksam, weil (genaue auf Eure Verhältnisse zutreffende Begründung gemäß oben stehender Erläuterung einfügen).

Zusätzlich beantrage ich jeweils die Zahlung von **Zinsen** (§288 BGB) in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz. Am besten rechnet Ihr für die Vergangenheit Eure Zinsansprüche dem Gericht in Euro und Cent vor, wegen des Zinseszinsverbotes § 289 BGB benutzt bitte nicht den Zinsrechner auf meiner homepage, sondern zB (ohne dass ich die Korrektheit überprüft habe) <https://www.basiszinssatz.de/zinsrechner/> . Wenn Ihr nur zukünftige Zinsansprüche einfordern wollt - so ein Prozess kann sich ja über Jahre hinwegziehen, dann könnt Ihr natürlich nichts vorrechnen und die einfache Forderung nach Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ist vollkommen ausreichend.

Und/oder:

Ich habe den mir gem. §§ 2 und 6 ArbZG laut BAG-Urteil vom 25.4.2018, 5 AZR 25/17 zusätzlich zum Mindestlohn zustehenden Nachtzuschlag von 30% nicht ganz erhalten. Statt dessen wurden mir nur 10% (den für Euch zutreffenden Wert hier nennen) ausbezahlt. In den (nicht verjährten) Abrechnungszeiträumen (von bis) wurden mir in der Summe genau S € als Nachtzuschlag ausbezahlt (Nachweis siehe Anlagen Verdienstabrechnungen). Zustehen würden mir dem entgegen $S * 30 / 10 = X$ €. Ich fordere deshalb eine Nachzahlung von $X - S = \dots$ € (So nicht rechnen, wenn Ihr für mehr als die gesetzlichen Zeiten Zuschläge erhaltet. Ihr müsst Euren Anspruch genau

ausrechnen, wenn nicht auf die eine, dann auf eine anderen Weise!) nebst Zinsen in Höhe von (vgl oben, ebenfalls genau ausrechnen!)

Und auch für die Zukunft erwarte ich die Zahlung der 30%.

Falls Ihr ältere Ansprüche einfordert: Die arbeitsvertragliche Ausschlussklausel ist unwirksam, weil (genaue auf Eure Verhältnisse zutreffende Begründung gemäß vorstehender Erläuterung einfügen).
-> Der Übersichtlichkeit halber sollten alle Anträge durchnummeriert werden.

Falls Ihr Euch unsicher seid, könnt Ihr in einem **Hauptantrag** erst einmal „volle Pulle“ fordern, und schließt einen **Hilfsantrag** an, in dem Ihr reduzierte Forderungen geltend macht, von denen Ihr meint, dass Ihr sie sicher durchbekommt. Also z.B. (dummes Beispiel, da der Hauptantrag m.E. sicher durchkommt:)

„Ich fordere ab sofort die Aufstockung des Nachtzuschlags von 10 auf 30%, hilfsweise (falls Ihr mit diesem Antrag nicht durchkommt, weil z.B. eine Übergangsregelung BVerG - Beschluss vom 20.04.1999 - 1 BvQ 2/99 - erforderlich sein sollte, was ich persönlich für sehr unwahrscheinlich halte) für dieses Jahr eine Aufstockung auf 20% und ab dem nächsten Jahr auf 30%.“

Zunächst zu viel zu fordern, schlägt sich allerdings in dem einem aufgebrummten Anteil an den **Gerichtskosten** nieder, wenn man das zu viel Geforderte nicht durchbekommt.

Nähere Begründung des Anspruchs auf 30% Nachtzuschlag:

Eine qualifizierte arbeitgeberseitige Auseinandersetzung mit dem **BAG Urteil vom 25.4.2018, Aktenzeichen 5 AZR 25/17** konnte ich im internet nicht finden. Sollten arbeitgeberseitig analog zu den vom BDZV ins Spiel gebrachten Gutachten von Udo die Fabio (2014) sowie Christoph Degenhart (2013) zur vorgeblichen Verfassungswidrigkeit des MiLoG entsprechende Bedenken auch gegen die faktische Erhöhung des Nachtzuschlags angeführt werden, so sei auf das im Auftrag von ver.di erstellte Gegengutachten von Pieroth/Barczak zur Vereinbarkeit des MiLoG mit der Pressefreiheit des GG (<https://docplayer.org/46011554-MindestlohnAusnahme-fuer-zeitungszusteller.html>) verwiesen. Die Vereinbarkeit mit den Artikeln 9 und 12 GG ist in der Gesetzesbegründung sowie im Gutachten der Hans-Boeckler-Stiftung (Preis, 2014) dargelegt. Die vom BDZV ins Spiel gebrachten Gutachten von Udo die Fabio (2014) sowie Christoph Degenhart (2013) zur vorgeblichen Verfassungswidrigkeit des MiLoG konnten nicht eingesehen werden.

Die folgende Begründung rekapituliert und ergänzt darum im Wesentlichen Gedanken des BAG-Urteils vom 25.4.2018 sowie die des verdi-Gutachtens von Pieroth/Barczak zur Vereinbarkeit des MiLoG mit der Pressefreiheit des GG.

Das BAG-Urteil vom 25.4.2018 „revidiert“ bzw. präzisiert unter Rn 47 ausdrücklich ein älteres BAG-Urteil vom 11.2.2009:

„... ***(BAG 11. Februar 2009 - 5 AZR 148/08 - Rn. 15)*. Soweit diese Entscheidung - obwohl nicht streitgegenständlich - dahingehend verstanden werden könnte, der Senat erachte generell für Zeitungszusteller einen Nachtarbeitszuschlag von 10 % als angemessen, wird daran nicht festgehalten.**“ (BAG Urteil vom 25.4.2018, 5 AZR 25/17)

Damit wird Rechtssprechung verworfen, die auf einem vom BDZV für die Validität der 10-%-Rechtssprechung (siehe https://www.bdzv.de/nachrichten-und-service/branchennachrichten/artikel/detail/nachtzuschlag_fuer_zeitungszusteller/) angeführten Urteil basiert, denn das

BAG 11. Februar 2009 - 5 AZR 148/08 - Rn. 15 nennt das Urteil des

LAG Köln (2. September 2005 - 12 Sa 132/05) als Quelle; das

LAG Köln (2. September 2005 - 12 Sa 132/05) nennt das Urteil des

LAG Köln vom 02.06.2005 – 6 (8) Sa 206/05 - als Quelle; dieses Urteil des

LAG Köln vom 02.06.2005 – 6 (8) Sa 206/05 wird nun auf der website des BDZV

offenbar als nach wie vor (Stand Anfang Januar 2019) maßgeblich angeführt und stützt sich wiederum auf das Urteil des

LAG Köln vom 16. 01.2004 - 12 Sa 1055/03.

Die Aberkennung der Maßgeblichkeit geschieht vollkommen zu Recht, hat doch allzu oft das eine neuere Urteil das vorhergehende ältere Urteil falsch interpretiert (?mangels Parteivortrag?).

Zunächst bedarf die letztgenannte Entscheidung vom 16. Januar 2004 - 12 Sa 1055/03 (siehe https://www.justiz.nrw.de/nrwe/arbgs/koeln/lag_koeln/j2004/12_Sa_1055_03_Urteil_20040116.html) zur Angemessenheit eines Nachtzuschlags in Höhe von 10% als „Urgrund“ des nun vom BAG revidierten „Übels“ der 10%-Rechtssprechung einer näheren Betrachtung: Der in Köln klagende Zusteller bekam einen Stundenlohn von je nach Darstellung 31,67 DM bzw. von über 28,00 DM (also um die 15 Euro/Stunde in heutigem Geld). In der Urteilsbegründung zur Begrenzung des Nachtzuschlags auf 10% unter dieser Voraussetzung heißt es:

„Der Kläger hatte im Jahre 2000 einen durchschnittlichen Stundenlohn von auf jeden Fall über 28,00 DM, der also wesentlich höher lag als der für Arbeiten mit vergleichbarer Qualifikation normalerweise gezahlte Stundenlohn. Dies lässt sich nicht, wie der Kläger meint, damit erklären, dass es sich um Akkord handelte; denn der oben genannte Stundenlohn ergibt sich bei Zugrundelegung der bei durchschnittlicher Arbeitsgeschwindigkeit benötigten Zeit. Als Grund für die Zahlung des überdurchschnittlich hohen Stundenlohnes bleiben daher nur die gerade mit dieser Art von Arbeit verbundenen Erschwernisse. Dazu zählt auch der Umstand, dass sie nur in Nachtarbeit geleistet werden kann.“ (LAG Köln 16. 01.2004 - 12 Sa 1055/03)

Voraussetzung für die Begrenzung des Nachtzuschlags auf 10% ist demnach, dass ein weit überdurchschnittlicher Lohn gezahlt wird.

Diese im Urteil des LAG Köln vom 16. 01.2004 noch ausdrücklich genannte Voraussetzung wird im darauf aufbauenden Urteil des LAG Köln vom 02.06.2005 - 6 (8) Sa 206/05 (siehe https://www.justiz.nrw.de/nrwe/arbgs/koeln/lag_koeln/j2005/6_8_Sa_206_05_Urteil_20050602.html) leider nicht ausdrücklich genannt. Die Höhe des Nachtzuschlags von 10% wird dem Wortlaut nach nur *„mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Falles noch als angemessen“* (LAG Köln 2.6.2005) dargestellt, ohne dass diese Besonderheit (hoher Lohn) explizit genannt wird. Damit klingt die Formulierung, dass die *„Erschwerung zumeist schon in der Grundvergütung mit berücksichtigt“* (LAG Köln 2.6.2005) sei, so als ob sie unabhängig von den Besonderheiten des Falles gültig sei. Wer nur die genannte website des BDZV liest, ohne die zugrunde liegende Rechtsprechung weiter zurückzuverfolgen, muss den Eindruck gewinnen, dass 10% Nachtzuschlag immer angemessen seien, weil die *„Erschwerung zumeist schon in der Grundvergütung mit berücksichtigt“* sei. Dieser Eindruck täuscht natürlich.

Eine Analyse des (auf das vom BDZV zitierten Urteil aufbauenden) Urteils des LAG Köln, 12 Sa 132/05 vom 02.09.2005 spare ich mir. Es steht dort zudem die Zulässigkeit des Klägerantrags in Frage, der offenbar nicht präzise genug formuliert war.

Interessant ist es nur, weil es vom BAG als Rechtfertigung aufgegriffen wird, um einem Nachtwächter mit *„Stundenlohn von 4,76 Euro brutto“* (BAG 11. Februar 2009 - 5 AZR 148/08) den Nachtzuschlag auf 10% zu begrenzen. Dass ein Stundenlohn von 15 €/Std. als weit überdurchschnittlich angesehen werden kann (zumal im letzten Jahrhundert), ist ja noch nachvollziehbar. Dass das auch für einen Stundenlohn von 4,76 €/Std. gelten soll, klingt dagegen recht abwegig. Das BAG fordert in seinem Urteil vom 11. Februar 2009 - 5 AZR 148/08 zwar ausdrücklich, dass *„alle wesentlichen Umstände berücksichtigt“* werden müssten, andernfalls läge *„Eine Rechtsverletzung“* vor. Offensichtlich hat das BAG sich da nicht an seinen eigenen Grundsatz gehalten und die ursprüngliche Grundlage der 10%-Regel ignoriert. Des weiteren ist die Aussage des Urteils, *„Objektbewachung während der Nachtzeit bietet vergleichbare Besonderheiten“* wie Zeitungszustellung, schlichtweg falsch. Denn Objektbewachung muss die ganze Nacht über erfolgen (und damit in Nachtarbeit im Sinne des ArbZG), während Zeitungszustellung eben gerade *nicht* in Nachtarbeit im Sinne des ArbZG erfolgen muss, sondern sich relativ problemlos auf die frühen Morgenstunden begrenzen lässt. Die Formulierung, dass das LAG Köln *„für Zeitungszusteller zu Recht einen Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 10 % als angemessen“* angesehen hätte, ist damit als allerwärts gültige Regel nicht aufrechtzuerhalten.

Dieses Urteil vom 11.2.2009 ist also vollkommen zu Recht vom BAG Urteil des 25.4.2018, 5 AZR 25/17 „degradiert“ worden.

Bleibt die Untersuchung, was denn nun statt der verworfenen 10% wirklich angemessen ist:

Dem Arbeitsrecht-Kommentar von Henssler/Willemsen/Kalb (5.Auflage 2012, § 6 ArbZG Rn 20) zufolge ist ein Nachtarbeitszuschlag von 25% „idR angemessen, um die mit Nachtarbeit verbundenen Erschwernisse bei nicht dauerhafter Nachtarbeit (Wechselschicht) auszugleichen⁶. Bei dem belastenderen Dauereinsatz in der Nachtschicht ist hingegen ein Zuschlag von 30 % als angemessen iSd. Abs.5 anzusehen⁷.“ (unter Verweis auf ⁶ BAG 27.5.2003 - 9 AZR 180/02 sowie ⁷ BAG 5.9.2002 - 9 AZR 202/01)

An selber Stelle formuliert der besagte Kommentar die Ausnahme von dieser Regel:
„Für Angehörige eines Rettungsdienstes ist dabei regelmäßig ein Zuschlag iHv. 10% des Arbeitsverdienstes angemessen. Denn durch den Zuschlag soll für diesen Personenkreis nur die mit der Nachtarbeit verbundene Erschwernis abgegolten werden, während der ansonsten mit dem Zuschlag verbundene Zweck, Nachtarbeit einzuschränken nicht zum Tragen kommt.“⁴
(unter Verweis auf ⁴ BAG 31.8.2005 - 5 AZR 545/04)

Entsprechend dieser konsolidierten Rechtsprechung hebt auch das BAG-Urteil von April 2018 (Randnummer 43ff) den Nachtzuschlag von 25 auf 30% an, weil durch die Zeitungszustellerin „dauerhaft Nachtarbeit iSd. Arbeitszeitgesetzes“ geleistet wird. Das trifft auch auf mich zu.

Dem Urteil ist insbesondere darin zuzustimmen, dass die Zustelltätigkeit nicht unbedingt als Nachtarbeit „aus zwingenden technischen Gründen oder aus zwingend mit der Art der Tätigkeit verbundenen Gründen“ (BAG 25.4.2018 Rn 44) erfolgen muss. Während Rettungsdienst (Rn 56), Wachdienst und dergl. vor wie nach 4:00 Uhr ununterbrochen zur Verfügung stehen müssen (was unmittelbar einsehbar ist und einen Nachtzuschlag von 10% rechtfertigt), kann die Zustellung einer Zeitung problemlos auf die Zeit zwischen 4:00 Uhr und 6:00 Uhr oder später eingeschränkt werden, ohne den Ansprüchen der Abonnenten ungerecht zu werden. In Hannover liegt die Zeitung ohnehin an vielen Ablagen nicht immer vor 4:00 Uhr zur Verteilung bereit, so dass aus technischen Gründen sich Nachtarbeit sogar hier und da verbieten dürfte. In aktuellen Stellenangeboten (HAZ 29.12.2018 erste Seite des Stellenmarktes; Hallo Wochenende 29.12.2018 Seite 21, letztere siehe http://epaper.wochenblaetter.de/issuefiles/20181229_HWES/pdfs/HWES20181229_Gesamt.pdf) wird angegeben, dass die Zustellung in 1,5 Stunden tgl. zu erledigen sei und bis 6:00 Uhr abgeschlossen sein und damit gerade *nicht* in Nachtarbeit (§ 2 ArbZG) erledigt werden müsse.

Zudem verweise ich auf das Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 07.06.2018 - 5 Sa 446/17. Dort wurde selbst einer Pflegekraft ein Nachtzuschlag von 30% zugesprochen und dem Arbeitgeber (Pflegeheim) die Reduzierung des Nachtzuschlages auf 10 % verweigert, da die geleistete Dauernachtarbeit „ - anders als die Nachtarbeit - nicht unvermeidbar“ (5 Sa 446/17) sei.

Dieses Urteil ist nicht nur wegen der Aufweichung der 10%-Rechtsprechung sondern auch wegen seines Verweises auf **§ 3b Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 1 EStG** von Interesse, wo **für die Zeit von 0:00 Uhr bis 4:00 Uhr vom Gesetzgeber ein Nachtzuschlag in Höhe von 40 % als angemessen angesehen** wird. Wer will, mag also versuchen, für sich im Hauptantrag diese 40% einzuklagen und nur hilfsweise 30%. Ich rate aber zu Vorsicht. Dieses LAG-Urteil liest sich auf den ersten Blick zwar so, als ob das BAG sich schon mit den 40 % befasst hätte. Schlägt man das angegeben BAG-Urteil aber nach, entpuppt sich das als Irrtum, hervorgerufen durch eine Doppelsinnigkeit der LAG-Formulierungen. Also mal wieder eine klassische Vorlage für (s.o. Rechtsverdreher) Fehlinterpretation, eine Vorlage, die das Zeug hat, Rechtsgeschichte zu schreiben, wenn nur genügend Kläger, Beklagte und Richter dieses LAG-Urteil hinreichend oberflächlich lesen und so auf die Doppelsinnigkeit hereinfallen. Ich würde es bei einer schlichten Folgerung belassen: Die von mir beantragte Höhe des Nachtzuschlages von 30% kann da nicht als zu hoch angesehen werden. Zudem wird die (s.u.) Ansicht des BDZV entkräftet, „der Umstand, dass die Zeitungszustellung nur während der Nachtzeit erledigt werden kann“, würde an sich schon die Reduzierung der Zuschlagshöhe auf 10% rechtfertigen.

Nachtarbeit leistet ohnehin nur ein kleiner Teil der Zeitungszusteller, was auch das Kostenargument der Arbeitgeberseite (Verfassungswidrigkeit der zusätzlichen Kosten) ein Stück weit entkräftet.

Die durch die Erhöhung des Nachtzuschlags von 10 auf 30 % entstehende Mehrbelastung für den Arbeitgeber entspricht einer Erhöhung des Lohns um $(130/110 - 1) \cdot 100 = 18\%$. Das liegt im Rahmen der vom MiLoG gezeichneten Grenzen (die nicht unbedingt zwingend einzuhalten sind, BAG 25.4.2018 Rn 24): Erhöhung von 6,38 €/Std. auf 7,23 bedeutet 13% mehr. Erhöhung von 7,23 €/Std. auf 8,50 bedeutet knapp 18 % mehr. Erhöhung von 8,50 auf 8,84 bedeutet 4 % mehr. Die Mehrbelastung von 18% liegt auch im Rahmen der „Anhebung der Portokosten für den Versand von Tageszeitungen bis 100 Gramm Gewicht durch die Deutsche Post AG im Umfang von bis zu 28,5 Prozent“ (<https://www.jungewelt.de/artikel/345647.portoerhöhung-der-post-unsichtbarer-monopolist.html>). Die tatsächliche Belastung liegt wie gesagt nur bei einem kleinen Bruchteil von 18%, da nur ein kleiner Teil der Zusteller Nachtzuschlag beanspruchen kann. Dass von daher die Zeitungszustellung "zusammenzubrechen droht" (BVerfG Beschluss vom 20.04.1999 - 1 BvQ 2/99), ist nicht absehbar.

Von Arbeitgeberseite wird wie schon erwähnt das Urteil des LAG Köln (02.06.2005 - 6 (8) Sa 206/05) angeführt (<https://www.bdzv.de/nachrichten-und-service/branchennachrichten/artikel/detail/nachtzuschlag-fuer-zeitungszusteller/>). Dort wird die Begrenzung des Nachtzuschlags auf 10% u.A. wie folgt gerechtfertigt:

„Ausschlaggebend hierfür ist zunächst der Umstand, dass die Zeitungszustellung nur während der Nachtzeit erledigt werden kann. In solchen Fällen ist die Erschwerung zumeist schon in der Grundvergütung mit berücksichtigt, sodass der Zuschlag geringer bemessen werden kann.“

Dem ist zu entgegnen, dass zwar „*Zeitungszustellung nur während der Nachtzeit erledigt werden kann*“, dies aber für die Zahlung eines Nachtzuschlags (und insbesondere für die Zahlung des ermäßigten Nachtzuschlags von nur 10%) erst dann als Grund herhalten kann, wenn Nachtarbeit im Sinne des § 2 ArbZG geleistet wird (und die Arbeit auch nur in Nachtarbeit im Sinne des § 2 ArbZG erledigt werden kann). Letzteres trifft wie gezeigt nicht zu.

Zweitens kann im Mindestlohn naturgemäß keine „*Erschwerung*“ für die Nachtarbeit enthalten sein, denn er gilt für Tagarbeit genauso wie für Nachtarbeit. Der Anteil des Nachtzuschlags, der dem AG einen Anreiz zur Vermeidung von Nachtarbeit schaffen soll (s.o. Henssler; oder BAG 25.4.2018 Rn 41 und 56), muss und kann also zusätzlich zum Mindestlohn gezahlt werden, um Effekt zu haben. Es ist nur recht und billig, wenn auch die Gesundheit von Geringverdienern nicht unnötig gefährdet wird.

Das BAG-Urteil vom 25.4.2018 formuliert in Rn 35:

„3. Der in § 6 Abs. 5 ArbZG nur allgemein geregelte Anspruch auf angemessenen Ausgleich kann durch einzelvertragliche Regelung näher ausgestaltet werden *(BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 17, BAGE 131, 215)*. Diese muss aber den Vorgaben des § 6 Abs. 5 ArbZG genügen, die Norm ist zwingend *(BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 19, BAGE 153, 378)*. Eine vertragliche Vereinbarung, die zum Nachteil des Arbeitnehmers hinter den gesetzlichen Vorgaben für einen angemessenen Ausgleich zurückbleibt, ist nach § 6 Abs. 5 ArbZG iVm. § 134 BGB unwirksam.“

Entsprechend der oben schon nach Henssler angeführten Rechtsprechung schreibt das BAG:

Die Höhe des Zuschlags auf das Bruttoarbeitsentgelt kann sich erhöhen, wenn die Belastung durch die Nachtarbeit unter qualitativen (Art der Tätigkeit) oder quantitativen (Umfang der Nachtarbeit) Aspekten die normalerweise mit der Nachtarbeit verbundene Belastung übersteigt. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn ein Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag bzw. nach entsprechender Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber dauerhaft in Nachtarbeit tätig wird („Dauernachtarbeit“). Bei der Erbringung der regulären Arbeitsleistung in Dauernachtarbeit ist deshalb regelmäßig ein Nachtarbeitszuschlag von 30 % auf den Bruttostundenlohn (bzw. die Gewährung einer entsprechenden Anzahl freier Tage) als angemessen anzusehen *(BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 28 mwN, BAGE 153, 378; ErfK/Wank 18. Aufl. § 6 ArbZG Rn. 14; Schliemann ArbZG 3. Aufl. § 6 Rn. 87; Buschmann/Ülber ArbZG 8. Aufl. § 6 Rn. 30)*. (BAG Urteil vom 25.4.2018, 5 AZR 25/17, Hervorhebungen ergänzt)

Liegt der arbeitsvertraglich vereinbarte Lohn unter Mindestlohn, so gilt selbstverständlich, dass der Nachtzuschlag auf Basis des Mindestlohns zu zahlen ist:

Grundlage des der Klägerin zu gewährenden Nachtarbeitszuschlags kann deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten nicht der arbeitsvertraglich vereinbarte Stücklohn sein, weil dieser unstreitig hinter dem gesetzlichen Mindestlohn zurückbleibt. Insoweit ist die vereinbarte Höhe des Nachtarbeitszuschlags unwirksam, § 6 Abs. 5 ArbZG iVm. § 134 BGB.
(BAG Urteil vom 25.4.2018, 5 AZR 25/17)

Für Zusteller, die von einem **Betriebsrat** vertreten werden, gilt noch eine Besonderheit:

Das BAG hat im Beschluss vom 17.01.2012 - 1 ABR 62/10 festgestellt, dass der Betriebsrat ein **Mitbestimmungsrecht** bezüglich der Höhe des Nachtzuschlages hat, solange keine „tarifliche Ausgleichsregelung besteht“. Auf dieses Urteil verweist auch der Erfurter Kommentar, 14.Aufl. § 6 ArbZG Rn 14. Bekanntlich gibt es in der Zeitungszustellung in/um Hannover keine Tarifverträge.

Sollte das BAG-Urteil von 25.4.2018 also doch nicht übertragbar sein, warum auch immer, so könnte also ersatzweise eine Unwirksamkeit arbeitsvertraglicher Regelungen allein durch Forderungen des Betriebsrates nach Mitbestimmung bei der Höhe des Nachtzuschlages „hergestellt“ werden. Es ist nur schwer vorstellbar, dass eine Einigungsstelle bei der neuen Rechtslage eine Ausgleichsregelung unter 30% verabschieden könnte. Sie wäre i.d.R. unwirksam, s.o. BAG. Es gilt das Günstigkeitsprinzip, also das, was für den Arbeitnehmer das beste ist: die 30%-Richterrechtregel oder die arbeitsvertragliche Regelung oder die Betriebsvereinbarung.

Die im Gutachten von Pieroth/Barczak zur **Verfassungskonformität des Mindestlohns** aufgeführten Argumente können weitgehend ebenso für die **Verfassungskonformität einer Anhebung des Nachtzuschlages von 10 auf 30 %** angeführt werden.

Das Tarifautonomiestärkungsgesetz (dessen erster Artikel das MiLoG bildet) wird u.A. damit begründet, dass die von Artikel 9 geschützten (oder muss man sagen: vorgesehenen?) Mechanismen der Lohnhöhefindung „insbesondere im Bereich einfacher Tätigkeiten“ (BT-Drs. 18/1558, S. 26, zitiert nach Mindestlohngesetz, Basiskommentar von Thomas Lakies, bund-Verlag 2014, Seite 92) nicht mehr funktional seien, „was zu unangemessen niedrigen Löhnen führt“ (ebd.). „Das Fehlen eines Mindestlohns kann ein Anreiz sein, einen Lohnunterbietungswettbewerb zwischen den Unternehmen auch zu Lasten der sozialen Sicherungssysteme zu führen“ (BT-Drs. 18/1558, zitiert nach Lakies S. 93), was weder marktwirtschaftlich ist noch im Sinne des Art 2 GG sein kann. Wettbewerb solle vielmehr „um die besseren Produkte und Dienstleistungen“ stattfinden (BT-Drs. 18/1558, zitiert nach Lakies S. 94). Im Niedriglohnbereich sind Arbeitnehmer nur ungenügend gewerkschaftlich organisiert, Lohnhöhefindung per Streik ist da praktisch ausgeschlossen. Im Grundgesetzkommentar von Jarass/Pieroth (6.Aufl. Art2 GG Rn 16, Seite 66) wird angemerkt: „Im Falle eines solchen fundamentalen Ungleichgewichts ist eine Korrektur geboten, wenn der Inhalt eines Vertrags für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen ist“. Das korreliert mit dem Wucherverbot des § 138 BGB. Das MiLoG passt also durchaus in unsere Rechtsordnung, ja, gemäß der von Deutschland ratifizierte Europäischen Sozialcharta wäre sogar ein Mindestlohn in Höhe von 11,57 bis 12,24 €/Std. (Stand 2014) einzufordern (Lakies Seite 90).

Interessant sind bei Pieroth/Barczak auch die Zahlen zum Kostenanteil der Zustellung. Er betrage nur 11,4 % (vor MiLoG) bzw. 13,7 % (nach Einführung des **MiLoG**) der Gesamtherstellungskosten. Das bedeutet eine **Kostensteigerung um 2,3 %** (Pieroth/Barczak Seiten 60, 61, 78, 107) durch das MiLoG; dem steht eine Steigerung der Abo-Kosten von 20-30% allein in den Jahren 2007-2014 gegenüber. Jahre, in denen die Zusteller keinerlei Lohnerhöhungen erhielten (Gutachten der Hans-Boeckler-Stiftung von Preis, Seite 143f). Der vorgeblich unerträgliche Eingriff in die Pressefreiheit bewegt sich in seinem Ausmaß **weit unterhalb anderweitiger Kostensteigerungen**, was nun um so mehr für eine weit weniger kostenintensive Aufstockung des Nachtzuschlages gilt.

Westdeutsche Verlage sind im Übrigen nicht so betroffen wie ostdeutsche. In den neuen Bundesländern soll der Zustelllohn teils bei nur 3 bis 5 €/Std. gelegen haben (Pieroth/Barczak Seite 57 und 107). Eine Steigerung auf 8,84 €/Std. sieht da dramatisch aus. Unerwähnt ist bei Pieroth/Barczak, dass die ostdeutschen Zeitungen weitgehend vom Westen aufgekauft worden sind, so dass damit auch im Osten kaum ein Titel durch das MiLoG bedroht ist.

Die Darlegung (Pieroth/Barczak Seite 71 ff), dass der Tendenzschutz des Art 5 GG trotz Ausgliederung der Zustellung in Tochtergesellschaften auch dort greife, scheint mir als Laie hinterfragbar zu sein, insoweit der Fitting (26.Aufl § 118 BetrVG Rn 27) z.B. reine Lohndruckereien nicht durch den § 118 BetrVG geschützt sieht. Der Kommentar von Däubler/Kittner/Klebe/Wedde zum BetrVG (15.Aufl., § 118 Rn 8) spricht ausdrücklich auch allen „*anderen rechtlich verselbstständigten Abteilungen, wie Weiterverarbeitung, Zeitungszustellung usw., sofern sie keine eigene »Tendenz« verfolgen*“ den Tendenzschutz des § 118 ab.

Pieroth/Barczak meinen gleichwohl, dass ausgelagerte Vertriebstätigkeit ausnahmsweise dem Schutzbereich der Pressefreiheit unterliegen würde, „*wenn sie typischerweise pressebezogen ist, in enger organisatorischer Bindung an die Presse erfolgt, für das Funktionieren einer freien Presse notwendig ist und wenn sich die staatliche Regulierung dieser Tätigkeit zugleich einschränkend auf die Meinungsverbreitung auswirkt*“ (BVerfGE 77, 346 - 1 BvR 1548/82, Hervorhebung ergänzt).

Die **und**-Verknüpfung bedeutet, dass alle vier dort zitierten Bedingungen erfüllt sein müssten:

1. „pressebezogen“ trifft zu.
 2. „enger organisatorischer Bindung an die Presse“ trifft zu.
 3. „für das Funktionieren einer freien Presse notwendig“ trifft für Zustellung vor 4:00 Uhr nicht zu.
 4. Einschränkung der „Meinungsverbreitung“ durch Zustellung erst nach 4:00 Uhr: trifft nicht zu.
- Zwei Bedingungen sind nicht erfüllt, damit kann der in die ZVG'en ausgelagerte Pressevertrieb zumindest für die Zustellung vor 4:00 Uhr m.E. nicht den Schutz des Art 5 GG beanspruchen.

Auch das ältere BVerfG-Zitat (Pieroth/Barczak Seite 72f - 1 BvQ 2/99), dass morgendliche Botenzustellung „*alternativlos*“ sei, wird heutigen Verhältnissen nicht mehr ganz gerecht, wo ein Gutteil der Zustellung bereits auf elektronischem Weg erfolgt. Zudem ist insbesondere eine Zustellung vor 4:00 Uhr nicht alternativlos; tatsächlich erfolgt die Zustellung vielmehr zwar vor 6:00 Uhr aber nach 4:00 Uhr, so dass keine Nacharbeit im Sinne des ArbZG nötig ist.

Diese Kritik kann der Argumentation von Pieroth/Barczak freilich nicht schaden sondern gibt ihr ganz im Gegenteil nur mehr Nachdruck.

Der Hauptpunkt ihres Gutachtens (Seite 81ff), dass das **MiLoG ein „allgemeines Gesetz“ im Sinne von Art.5 Abs. 2 GG** (und nichts extra gegen die Presse Erfundenes) sei, ist zuzustimmen. Auf <https://www.welt.de/wirtschaft/article125854079/Der-Mindestlohn-laesst-die-Langsamem-zurueck.html> gibt der BDZV-Hauptgeschäftsführer höchstpersönlich eine Übersicht betroffener Branchen. Demnach wurde in Landwirtschaft, Floristik, Bewachungsgewerbe, Erwerbsgartenbau, Gebäudereinigung, Hotel und Gaststätten sowie im Fleischerhandwerk weniger als Mindestlohn gezahlt. Es ist also keineswegs nur die Zeitungszustellung betroffen.

Mir drängt sich auch ein Vergleich mit den Anti-Kopftuch-Gesetzen auf, die zwar allgemein formuliert sind, faktisch aber nur Muslime treffen und damit viel weniger „allgemein“ sind als das MiLoG und doch vor dem BVerfG Bestand haben - und das, obwohl im Art 4 Abs 1+2 GG (anders als im Art 5 Abs 2) kein Gesetzesvorbehalt formuliert ist und damit strengere Maßstäbe an die „allgemein“ zu haltenden Formulierungen zu stellen sind. Das MiLoG ist also verfassungskonform.

Die **schwierige wirtschaftliche Situation der Presseverlage** ist in erster Linie keine Folge des MiLoG sondern eine Folge der Digitalisierung *), die im digitalen Bereich der Pressevielfalt ein gewaltiges Plus beschert hat und jedem quasi kostenlos Nachrichten liefert (warum dann noch bezahlen?!) und zudem die Aufdeckung tendentiöser Berichterstattung erlaubt. Dem Ziel der Pressefreiheit des Art 5 GG kann von daher mit dem MiLoG kaum Schaden zugefügt werden, wo die Vielfalt des web nahezu unberührt bleibt. Dafür greift der Zweck des Nachtzuschlags, dem AG

einen Anreiz zur Vermeidung von Nachtarbeit zu geben, ein wenig besser, wo mit der digitalen Zustellung der vor 4:00 Uhr erfolgenden Botenzustellung nunmehr eine noch aktuellere Alternative gegenüber steht.

*) "die erfolgreichsten Tageszeitungen in Deutschland in Gebieten" mit schlechter Onlineversorgung

https://www.springer.com/cda/content/document/cda_downloaddocument/9783658155681-c2.pdf?SGWID=0-0-45-1593602-p180428754

Zudem sei auf eine Veröffentlichung aus dem Jahr 1996 verwiesen. Dort heißt es:

„Preiserhöhungen sind selten der Grund für die Kündigung von Abonnements“

(Heinz Berger und Peter Knauth: Liberalisierung und Regulierung der Postmärkte, Odenbourgverlag München, 1996, Seite 144)

Falls das heute anders sein sollte: **Madsack schreibt schwarze Zahlen: EBITDA 2017 = 91,4 Mio €** (<https://www.madsack.de/Presse/2018/MADSACK-Mediengruppe-steigert-Umsatz-und-Ergebnis-im-Geschaeftsjahr-2017>), **der Nachtzuschlag wird da verkräftbar sein.**

Mit freundlichem Gruss, (Klägername + eigenhändige Unterschrift)

Anlagen

Kopie Arbeitsvertrag

Kopie Arbeitsanweisung Zeit des Arbeitsbeginns (sofern nicht aus dem Arbeitsvertrag ersichtlich)

Kopien Verdienstabrechnungen und Stundenprotokolle für (jew. welche Monate, Jahre)

Betriebsvereinbarung Beginn der Arbeitszeit

Betriebsvereinbarung Nachtzuschlag

PS: Die „Nähere Begründung des Anspruchs auf 30% Nachtzuschlag“ ist ziemlich lang. Ich persönlich würde tippen, dass als Begründung auch der schlichte Verweis auf das BAG Urteil vom 25.4.2018, 5 AZR 25/17 ausreichen würde, zitiert vielleicht nur soweit, dass an der Angemessenheit von 10 % „nicht festgehalten“ werde, dass 30% für Dauernacharbeit angemessen und alles darunter unwirksam sei. Kürzere Begründungen haben den Vorteil, dass sie vom Richter vor dem Kammertermin eher komplett gelesen werden. Wenn man im Kammertermin merkt, dass man die Begründung doch zu kurz gefasst hatte, muss man eben Gründe mündlich nachschieben (Zeugen dabei haben!). Sucht also einen Kompromiss zwischen Kürze und Gründlichkeit! Und sei es, dass man die wichtigeren Passagen durch fette Lettern hervorhebt.

In der Regel lädt das Gericht zunächst gesondert zu einem Gütetermin, wo versucht wird, einen Vergleich auszuhandeln. Der Kammertermin, dem bei weiterhin nicht zu erzielender Einigung dann der richterliche Urteilsspruch folgt, soll sich laut Gesetz eigentlich direkt an den Gütetermin anschließen. Meist wird aber gesondert geladen.

Man sollte sämtliche Gerichtspost incl. der **Umschläge aufbewahren**.

Am Eingang des Arbeitsgerichts findet eine Kontrolle statt, Gepäck wird durchleuchtet, Hosentaschen sind zu entleeren, u.U. ist sogar der Gürtel aus der Hose zu ziehen. Schraubenzieher, Messer und dergleichen Instrumente sowie nicht benötigtes Gepäck werden wie eine kg-schwere Gürtelschnalle dann für die Dauer der Verhandlung weggeschlossen. Personalausweis wird ebenfalls kontrolliert. Rechnet dafür Zeit ein, und kommt nicht auf den letzten Drücker. Termin verschwitzen ist auch eine schlechte Idee und endet im sog. Säuminsurteil zugunsten der anwesenden Partei. Ein Gerichtstermin gilt als Verhinderungsgrund gemäß § 275 Abs 3 BGB (gem. 5. Aufl. Henssler, § 611 BGB Rn 396, dort unter Verweis auf BAG 13.12.2001 - 6 AZR 30/01). Ein **Arbeitgeber muss Euch also für einen Gerichtstermin freistellen**, Ihr müsst ihn natürlich schnellstmöglichst informieren. Leider gibt es keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung (Henssler a.a.O. Rn 399).

Was die **Prozesskosten** betrifft, fehlt mir Erfahrung. In meinem Prozess gegen die Anordnung falscher Beurkundungen musste ich nur für eine gescheiterte einstweilige Verfügung blechen. Der Richter riet mir, meinen Antrag zurückzunehmen, das käme mich billiger, als ihn aufrechtzuerhalten und nicht durchzubekommen. Die Rechnung für die Rücknahme belief sich dann auf 28,40 €.

Was den **Streitwert** betrifft, ist das mW zunächst die Höhe der geforderten Nachzahlung. Für zukünftige Zahlungen würde ich tippen, dass der Streitwert sich um den 3-fachen Jahresunterschiedsbetrag zwischen bisherigem und gefordertem zukünftigem Entgelt erhöht (vgl. Ostrowicz, Rn 377, ich habe hier nur die relativ alte 3.Auflage vorliegen). Wenn Ihr also 30% statt 10% Nachtzuschlag fordert, dann müsst Ihr ausrechnen, wieviel Euch die Differenz von 20% im Laufe von drei Jahren einbringen wird. Mit dem Gerichtskostengesetz habe ich mich nicht befasst.

Im Internet gibt es aber diverse **Prozesskostenrechner**, z.B. hier:

<http://www.arbg-hamm.nrw.de/infos/kosten/rechner1/index.php>

Da gibt man den Streitwert ein, und dann werden die Gerichtskosten schnell berechnet. Da können noch weitere Kosten zukommen, wenn man z.B. nicht die erforderliche Anzahl von Kopien beim Arbeitsgericht eingereicht hat und diese dann dort erstellt werden müssen. Und wie gesagt, die Anwaltskosten trägt in der ersten Instanz jede Partei selber.

Kosten für **Zwangsvollstreckung** sind zu verauslagen. Darauf bleibt man sitzen, wenn nichts zu holen ist.

Die Möglichkeiten (§§ 59ff ZPO, §§ 64 ff ZPO, § 147 ZPO, Ostrowicz Rn 123ff) einer **Art Gemeinschaftsklage** und deren **Kostensparpotential** (§ 32 GKG, § 7 RVG) überblicke ich nicht.

Kleine Bitte zum Schluss: Lasst es mich bitte wissen, wenn Ihr einen Kammertermin in Hannover habt, nach Möglichkeit würde ich da gern zuhören. Vor allem würde ich mich aber freuen, wenn ich mal eine Nachricht bekomme, dass jemand mit seiner Klage auf 30 % Nachtzuschlag erfolgreich war. Oder (was hoffentlich nicht passiert) keinen Erfolg hatte. Auch und gerade dann würde ich gern den Urteilsspruch und Schriftsätze analysieren! Bitte schickt mir so etwas zu! vielen Dank!

Und nun: Viel Glück! :-)

Stundenprotokoll Zustellzeiten für (Name, Monat, Jahr)

bitte ggf. Notizen ergänzen, warum an bestimmten Tagen die Zustellung mehr Zeit erforderte, z.B. 12er-Pakete dicke Zeitungen, Eisglätte, Anlieferung zu spät erst um xxx Uhr (Wartezeit ist dann Arbeitszeit), Fahrradpanne, Resthaushaltverteilung o.Ä.

Datum	Arbeitsbeginn	Arbeitsende	Pause	Zeit zu bezahlen	davon mit Nachtzuschlag
Summe der Zeiten					
Lohnfaktoren (Mindestlohn bzw. Nachtzuschlag) in €/Std					
jeweils zu zahlen					
Gesamter Entlohnungsanspruch					

Unterschrift:

Auf meiner homepage findet Ihr auch eine excel-Datei, mit der Ihr Eure Arbeitszeit schnell ausgerechnet bekommt:

www.ulf-gerkan.de/Arbeitszeitrechner.xlsx

bzw. die originale libreoffice-Datei

www.ulf-gerkan.de/Arbeitszeitrechner.ods

Nach dem Runterladen müsst Ihr ggf. erst mal einen Schreibschutz in den Dateieigenschaften deaktivieren oder die Datei unter einem anderen Namen abspeichern, um mit ihr arbeiten zu können.

Für die Richtigkeit der Berechnungen kann ich natürlich nicht garantieren, ich habe sie nur auf meinem Linux-Rechner getestet. Ob ein anderes Betriebssystem alles genauso richtig rechnet, müsst Ihr selber probieren.

Ich habe dort - auch fürs Ausdrucken - noch ein paar Spalten ergänzt. Es sind zum Beispiel zwei Pausen vorgesehen. Damit die ggf. zuschlagpflichtige Zeit vor 6:00 Uhr korrekt berechnet werden kann, müsst Ihr aufpassen, dass Ihr Eure Pausenzeit in die richtige Spalte eintragt. In der Spalte Bemerkung könnt Ihr Besonderheiten angeben, warum die Zustellung länger dauerte. Die Spalte Tournummer(n) sollte klar sein. Auch die Fahrzeit von einer Ablage zur nächsten ist i.d.R. Arbeitszeit! Die letzte Spalte „notiert am“ soll belegen, dass Ihr Eure Arbeitszeiten wirklich glaubwürdig zeitnah notiert und nicht am Ende des Monats nach freier Phantasie dahingezaubert habt.

Weitere Ausfüllanleitung:

- Es können nur Zeiten nach 0:00 Uhr eingetragen werden. Bei Arbeitszeiten über Mitternacht hinweg werden Ergebnisse fehlerhaft.
- In der Spalte „Pause vor 6“ tragt Ihr ein, wieviel Pause Ihr in der Nachtzeit vor 6:00 Uhr gemacht habt. In der zweiten Pausenspalte „Pause ab 6“ ist die Dauer einer (evtl. zweiten) Pause einzutragen, die Ihr in der Tagzeit nach 6:00 Uhr macht. Die Unterscheidung (Pause vor oder nach 6:00 Uhr) ist wichtig, da ein Nachtzuschlag nur für Arbeitszeiten vor 6:00 Uhr gezahlt werden muss. Wenn Ihr keine Pause macht, lasst Ihr die Felder einfach frei. Die beiden Pausenspalten stehen also für zwei verschiedene Pausen und nicht für Beginn und Ende ein und derselben Pause.
- Als Höhe des Nachtzuschlags habe ich 30 Prozent eingetragen. Das ist der Wert für Kollegen, die tagein tagaus stets mehr als 2 Stunden täglich nachts vor 6:00 Uhr arbeiten. Wer nicht ständig mindestens 2 Stunden vor 6:00 Uhr unterwegs ist aber doch mindestens 48 Tage im Jahr, der hat nur Anspruch auf 25 % Nachtzuschlag. Setzt dann den Cursor in das Feld mit der 30 und ändert die Zahl in 25. Wer weniger als 48 Tage im Jahr mehr als 2 Stunden vor 6:00 Uhr arbeitet, hat leider keinen gesetzlichen Anspruch auf Nachtzuschlag. Ändert die 30 bitte in 0 (oder ggf in den Prozentbetrag, den der Arbeitgeber Euch aufgrund anderer Regelungen regelmäßig zahlt, etwa aufgrund von Betriebsvereinbarungen, Betrieblicher Übung, Arbeitsvertrag, Tarifvertrag).

Auch noch wichtig:

- Wenn Ihr nicht nur Eure Arbeitszeiten melden sondern auch die Lohnsumme, die Ihr auf der nächsten Verdienstabrechnung erwartet, korrekt ausgerechnet bekommen wollt, dürft Ihr natürlich nicht vergessen, für Tage der Lohnfortzahlung (Krankheit, Urlaub, Feiertage, ...) als Arbeitszeiten Eure Standardwerte einzutragen. In der Spalte Bemerkung tragt Ihr dann LFZ oder Lohnfortzahlung ein. Die Standardwerte sind im Zweifelsfall die Durchschnittswerte der letzten 12 Monate (s.u.). Wenn Ihr genau wisst, wieviel Zeit Ihr für bestimmte Tage benötigt hättet, nehmt Ihr diese Zeit - wenn Ihr z.B. wegen einer Sonderverteilung an einem bestimmten Tag etwas mehr benötigt hättet, dann könnt Ihr diese längere Zeit als die für LFZ maßgebliche eintragen.
- Nach letzter Zeiteingabe den Cursor in ein anderes Feld setzen, damit die letzte Eingabe an der Berechnung teilnimmt.

Zum Schluss: Was ggf noch so einzuklagen ist

Lohnfortzahlung Urlaub-Krankheit: Werden regelmäßig Überstunden geleistet, muss die Lohnfortzahlung so hoch sein, als ob während der Ausfallzeit in durchschnittlicher Weise Überstunden geleistet worden wären.

Urteil des Bundesarbeitsgerichts BAG, 21.11.2001 - 5 AZR 296/00

„1. Die für die gesetzliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall maßgebliche individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers (§ 4 Abs 1 EFZG ...) ergibt sich in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. Dabei ist auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens und nicht auf den Text des Arbeitsvertrags abzustellen. Wird regelmäßig eine bestimmte, erhöhte Arbeitszeit abgerufen und geleistet, ist dies Ausdruck der vertraglich geschuldeten Leistung. Schwankt die Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer stets seine Arbeitsaufgaben vereinbarungsgemäß zu erledigen hat, bemißt sich die Dauer nach dem Durchschnitt der vergangenen zwölf Monate.“ <http://lexetius.com/2001,2307>

Anm: Lohnfortzahlungsansprüche unterliegen arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen, auch wenn nur in Höhe des Mindestlohns fortgezahlt wird. Die Unabdingbarkeit des Mindestlohns (§ 3 MiLoG) gilt nur für Abgeltung tatsächlich geleisteter Arbeit.

Wenn der Arbeitsvertrag keine **schriftliche Regelung zu Dauer und Lage der Arbeitszeit** enthält: Gemäß Nachweisgesetz (§ 2) hat man Anspruch auf schriftliche Bestätigung der wesentlichen Vertragsbedingungen, sobald man länger als einen Monat für einen Arbeitgeber tätig ist. Zu den zu bestätigenden Vertragsbedingungen gehören gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 NachwG auch die vereinbarte Arbeitszeit. *„Notwendig ist die Angabe der »vereinbarten Arbeitszeit«. Damit ist sowohl die Dauer als auch die Lage der Arbeitszeit gemeint“* (Zitat aus Peter Wedde: Arbeitsrecht Kompaktkommentar, Bund-Verlag 6. Auflage 2018, W.A.F.-Ausgabe, NachwG § 2 Rn 15). Ähnlich der Arbeitsrecht-Kommentar von Henssler/Willemsen/Kalb (5.Aufl 2012, NachwG § 2 Rn 34), dort freilich mit dem Hinweis, dass es auch eine abweichende juristische Ansicht gibt, die die Lage der Arbeitszeit nicht für nachweispflichtig hält. Die Gesetzesbegründung zum NachwG erwähnt nur die Dauer der Arbeitszeit (Bt-Drs 13/668, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/006/1300668.pdf>). Das ist aber lange her. Die Kommentatoren sind sich weitgehend einig, dass die Lage der Arbeitszeit nachweispflichtig sei, wenn nicht nach § 2 Abs 1 Satz 2, dann eben doch nach § 2 Abs 1 Satz 1 NachwG. Ggf kann ein Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung zur Regelung von Lage, Beginn und Ende der Arbeitszeit mit dem AG aushandeln.

Das rechtlich zulässige Maß für regelmäßige Pflicht-Überstunden ist inzwischen in § 12 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) ganz gut geregelt. Zuvor war es bereits durch die Rechtsprechung auf 25% der „normalen“ Arbeitszeit eingegrenzt worden (BAG 5 AZR 535/04 <https://lexetius.com/2005,3590>). Auch hier sind ggf. entsprechende Betriebsvereinbarungen zu beachten. Bei regelmäßiger Überschreitung dieser 25%-Grenze habt Ihr einen Anspruch auf Erhöhung Eurer Regelarbeitszeit auf 80% der Durchschnittsarbeitszeit. Wenn dann mal nicht genug Arbeit da ist, um die erhöhte Regelarbeitszeit auszufüllen, bekommt Ihr dennoch den Lohn (Annahmeverzug, § 615 BGB) der neuen höheren Regelarbeitszeit. vgl. LAG Düsseldorf Urteil vom 29. Juli 2015 - Az. 7 Sa 313/15 <https://openjur.de/u/866019.html>.

Klage erfolgreich und der AG zahlt trotzdem nicht: Dann dürfte - nach Beantragung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils (§§ 724 bzw 727 ZPO) - der nächste Gang zum **Gerichtsvollzieher bzw. Vollstreckungsgericht** führen. Wie das geht, habe ich noch nicht untersucht. Seid aber dazu bereit! Eine Zivilklage kann sich als vergebliche Mühe entpuppen, wenn man sich am Ende nicht auch zur **Zwangsvollstreckung** durchringen mag. Im Fall eines **Betriebsübergangs** kann man übrigens gegen den alten und den neuen Betriebsinhaber vollstrecken lassen (§ 613 a Absatz 2 BGB).

§ 13 MiLoG regelt die **Nachunternehmerhaftung**. Wenn beim eigenen Arbeitgeber (Subunternehmer) nichts zu holen ist, kann man sich ersatzweise an den Hauptunternehmer wenden, dort aber gem. § 14 AEntG leider nur die Nettolohnansprüche aus tatsächlich geleisteter Arbeit (Lakies 1. Aufl § 13 MiLoG Rn 27) einfordern, also keine Sozialleistungen, keine Lohnfortzahlung Krankheit, keine Verzugszinsen, kein Urlaubsgeld o.Ä..

Auswirkung eines Betriebsübergangs auf einen laufenden oder anzuleienden Prozess

Das Betriebsübergangs-Karussell dreht sich in Hannover derzeit recht schnell. Die ZVG-City wurde z.B. von der ZVG-Vahrenwald übernommen, die ZVG-Ronnenberg von der ZVG-Ricklingen. Die Frage nach den Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf die zivilrechtliche Prozessführung lässt sich m.W. leider nicht klar beantworten *).

- Vielfach findet man die Regel, es sei stets gegen den zum Klagezeitpunkt aktuellen Arbeitgeber zu klagen, vgl <http://www.juraindividuell.de/artikel/betriebsuebergang-im-arbeitsrecht/>. Aber: Bei Kündigungsschutzklagen heißt es davon abweichend oft: stets gegen den Kündigenden. *„Gegen den bisherigen Arbeitgeber ist immer dann Kündigungsschutzklage zu erheben, wenn es sich um eine von diesem vor Betriebsübergang ausgesprochene Kündigung handelt, auch wenn die Kündigungsschutzklage erst nach Betriebsübergang erhoben wird.“* (Reufels, Prozesstaktik im Arbeitsrecht, Nomos 3. Aufl. 2015; Seite 242 Rn 679).

- Ein gegen den alten Arbeitgeber laufender Prozess ist gegen diesen i.d.R. auch nach Betriebsübergang weiterzuführen (BAG 15.12.1976 Aktenzeichen 5 AZR 600/75), soweit die Firma nicht erlischt. Das Urteil ist dann auch gegen den Betriebserwerber wirksam, ähnlich Reufels Seite 242 Rn 677 mit Verweis auf BAG 24.8.2006 - 8 AZR 574/05, vgl. Ostrowicz Rn 125, aA s.u. *).

- Wenn die juristische Person des beklagten alten Arbeitgebers während des Prozesses aufhört zu existieren, dürfte der Parteiwechsel auf Beklagtenseite in analoger Anwendung des § 239 ZPO stattfinden. Im Kommentar von Zöllner zur ZPO (29. Aufl. 2012) heißt es unter § 265 Rn 5a: *„Beruht die Rechtsnachfolge auf Tod bzw Erlöschen des Rechtsvorgängers, gilt nicht § 265 sondern § 239.“* Im Kommentar zu § 239 heißt es dann unter Rn 6: *„Bei Untergang von jur Personen [...] ohne Liquidation entspr Anwendung des § 239, soweit Gesamtrechtsnachfolge eintritt (...). Dies ist zB der Fall bei der übertragenden Umwandlung durch Verschmelzung (§§ 2-122 UmwG; BGHZ 157, 151 = NJW 2004 1528)“*

§ 263 ZPO klingt für mich so, als ob der Richter auch ohne Einwilligung der Beklagtenseite den nötigen Parteiwechsel vornehmen kann. Ich empfehle, das Gericht auf jeden Fall über die Umstände des Betriebsübergangs in einem Schriftsatz zu informieren und dabei den Wunsch zu äußern, spätestens im Fall des Erlöschens des Beklagten den Prozess gegen den Rechtsnachfolger fortsetzen zu wollen *), auf keinen Fall aber sich einer Nebenintervention oder streitgenössischen Beziehung des neuen Arbeitgebers entgegenzustellen. Ostrowicz (3. Aufl 2005, Rn 123) schreibt für den Fall eines gewillkürten Parteiwechsels: *„Parteiwechsel auf Beklagtenseite setzt eine Erklärung der Klagepartei voraus, sie wolle die Klage nunmehr gegen eine neue Person richten“*.

- Unklar bleibt für mich vorerst der Zeitpunkt des Erlöschens der Firma des alten Arbeitgebers, wenn die Eintragung im Handelsregister zur Verschmelzung (bzw. zum Erlöschen) um Monate der innerbetrieblichen „Wirklichkeit“ hinterherhinkt, wie etwa im Fall des Aufgehens der ZVG-Ronnenberg in der ZVG-Ricklingen. Den Zeitpunkt des Betriebsübergangs kann man in einer Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) klären (Reufels Seite 241 Rn 675) .

- Oder man überläßt es bei diesen schwierigen Fragen ein Stück weit dem Gericht, gem. § 139 ZPO (vgl Zöllner Rn 12a+18) dezent auf einen geordneten Prozessablauf hinzuwirken.

- Vorenthaltenen Lohn aus der Zeit vor dem Betriebsübergang *) scheint man auch mit einer nach dem Betriebsübergang gegen den Erwerber erhobenen Klage einfordern zu können. BAG 18.8.1976 Aktenzeichen 5 AZR 95/75 erhebt jedenfalls keinen Einwand gegen so ein Vorgehen. Im Henssler (5.Aufl. 2012) heißt es unter § 613 a BGB Rn 231: *„Der Schuldnerwechsel betrifft auch rückständige Lohn- und Gehaltsansprüche“*

*) Diverse Rechtsmeinungen in der Dissertation „Die prozessualen Folgen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB“ von Stefanie Reiche, Verlag: Peter Lang, 2009 (dort ab Seite 156 Klagen auf Geldleistungen). Mancherorts findet man dieser Unsicherheiten wegen die Empfehlung, sicherheitshalber quasi gegen Veräußerer und Erwerber gleichzeitig zu klagen, insbesondere bei Kündigungsschutzklagen, wo man sich der 3-Wochen-Klagefrist wegen keine Fehler erlauben darf. Bei Zöllner § 60 ZPO Rn 10 heißt es: *„Eine „hilfsw“ gegen den richtigen Arbeitgeber erhobene Kündigungsschutzklage wahrt die Klagefrist (§ 4 KSchG), wenn sie im Laufe des Verf unbedingt weiterverfolgt wird (BAGE 73, 30)“* Ein Zitat aus Reiche (S. 181 f), das ich in Frage stelle, für mich als Laien ist das Buch quasi unlesbar:

„VII. Ergebnis für Klagen um unvertretbare Ansprüche

Hat der Arbeitnehmer vertretbare Ansprüche gegenüber seinem Arbeitgeber eingeklagt und kommt es während des schwebenden Verfahrens zum Betriebsübergang, bleibt der Betriebsveräußerer insoweit Schuldner, § 613a Abs. 2 BGB. Aufgrund der hiernach fortbestehenden Passivlegitimation kann der Arbeitnehmer das Verfahren gegen seinen ursprünglichen Arbeitgeber unverändert fortführen. Den Betriebserwerber kann der Kläger über einen gewillkürten Parteiwechsel/-beitritt in das Verfahren einbeziehen, ohne dass es der Zustimmung von Seiten der Veräußerungsparteien hierzu bedarf. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB führt in diesem Fall eine materiell-rechtliche Bindung des Betriebserwerbers an denjenigen Prozessstand, wie er im Zeitpunkt des Betriebsübergangs vorliegt, herbei. Entscheidet sich der Arbeitnehmer gegen einen Parteibeizug, hat das gegen den Betriebsveräußerer ergehende Urteil keine Wirkung gegenüber dem Betriebserwerber nach § 425 BGB.“