

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 24. Juni 2021
- 5 AZR 505/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:240621.U.5AZR505.20.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Urteil vom 22. August 2019
- 44 Ca 11017/18 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 17. August 2020
- 21 Sa 1900/19 -

Entscheidungsstichworte:

Mindestlohn - Bereitschaft - ausländische Betreuungskräfte

Leitsatz:

Nach Deutschland in einen Privathaushalt entsandte ausländische Betreuungskräfte haben, soweit nicht der Anwendungsbereich der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche eröffnet ist, Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht nur für Vollarbeit, sondern auch für Bereitschaftsdienst.

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 505/20
21 Sa 1900/19
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Juni 2021

URTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und
Anschlussrevisionsbeklagte,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte und
Anschlussrevisionsklägerin,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2021 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am

Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie die ehrenamtliche Richterin Teichfuß und den ehrenamtlichen Richter Zimmer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 17. August 2020 - 21 Sa 1900/19 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Differenzvergütung nach dem Mindestlohngesetz für den Zeitraum Mai bis August 2015 und Oktober bis Dezember 2015. 1

Die Klägerin ist bulgarische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Bulgarien. Sie schloss mit der Beklagten, einem Unternehmen mit Sitz in Bulgarien, unter dem 8. April 2015 einen in bulgarischer Sprache abgefassten Arbeitsvertrag, der in deutscher Übersetzung auszugsweise lautet: 2

„Ab 15.04.2015:

1. Das Unternehmen beauftragt den Arbeitnehmer mit der Aufgabe, in P, K, Wohnanlage I, Block, Eingang A, Beschäftigungsort: K, Wohnanlage I, Block, Eingang A, Dienstposten - Sozialassistent auszuführen, Code nach dem Nationalen Klassifikator der Dienstposten: 53221003, Arbeitskategorie - drei, mit Probezeit von 6 Monaten, Teilarbeitszeit - 6 Stunden, pro Woche - 30 Stunden bei den Bedingungen der summierten Abrechnung der Arbeitszeit.

Grundstundenbelohnung - 16.62 BGN für jede von dem Arbeitnehmer abgediente Stunde.

...

Die Vergütung wird jeden Monat mit einer Frist bis zum letzten Arbeitstag des Monats, der den Monat, für welche sie gezahlt wird, ausbezahlt.

Charakter der Arbeit - laut Dienstcharakteristik, die unzertrennlicher Teil des Arbeitsvertrages ist.

2. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, mit der Arbeit am 15.04.2015 zu beginnen.
3. Die Kündigungsfrist bei Beendigen des Arbeitsvertrages wird auf 30 Tage festgelegt und ist gleich für die beiden Vertragsseiten.
4. Höhe des bezahlten Jahresurlaub - 20 Arbeitstage
5. Sonstige Bedingungen des Arbeitsvertrages:
 - Die Probezeit ist zu Gunsten des Arbeitgebers,
 - Dem Arbeitnehmer wird für Teilzeitarbeit je 16,62 BGN pro Stunde bezahlt, wobei jeden Tag die Teilzeitbeschäftigung abgerechnet, auf Grundlage welcher die Monatsvergütung bestimmt wird.
6. Für die in diesem Vertrag unerledigten Fragen werden die Bestimmungen des Arbeitsgesetzbuches, der normativen Akten zu seiner Anwendung, der kollektiven Arbeitsvertrag, der Hausordnung des Unternehmens, der Dienstcharakteristik und der Firmenregel für die Arbeitsvergütung angewendet.“

Unter dem 15. April 2015 unterschrieb die Klägerin eine „Erklärung“, wonach sie ua. zur Kenntnis genommen habe, dass ihre „Netto-Endvergütung“ für einen vollen Monat 950,00 Euro betrage. Des Weiteren unterzeichnete sie am selben Tag eine „Vereinbarung“, die übersetzt auszugsweise lautet:

3

„VEREINBARUNG ZUSTIMMUNG
bezüglich der Entsendung von

D

1. Ich bin damit einverstanden, in der Republik Deutschland an einem 6-Stunden-Arbeitstag mit einer täglichen Ruhezeit von 60 Minuten und einer wöchentlichen Ruhezeit von 2 Arbeitstagen - Samstag und Sonntag - zu arbeiten.

...

4. Ich bin mit der Bedingung einverstanden, keine Überstunden zu machen.“

Die Klägerin wurde nach Berlin entsandt und arbeitete im Haushalt der über 90-jährigen zu betreuenden Person, bei der sie auch ein Zimmer bewohnte. Ihre Aufgaben umfassten neben Haushaltstätigkeiten (wie Einkaufen, Kochen, Putzen etc.) eine „Grundversorgung“ (wie Hilfe bei der Hygiene, beim Ankleiden ua.) und soziale Aufgaben (zB Gesellschaft leisten, Ansprache, gemeinsame Interessenverfolgung). Dem zugrunde lag ein auf Vermittlung der Deutschen S, einer in Deutschland ansässigen Agentur, zwischen der Beklagten und der zu betreuenden Person - für diese handelnd deren Sohn - geschlossener Dienstleistungsvertrag, der auszugsweise folgende Regelungen enthält:

„§ 1 Allgemeine Bestimmungen

...

(2) Der Leistungsgeber sorgt dafür, dass seine entsendeten Arbeitnehmer pünktlich und gewissenhaft ihren Dienst versehen, sowie über die Anforderungen des Leistungsnehmers/Leistungsempfängers informiert sind.

...

(5) Der Leistungsnehmer versichert, keine Weisungen zur Art und Weise der zu erledigenden Aufgaben des entsandten Mitarbeiters auszuüben. Dieses darf nur der Leistungsgeber. Änderungen können nur nach Absprache mit dem Leistungsgeber erfolgen. Die Nichtbeachtung kann dazu führen, dass der Mitarbeiter als Arbeitnehmer/-in des Leistungsnehmers bzw. Leistungsempfängers angesehen wird.

...

§ 2 Leistungsbeschreibung

Der Leistungsgeber verpflichtet sich, durch seine Mitarbeiter für die oben bestimmte Zeit und nach der konkreten Bedarfserhebung (Grundlage ist der durch den Leistungsnehmer beim Vermittler ‚Deutsche S‘ eingereichte Erhebungs-/Fragebogen, welcher von diesem an den Leistungsgeber weitergeleitet wurde) Dienstleistungen für den Leistungsnehmer im oben genannten Haushalt zu erbringen. Der Leistungsumfang bezieht sich auch auf nachfolgende Tätigkeiten:

- Hilfe bei der Ausübung der alltäglichen Aktivitäten

- Haushaltstätigkeiten wie Aufräumen, Waschen, Nahrungszubereitung etc.
- Mit der Betreuung und der Ernährung verbundene Einkäufe
- Terminvereinbarung mit Ärzten und Begleitung zu Arztterminen (falls die Sprachkenntnisse hierfür ausreichend sind)
- Hilfe beim Verlassen der Wohnräume (Spaziergänge, Termine etc.)
- Soziale Aufgaben (Gesellschaft leisten, Ansprache, Kommunikation, gemeinsame Interessenverfolgung etc.)
- Grundversorgung (Hilfe bei der Hygiene, beim Ankleiden etc.) solange es sich hierbei nicht um den überwiegenden Teil der Leistungserbringung handelt.
- Sowie weitere Tätigkeiten, die nach der Anerkennung, Qualifikation und Erfahrung des Personals für die Sicherung der ordentlichen Betreuung des Auftraggebers notwendig sind.

Ausdrücklich ausgenommen von den Leistungen sind schwere Garten- und Feldarbeiten, medizinische Dienstleistungen und professionelle pflegerische Tätigkeiten der Behandlungspflege, die eine Fachausbildung erfordern, wie zum Beispiel Injektionen oder Verbandswechsel.

§ 3 Unterbringung / Verpflegung / Zutrittsrecht / Freizeitregelung

(1) Der Leistungsnehmer stellt dem Mitarbeiter ein Zimmer zur alleinigen Nutzung zur Verfügung. ...

(2) Der Leistungsnehmer sorgt für angemessene Verpflegung in normal üblicher Qualität und ausreichender Quantität. Die Verpflegungs- und Unterkunftskosten werden nicht gesondert in Rechnung gestellt, sondern wurden bei Verhandlungen und Vereinbarung der Vergütung berücksichtigt und einkalkuliert.

...

(4) Die Freizeit-/Pausenregelung erfolgt nach gegenseitiger Absprache bzw. entsprechend den Vereinbarungen im Fragebogen, sowie unter Berücksichtigung der Betreuungssituation vor Ort.“

In dem in § 2 Dienstleistungsvertrag erwähnten Erhebungs-/Fragebogen ist auszugsweise Folgendes angegeben: 5

„Angedachter Einsatz:
- 24 Stunden Betreuung/Pflege

...

Folgende Tätigkeiten sind für die betreuungsbed./pflegebed. Person zu leisten:

- Körperpflege im Bett, Zubereitung von Frühstück, Mittag, Vesper, Abendessen

Hilfestellung beim Essen und Trinken

Windelkontrolle und Wechsel

Wäsche Waschen

Einkaufen

Andere Aufgabenbereiche:

- Einkaufen

- Kochen

- Putzen

- Waschen

- Bügeln

Weitere Angaben zur pflegebedürftigen Person:

- leidet an Altersschwäche

- Pflegestufe: 2

Wie kann der Zustand der pflegebedürftigen Person beschrieben werden:

- geistig und körperlich krank

- Altersdemenz: Nein

- Nachtwachen notwendig: Ja

Umfang: Nach Bedarf

- Inkontinent: Nein

- Kommt ambul. Pflegedienst: Ja

Aufgaben: med. Betreuung“

Vom 15. bis zum 30. April 2015 und vom 1. bis zum 30. September 2015 hielt sich die Klägerin in Absprache mit der Beklagten in Bulgarien auf und erhielt für diese Zeit weder Vergütung noch Urlaubsentgelt. Während ihrer Abwesenheit im September 2015 wurde sie bei der zu betreuenden Person von einer ebenfalls aus Bulgarien entsandten Arbeitnehmerin der Beklagten, die zu dieser Zeit mit einem Deputat von 35 Wochenstunden beschäftigt war, vertreten. Für geleistete Arbeit in den Monaten Mai bis August 2015 und Oktober bis Dezember 2015 6

erhielt die Klägerin eine Vergütung von 950,00 Euro netto monatlich sowie weitere 30,00 Euro netto für zwei Feiertage im Dezember 2015, insgesamt 6.680,00 Euro netto.

Auf eine Nachfrage des Sohns der zu betreuenden Person teilte die Be- 7
klagte diesem mit Schreiben vom 6. Juli 2016 mit, „der Arbeitnehmer verfügt über
einen freien Tag in der Woche“, wobei dies „ein ganzer Tag“ oder „stundenweise
durch die ganze Woche verteilt“ sein könne, je nach Kundenbedarf und gegen-
seitiger Absprache mit dem Assistenten.

Nachdem das Arbeitsverhältnis der Parteien Ende September 2016 en- 8
dete, hat die Klägerin mit gewerkschaftlicher Hilfe im Oktober 2016 gegenüber
der Beklagten, der Deutschen S und dem Sohn der zu betreuenden Person er-
folglos weitere Vergütung nach dem Mindestlohngesetz geltend gemacht.

Mit ihrer im August 2018 anhängig gemachten und der Beklagten am 9
20. November 2018 zugestellten Klage hat die Klägerin Urlaubsentgelt für die
Zeit vom 15. bis zum 30. April 2015 und Vergütung für geleistete Arbeit für den
Zeitraum 1. Mai bis zum 31. August 2015 und 1. Oktober bis zum 31. Dezember
2015 auf der Basis des gesetzlichen Mindestlohns von - damals - 8,50 Euro
brutto verlangt. Sie hat vorgetragen, nicht nur 30 Wochenstunden, sondern rund
um die Uhr gearbeitet zu haben oder in Bereitschaft gewesen zu sein. Sie habe
die zu betreuende Person an sieben Tagen pro Woche gegen 6:30 Uhr geweckt
und sei dann bis zur Nachtruhe zwischen 22:00 und 23:00 Uhr tätig gewesen. So
habe sie der zu betreuenden Person beim Anziehen sowie der Morgen- und
Abendpflege geholfen, die Mahlzeiten zubereitet, Einkäufe erledigt und den
Haushalt versorgt. Des Weiteren habe sie die zu betreuende Person beim Spa-
zierengehen begleitet und ihr auch sonst Gesellschaft geleistet. Nachts habe die
Türe ihres Zimmers offen bleiben müssen, damit sie auf Zuruf der zu betreuenden
Person habe Hilfe leisten können. Die Klägerin hat gemeint, abzüglich der im
Streitzeitraum erhaltenen 6.680,00 Euro netto stehe ihr der gesetzliche Mindest-
lohn für 24 Stunden je Arbeitstag für - unter Einschluss eines Erholungsurlaubs
vom 15. bis zum 30. April 2015 - insgesamt 231 Kalendertage zu.

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt, 10
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 47.124,00 Euro
brutto abzüglich 6.680,00 Euro netto nebst Zinsen in Höhe
von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Kla-
gezustellung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, sie schulde 11
den gesetzlichen Mindestlohn nur für die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeits-
zeit von 30 Wochenstunden. In dieser Zeit hätten die der Klägerin obliegenden
Aufgaben ohne Weiteres erledigt werden können. Bereitschaftsdienst sei nicht
vereinbart gewesen. Sollte die Klägerin tatsächlich mehr gearbeitet haben, sei
dies nicht auf Veranlassung der Beklagten erfolgt. Die Klägerin habe sie auch
nicht davon unterrichtet, dass sie entgegen der arbeitsvertraglichen Vereinba-
rung mehr als 30 Wochenstunden arbeite.

Das Arbeitsgericht hat die Klage auf Urlaubsentgelt abgewiesen und der 12
Klägerin für geleistete Arbeit ausgehend von einer Arbeitszeit von 24 Stunden
arbeitstäglich und 209 Arbeitstagen insgesamt 42.636,00 Euro brutto abzüglich
erhaltener 6.680,00 Euro netto nebst Prozesszinsen zugesprochen. Auf die Be-
rufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht unter Zurückweisung der Be-
rufung im Übrigen das Ersturteil teilweise abgeändert und der Klage - ausgehend
von einer geschätzten Arbeitszeit von 21 Stunden arbeitstäglich und 215 Arbeits-
tagen - in Höhe von 38.377,50 Euro brutto abzüglich 6.680,00 Euro netto nebst
Prozesszinsen entsprochen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen
Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung wei-
ter, während die Klägerin mit ihrer Anschlussrevision die Wiederherstellung des
erstinstanzlichen Urteils begehrt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin sind 13
begründet und führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverwei-
sung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesar-
beitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

I. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist schon insoweit rechtsfehlerhaft, 14
als es gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO verstoßen hat. Dies ist vom Revisionsge-
richt von Amts wegen zu beachten (*st. Rspr., BAG 18. September 2019 - 5 AZR
240/18 - Rn. 11, BAGE 168, 25*) und betrifft Differenzvergütung für sechs in der
Berufungsinstanz nicht mehr streitgegenständliche Tage in Höhe von
1.071,00 Euro brutto nebst Zinsen.

1. Die Klägerin hat erstinstanzlich Differenzvergütung für geleistete Arbeit 15
für die 215 Kalendertage des ursprünglichen Streitzeitraums (1. Mai bis 31. Au-
gust 2015 und 1. Oktober bis 31. Dezember 2015) beantragt. Das Arbeitsgericht
hat dem indes nur für 209 Arbeitstage entsprochen und offenbar - ohne dies nä-
her auszuführen - sechs vermeintlich freie Tage von der Klageforderung abgezo-
gen.

2. Gegen die teilweise Abweisung der Klage hat die Klägerin kein Rechts- 16
mittel eingelegt und das Ersturteil insoweit rechtskräftig werden lassen. Sie hat
in der Begründung ihrer Anschlussrevision ausdrücklich klargestellt, dass sie die
fehlerhafte Anrechnung der nach ihrem schon erstinstanzlichen Vorbringen erst
im Jahr 2016 gewährten freien Tage durch das Arbeitsgericht akzeptiert hat und
somit Vergütung für den 20. und 30. Juli 2015 sowie den 2., 9., 24. und 31. Au-
gust 2015 nicht mehr streitgegenständlich sei. Das Landesarbeitsgericht hat der
Klägerin indes auch für diese Tage - in der Annahme eines „nicht näher nachvoll-
ziehbaren Rechenfehlers“ des Arbeitsgerichts - Vergütung zugesprochen, indem
es bei seiner Berechnung der zugesprochenen Differenzvergütung von 215 Ar-
beitstagen ausgegangen ist.

- II. Die Revision der Beklagten ist begründet. Unbeschadet einer Korrektur des Verstoßes gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO tragen die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Höhe der zugesprochenen Klageforderung nicht. 17
1. Für die Klage sind die deutschen Gerichte für Arbeitssachen gemäß § 15 Satz 1 AEntG international zuständig. Davon ist das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgegangen. Insoweit hat die Revision auch keine Angriffe erhoben. 18
- a) Nach § 15 Satz 1 AEntG können Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in den Geltungsbereich dieses Gesetzes entsandt sind oder waren, eine auf den Zeitraum der Entsendung bezogene Klage auf Erfüllung der Verpflichtungen nach § 2 AEntG vor einem deutschen Gericht für Arbeitssachen erheben. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Klägerin war im Streitzeitraum von der in Bulgarien ansässigen Beklagten nach Berlin, also in den Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, zur vorübergehenden Arbeitsleistung entsandt. Das steht zwischen den Parteien außer Streit. Die Klage bezieht sich auf die Erfüllung der Verpflichtung der Beklagten nach § 2 Nr. 1 AEntG in der im Streitzeitraum geltenden Fassung (AEntG aF). Danach finden die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend Anwendung. Zu den Mindestentgeltsätzen iSd. § 2 Nr. 1 AEntG aF gehörte seit dem 1. Januar 2015 auch der gesetzliche Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz (*so ausdrücklich Regierungsbegründung zu § 20 MiLoG, BT-Drs. 18/1558 S. 42; allgA, vgl. nur ErfK/Franzen 21. Aufl. MiLoG § 20 Rn. 1; HWK/Tillmanns 9. Aufl. § 2 AEntG Rn. 5; Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 20 Rn. 4; Thüsing in Thüsing MiLoG/AEntG 2. Aufl. § 2 AEntG Rn. 7 - jeweils mwN*). 19
- b) Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit in derartigen Fällen ist gegeben. Art. 6 Richtlinie 96/71/EG (Entsende-Richtlinie) sieht ausdrücklich vor, dass Klagen wie die vorliegende (auch) in dem Mitgliedstaat erhoben werden können, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt ist 20

oder war (zu dem in Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG definierten unionsrechtlichen Begriff der Entsendung vgl. etwa EuGH 1. Dezember 2020 - C-815/18 - [Federatie Nederlandse Vakbeweging] Rn. 43 ff. mwN). Dahinstehen kann deshalb, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, ob sich die Zuständigkeit deutscher Gerichte auch aus Art. 21 Abs. 1 Buchst. b Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (Brüssel Ia-Verordnung) ergäbe, weil die Klägerin während der gesamten Dauer ihres Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten ihre Arbeit gewöhnlich in Berlin verrichtet hat.

2. Die Klage ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin verlangt zuletzt für den Zeitraum Mai bis August 2015 und Oktober bis Dezember 2015 für geleistete Vollarbeit und Bereitschaft für jeden Kalendertag mit Ausnahme des 20. und 30. Juli 2015 sowie des 2., 9., 24. und 31. August 2015 für jeweils 24 Stunden den gesetzlichen Mindestlohn von - damals - 8,50 Euro brutto unter Abzug der von der Beklagten in dieser Zeit erhaltenen Nettovergütung. 21

3. Die Klage ist dem Grunde nach begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte nach § 1 Abs. 1 iVm. § 20 MiLoG für die von ihr im Inland geleistete Arbeit Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns. 22

a) Der Anspruch der Klägerin aus § 1 Abs. 1 MiLoG und die korrespondierende Verpflichtung der Beklagten nach § 20 MiLoG bestehen unabhängig davon, ob auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ansonsten nach der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-VO) aufgrund Rechtswahl im Rahmen des Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO oder anhand objektiver Anknüpfung iSd. Art. 8 Abs. 2 bis Abs. 4 Rom I-VO bulgarisches Recht Anwendung findet. Durch die ausdrückliche Verpflichtung auch von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland zur Zahlung des Mindestlohns hat § 20 MiLoG international zwingende Wirkung (*Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 20 Rn. 4*) und ist jedenfalls eine Eingriffsnorm iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, die unabhängig davon gilt, ob im Übrigen deutsches Recht auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet (*ganz hM, vgl. nur Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 20 Rn. 5; Bayreuther in Thüsing MiLoG/AEntG 2. Aufl. § 1* 23

MiLoG Rn. 67; HK-MiLoG/Schubert 2. Aufl. § 20 Rn. 2; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 18. Aufl. § 66 Rn. 21; ErfK/Franzen 21. Aufl. MiLoG § 20 Rn. 1; HWK/Sittard 9. Aufl. § 20 MiLoG Rn. 2; MüKoBGB/Müller-Glöge 8. Aufl. § 20 MiLoG Rn. 1; MHdB ArbR/Krause 5. Aufl. § 61 Rn. 10; FG Berlin-Brandenburg 16. Januar 2019 - 1 K 1161/17 - Rn. 36).

aa) Eingriffsnormen sind zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrnehmung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie auf alle in Betracht kommenden Sachverhalte angewendet werden müssen. Erforderlich ist, dass die Vorschrift nicht nur auf den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer gerichtet ist, sondern mit ihr zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt werden (*BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 67, BAGE 158, 266; 18. April 2012 - 10 AZR 200/11 - Rn. 14 mwN, BAGE 141, 129; Deinert Internationales Arbeitsrecht § 10 Rn. 19 ff. - jeweils noch zu Art. 34 EGBGB aF; EuArbRK/Krebber 3. Aufl. VO 593/2008/EG Art. 9 Rn. 11; MHdB ArbR/Oetker 5. Aufl. § 13 Rn. 70; ErfK/Schlachter 21. Aufl. Rom I-VO Art. 9 Rn. 21; HWK/Tillmanns 9. Aufl. Art. 9 Rom I-VO Rn. 35*). Das ist beim Mindestlohngesetz der Fall. Mit ihm verfolgt der Gesetzgeber nicht nur Individual-, sondern auch Gemeinwohlinteressen, indem umfassend alle abhängig Beschäftigten vor den Folgen einer unangemessen niedrigen Vergütung geschützt werden. Durch die Normierung eines angemessenen Verhältnisses von Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt sollen die Existenzsicherung durch Arbeitseinkommen als Ausdruck der Menschenwürde (*Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG*) für alle im Inland tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gewährleistet und damit zugleich die sozialen Sicherungssysteme entlastet werden (*vgl. BT-Drs. 18/1558 S. 28; BAG 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 29 f., BAGE 155, 202; zu den Funktionen des gesetzlichen Mindestlohns sh. auch Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. Einführung Rn. 67 ff.*).

24

- bb) Ein solches Verständnis des § 20 MiLoG gebietet zudem Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG. Dieser sieht vor, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass entsandte Arbeitnehmer unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht hinsichtlich der in dieser Vorschrift aufgeführten Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantiert erhalten, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, festgelegt sind (vgl. EuGH 12. Februar 2015 - C-396/13 - [Sähköalojen ammattiliitto] Rn. 29; HWK/Sittard 9. Aufl. § 20 MiLoG Rn. 2). 25
- b) Der gesetzliche Vergütungsanspruch der Klägerin nach dem Mindestlohngesetz und die entsprechende Verpflichtung der Beklagten werden nicht gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 MiLoG durch die im Streitzeitraum geltende Zweite Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (2. PflegeArbbV) verdrängt (zum Verhältnis der vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales erlassenen 2. PflegeArbbV zum Mindestlohngesetz im Einzelnen BAG 24. Juni 2020 - 5 AZR 93/19 - Rn. 26 ff.). Der Sachvortrag der Parteien bietet keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, der Geltungsbereich der 2. PflegeArbbV sei eröffnet. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die in Bulgarien ansässige Beklagte im Streitzeitraum neben der Rekrutierung und Entsendung einheimischer Betreuungskräfte nach Deutschland überhaupt einen Pflegebetrieb iSd. § 1 Abs. 1 Satz 2 2. PflegeArbbV, also einen solchen, der überwiegend ambulante, teilstationäre oder stationäre Pflegeleistungen oder Krankenpflegeleistungen für Pflegebedürftige erbringt, unterhalten hätte. 26
- c) Die Klage ist entgegen der Auffassung der Revision nicht un schlüssig. 27
- aa) Macht der Arbeitnehmer geltend, die vom Arbeitgeber tatsächlich gezahlte Vergütung erreiche den gesetzlichen Mindestlohn nicht, begründet dies von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Differenzvergütung, wenn der Arbeitnehmer in der Abrechnungsperiode, die längstens einen Kalendermonat betragen darf, für die geleisteten Arbeitsstunden im Ergebnis nicht mindestens den in § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG vorgesehenen Bruttolohn erhält. Für die schlüssige Begründung einer auf Zahlung der Differenzvergütung zum gesetzlichen Mindestlohn gerichteten Klage ist es deshalb erforderlich, für jeden Kalendermonat ein 28

konkret beziffertes Unterschreiten des gesetzlichen Mindestlohns darzulegen (BAG 24. Juni 2020 - 5 AZR 93/19 - Rn. 24).

bb) Diesem Erfordernis genügt der Sachvortrag der Klägerin. 29

(1) Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die von der Beklagten gezahlte monatliche (Netto-)Vergütung allenfalls den gesetzlichen (Brutto-)Mindestlohn für die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 30 Wochenstunden erfüllen könnte. Die Sachleistungen in Gestalt von Kost und Logis bleiben insoweit unberücksichtigt. Dem Ziel des Mindestlohngesetzes entsprechend, jedem Arbeitnehmer ein existenzsicherndes Monatseinkommen zu gewährleisten, fordern §§ 1 und 2 MiLoG mit dem Begriff der „Zahlung“ und der Nennung eines Eurobetrags in „brutto“ eine Entgeltleistung in Form von Geld (BAG 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 29, BAGE 155, 202 sowie im Anschluss daran BayObLG 26. November 2020 - 201 ObOWi 1381/20 - Rn. 7; ebenso Lembke NZA 2015, 70, 75; MüKoBGB/Müller-Glöge 8. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 20; Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 1 Rn. 82; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 18. Aufl. § 66 Rn. 33; Sittard RdA 2015, 99, 105; Sura BB 2018, 437, 441; Bayreuther in Thüsing MiLoG/AEntG 2. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 127; aA HK-MiLoG/Düwell 2. Aufl. § 1 Rn. 96; ErfK/Franzen 21. Aufl. MiLoG § 1 Rn. 6). Hat die Klägerin tatsächlich in jedem Kalendermonat des Streitzeitraums - wie sie behauptet - mehr gearbeitet, ist zwingend ein Anspruch auf Differenzvergütung entstanden. Dessen Höhe lässt sich, ausgehend von der Berechnung der Klägerin, anhand der feststehenden Anzahl der Tage der jeweiligen im Streit befindlichen Monate multipliziert mit 24 Stunden und dem damaligen gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 Euro brutto abzüglich der unstreitig erhaltenen Nettovergütung für jeden Kalendermonat unschwer ermitteln.

(2) An der Schlüssigkeit der Klage mangelt es entgegen der Auffassung der Revision auch nicht deshalb, weil - so die Beklagte - die Klägerin die Klage anhand eines Stundendurchschnitts begründet hätte (zu einer solchen Fallgestaltung BAG 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 13, BAGE 155, 318). Denn die Klägerin hat ihre Forderung nicht „nur pauschal ermittelt“, sondern für einen konkre-

ten Streitzeitraum behauptet, jeden Arbeitstag 24 Stunden tatsächlich Arbeitsleistung erbracht zu haben, sei es Vollarbeit, sei es in Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst.

d) In welchem Umfang tatsächlich geleistete Arbeit mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten ist, richtet sich entgegen der Auffassung der Revision auch bei entsandten Arbeitnehmern nicht nur nach den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, sondern primär nach den Vorgaben des Mindestlohngesetzes. Denn der Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG ist ein die vertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Anspruch, der eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltanspruch tritt (*BAG 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 22, BAGE 155, 202, seither st. Rspr.*). Weil § 20 MiLoG den Arbeitgeber mit Sitz im Ausland gegenüber seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern nach denselben Grundsätzen zur Zahlung des Mindestlohns verpflichtet, wie sie für einen Arbeitgeber mit Sitz im Inland gelten, wären arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die den inländischen gesetzlichen Mindestlohnanspruch unterschritten oder vereitelten, nach § 3 Satz 1 MiLoG unwirksam, unabhängig davon, welchem Recht der Arbeitsvertrag ansonsten unterliegt. Dergleichen verdrängt § 20 MiLoG als Eingriffsnorm etwa abweichendes bulgarisches Recht. 32

e) Dem steht § 2 Nr. 1 AEntG aF mit der Formulierung „Mindestentgeltsätze“ nicht entgegen. Mit diesem Begriff, der durch das Gesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 10. Juli 2020 (*BGBI. I S. 1657*) durch den Begriff Entlohnung ersetzt wurde, ist - anders als die Revision annimmt - nicht nur die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns gemeint. Er umfasst vielmehr auch die Modalitäten, nach denen der gesetzliche Mindestlohn zu zahlen ist. Das gebietet schon eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 2 Nr. 1 AEntG aF. In seiner im Streitzeitraum geltenden Fassung sprach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c Richtlinie 96/71/EG zwar von „Mindestlohnsätzen“, während es 33

nunmehr nach der Änderung der RL 96/71/EG durch die RL (EU) 2018/957 „Entlohnung“ heißt. Doch hat der Gerichtshof der Europäischen Union schon seit längerem geklärt, dass der Begriff „Mindestlohnsätze“ weit auszulegen ist und zumindest den im Recht des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Mindestlohn umfasst (vgl. *EuGH 8. Dezember 2020 - C-620/18 - [Ungarn/Parlament und Rat] Rn. 144*; *12. Februar 2015 - C-396/13 - [Sähköalojen ammattiliitto] Rn. 32 ff.*). Der Gerichtshof hat ferner darauf hingewiesen, dass sich nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 RL 96/71/EG der Begriff der Mindestlohnsätze ausdrücklich nach den Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, bestimmt.

f) Nach deutschem Mindestlohnrecht schuldet der Arbeitgeber den gesetzlichen Mindestlohn für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde. Der Mindestlohn ist für alle Stunden, während derer der Arbeitnehmer die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeit erbringt, zu zahlen (*BAG 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 24, BAGE 155, 318*). 34

aa) Mit dem Mindestlohn zu vergütende Arbeit ist nicht nur die Vollarbeit, sondern auch die Bereitschaft (*BAG 11. Oktober 2017 - 5 AZR 591/16 - Rn. 13; 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 27 ff., BAGE 155, 318*). Der Arbeitnehmer kann während des Bereitschaftsdienstes nicht frei über die Nutzung dieses Zeitraums bestimmen, sondern muss sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort bereithalten, um im Bedarfsfalle die Arbeit von sich aus (Arbeitsbereitschaft) oder „auf Anforderung“ (Bereitschaftsdienst) aufzunehmen. Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst sind nicht nur arbeitsschutzrechtlich Arbeitszeit (zu unionsrechtlichen Vorgaben hierzu *EuGH 9. März 2021 - C-580/19 - Rn. 26 ff. und - C-344/19 - Rn. 25 ff. - jeweils mwN*), sondern nach inländischem Recht vergütungspflichtige Arbeit (*BAG 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 28, aaO*). Denn zu dieser zählt auch die vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz oder einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle anwesend sein muss und nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen kann, er also weder eine Pause (§ 4 ArbZG) noch Freizeit hat (*BAG 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 - Rn. 21, BAGE 137, 366; 19. November 2014 - 5 AZR* 35

1101/12 - Rn. 16, BAGE 150, 82; 18. November 2015 - 5 AZR 761/13 - Rn. 13, BAGE 153, 248; 17. April 2019 - 5 AZR 250/18 - Rn. 21; 24. Juni 2020 - 5 AZR 93/19 - Rn. 27).

bb) Der gesetzliche Mindestlohn ist nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG „je Zeits- 36
stunde“ festgelegt. Damit knüpft die Norm an die „vergütungspflichtige Arbeits-
zeit“ an (BAG 24. Juni 2020 - 5 AZR 93/19 - Rn. 31 mwN; ebenso zu dem „je
Stunde“ festgelegten Mindestentgelt nach der Verordnung über zwingende Ar-
beitsbedingungen für die Pflegebranche vom 15. Juli 2010 BAG 18. November
2015 - 5 AZR 761/13 - Rn. 17, BAGE 153, 248), ohne diese abweichend von dem
von der Rechtsprechung entwickelten Verständnis dieses Begriffs zu definieren.
Die gesetzliche Vergütungspflicht des Mindestlohngesetzes differenziert nicht
nach dem Grad der tatsächlichen Inanspruchnahme und gibt damit auch für Be-
reitschaft einen ungeschmälernten Anspruch auf den Mindestlohn (BAG 29. Juni
2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 29, BAGE 155, 318; 11. Oktober 2017 - 5 AZR
591/16 - Rn. 14; 24. Juni 2020 - 5 AZR 93/19 - Rn. 27; ebenso die herrschende
Meinung im Schrifttum, sh. etwa ErfK/Franzen 21. Aufl. MiLoG § 1 Rn. 4;
HWK/Sittard 9. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 7; MHdBArbR/Krause 5. Aufl. § 61 Rn. 15;
MüKoBGB/Müller-Glöge 8. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 17; Schaub ArbR-HdB/
Vogelsang 18. Aufl. § 66 Rn. 23; Bayreuther in Thüsing MiLoG/AEntG 2. Aufl. § 1
MiLoG Rn. 43; HK-MiLoG/Düwell 2. Aufl. § 1 Rn. 40).

cc) Soweit demgegenüber angenommen wird, nur Vollarbeit sei mit dem gesetz- 37
lichen Mindestlohn zu vergüten (zB Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 1
Rn. 60 ff., die zwischen „Bereitschaftsruhezeiten“ und Vollarbeit in der Bereit-
schaft differenzieren; Wank Anm. zu BAG AP MiLoG § 1 Nr. 2, der auf eine feh-
lende gesetzliche Festlegung, dass Zeiten des Bereitschaftsdienstes Arbeitszeit
iSd. Mindestlohngesetzes sind, verweist; krit. auch Thüsing/Beden/
Denzer/Bleckmann/Pöschke NZS 2021, 321, 329 ff., die einen „neuen, besseren
Rechtsrahmen für die Pflege in häuslicher Gemeinschaft“ durch den Gesetzge-
ber anmahnen), wird außer Acht gelassen, dass es hierfür weder im Wortlaut des
Mindestlohngesetzes noch in der Gesetzesbegründung hinreichend konkrete An-

haltungspunkte gibt. Der Gesetzgeber hat im Mindestlohngesetz auch keine Fakturierung der Zeiten des Bereitschaftsdienstes vorgenommen, wie sie - als Reaktion auf die Rechtsprechung, das Mindestentgelt nach § 2 PflegeArbbV sei auch für Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst zu zahlen (*BAG 19. November 2014 - 5 AZR 1101/12 - BAGE 150, 82; zur Entwicklung BAG 24. Juni 2020 - 5 AZR 93/19 - Rn. 33*) - ab dem 1. Januar 2015 für Zeiten des Bereitschaftsdienstes in der vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales erlassenen Zweiten und Dritten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche enthalten war.

dd) Ohne eine im Gesetz selbst niedergelegte Staffelung fehlt es an einer Legitimation, geleistete Arbeit mit weniger als dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten (*so schon BAG 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 29, BAGE 155, 318*). Zwar geht das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass für Sonderformen der Arbeit wie Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst ein geringeres Entgelt als für Vollarbeit vorgesehen werden kann (*zB BAG 17. April 2019 - 5 AZR 250/18 - Rn. 21 mwN*). Es ist jedoch allein Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte (*zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 72 ff., BVerfGE 149, 126*), zu entscheiden, ob Zeiten des Bereitschaftsdienstes generell oder jedenfalls im Bereich der häuslichen Pflege aus der Mindestlohnpflicht gänzlich herausgenommen oder mit einem geringeren als dem Mindestlohn für Vollarbeit vergütet werden sollen (*zu einem Vorschlag für eine normative Regelung sh. Thüsing/Beden/Denzer/Bleckmann/Pöschke NZS 2021, 321, 330*). Die im Schrifttum angeführten rechtspolitischen Probleme („Jede Form von [dauerhaften] Branchen- und Tätigkeitsdifferenzierungen war in der Koalition nicht konsensfähig, da damit eine Aufweichung des Konzepts eines allgemeinen und damit eben branchenübergreifenden und nicht tätigkeitsspezifischen Mindestlohns einhergegangen wäre“, *Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 1 Rn. 63*) beschreiben allein das politische Unvermögen, in diesem Bereich, in dem seit langem Reformbedarf angemahnt wird (*dazu pars pro toto zuletzt Thüsing/Beden/Denzer/Bleckmann/Pöschke NZS 2021, 321, 324 ff.; siehe dazu auch die Gesamtdarstellung der Problematik bei Bucher Rechtliche Ausgestaltung der*

38

24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten 2018 - jeweils mwN), eine gesetzliche Regelung zu treffen und hierfür die politische Verantwortung zu übernehmen. Hieraus resultiert aber entgegen der im Schrifttum geäußerten Auffassung keine rechtliche Unmöglichkeit, derartige gesetzliche Regelungen zu treffen (*so aber Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 1 Rn. 63*). Auf der Grundlage des geltenden Mindestlohngesetzes ist der Rechtsprechung jedenfalls eine Rechtsfortbildung im Sinne einer Einschränkung des Anspruchs auf den gesetzlichen Mindestlohn für geleistete Bereitschaftsdienste nicht möglich.

4. Das Landesarbeitsgericht hat, wie die Beklagte zu Recht rügt, mit seiner Annahme, die Klägerin habe arbeitstäglich 21 Stunden Arbeitsleistung erbracht, § 286 Abs. 1 ZPO verletzt. In welcher Höhe die Klage auf Differenzvergütung begründet ist, kann der Senat auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht selbst entscheiden. 39

a) Nach § 286 Abs. 1 ZPO haben die Tatsacheninstanzen unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach ihrer freien Überzeugung darüber zu befinden, ob sie eine tatsächliche Behauptung für wahr erachten oder nicht. 40

aa) Gegenstand der Würdigung ist der gesamte Tatsachenstoff, von dem der Tatrichter im Laufe des Verfahrens in prozessordnungsgemäßer Weise Kenntnis erlangt hat (*PG/Laumen ZPO 13. Aufl. § 286 Rn. 6; MüKoZPO/Prütting 6. Aufl. § 286 Rn. 7*). Das Gericht kann oder muss dabei gegebenenfalls zwecks (informeller) Anhörung einer Partei auch das persönliche Erscheinen der Partei anordnen (§§ 141, 137 Abs. 4 ZPO), wenn eine Partei einen von ihr zu führenden Beweis oder Gegenbeweis nur mit ihrer eigenen Aussage - wie zum Beispiel hinsichtlich eines Vier-Augen-Gesprächs - erbringen könnte, die rechtlichen Voraussetzungen für eine Parteivernehmung (*ua. § 448 ZPO*) aber nicht vorliegen (*BVerfG 1. August 2017 - 2 BvR 3068/14 - Rn. 58 mwN*). Der Tatrichter kann im Rahmen der freien Würdigung des Verhandlungsergebnisses den Behauptungen und Angaben einer Partei (*vgl. §§ 141, 137 Abs. 4 ZPO*) unter Umständen auch 41

dann glauben, wenn diese ihre Richtigkeit sonst nicht - auch nicht mittels Parteivernehmung, weil es an der erforderlichen Anfangswahrscheinlichkeit fehlt - beweisen kann (*BGH 27. September 2017 - XII ZR 48/17 - Rn. 12 mwN*). Bei seiner Entscheidung hat er sich mit den Angaben der Parteien auseinanderzusetzen und darzulegen und zu begründen, dass und weshalb er sie für wahr oder nicht wahr hält (*Nassall jurisPR-BGHZivilR 5/2018 Anm. 3*).

bb) Für eine den Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO genügende richterliche Überzeugung bedarf es keiner absoluten oder unumstößlichen Gewissheit im Sinne des wissenschaftlichen Nachweises (*BGH 11. Juni 2015 - I ZR 19/14 - Rn. 40*). Der Tatrichter darf und muss sich vielmehr mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (*BGH 1. Dezember 2016 - I ZR 128/15 - Rn. 27; 6. Mai 2015 - VIII ZR 161/14 - Rn. 11; BAG 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 44, BAGE 155, 202*).

cc) Revisionsrechtlich ist zu überprüfen, ob sich das Berufungsgericht mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (*BGH 11. Juni 2015 - I ZR 19/14 - Rn. 32; 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 44, BAGE 155, 202*).

b) Nach diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht § 286 Abs. 1 ZPO rechtsfehlerhaft angewendet. Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten zum Umfang der von der Klägerin geschuldeten und geleisteten Arbeit nicht ausreichend gewürdigt, insbesondere den Hinweis der Beklagten auf die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 30 Wochenstunden nicht berücksichtigt. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die Beklagte könne sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf die im Arbeitsvertrag vereinbarte zeitliche Begrenzung der Arbeitszeit berufen. Hierdurch hat es den durch Art. 103 Abs. 1 GG geschützten Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt. Diese hat hiernach Anspruch darauf, dass das Gericht ihren Tatsachenvortrag

zur Kenntnis nimmt und im Rahmen von § 286 Abs. 1 ZPO würdigt. Gesetzliche Verwertungsverbote bestehen im Streitfall nicht. Die angeführten Rechtspositionen der Klägerin (*Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 31 Abs. 1 GRC*) begründen derartige Verbote nicht. Diese Grundrechtspositionen sind vielmehr im Rahmen der nach § 286 Abs. 1 ZPO vorzunehmenden Würdigung des Tatsachenstoffs zu berücksichtigen.

- c) Die Verletzung von § 286 Abs. 1 ZPO führt gemäß § 562 Abs. 1 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat ist an einer eigenen Sachentscheidung gehindert (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Würdigung des Parteivortrags und der angebotenen Beweise ist grundsätzlich Aufgabe der Tatsachengerichte. Der Sachverhalt ist auch nicht vollständig aufgeklärt. Im erneuten Berufungsverfahren wird sich das Landesarbeitsgericht - gegebenenfalls nach weiterem Sachvortrag der Parteien und Erhebung der schon bislang angebotenen Beweise - unter umfassender Würdigung des beiderseitigen Tatsachenvortrags die tatrichterliche Überzeugung bilden müssen, in welchem zeitlichen Umfang die Klägerin Vollarbeit oder Bereitschaftsdienst auf Veranlassung der Beklagten geleistet hat. 45
- d) Für das fortgesetzte Berufungsverfahren weist der Senat darauf hin, dass die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe mehr als die im Arbeitsvertrag angegebenen 30 Wochenstunden arbeiten müssen, nach Aktenlage nicht fernliegend ist. 46
- aa) Das Landesarbeitsgericht wird im Rahmen der Würdigung des Tatsachenvortrags und der gegebenenfalls noch zu erhebenden Beweise nach § 286 Abs. 1 ZPO festzustellen haben, ob die arbeitsvertraglich vereinbarte Wochenarbeitszeit von 30 Stunden ernsthaft gewollt war oder tatsächliche Umstände dafür sprechen, dass ein anderes Arbeitszeitvolumen dem wirklichen Willen der Parteien entsprochen hat. 47
- (1) Hierbei wird es ua. die Zusatzvereinbarung vom 15. April 2015 in den Blick zu nehmen haben. Darin ist bestimmt, dass die Klägerin in Deutschland an 48

einem 6-Stunden-Arbeitstag mit einer täglichen Ruhezeit von 60 Minuten und einer wöchentlichen Ruhezeit von zwei Arbeitstagen - Sonnabend und Sonntag - zu arbeiten hatte. Welche Bedeutung einer täglichen Ruhezeit von 60 Minuten bei einem 6-Stunden-Arbeitstag zukommen soll, erschließt sich nicht ohne Weiteres. In diesem Zusammenhang wird das Landesarbeitsgericht auch die Antwort der Beklagten auf eine Nachfrage des Sohns der zu pflegenden Person zu berücksichtigen haben, wonach der Klägerin nur ein freier Tag pro Woche zustehe, der auch stundenweise gewährt werden könne. Dies steht im Widerspruch zu der getroffenen vertraglichen Vereinbarung, wonach Sonnabend und Sonntag arbeitsfrei sein sollten. Dass im Streitzeitraum, also im Jahr 2015, während des Einsatzes der Klägerin bei der zu betreuenden Person die Sonnabende und Sonntage arbeitsfrei gewesen wären oder die Klägerin auch nur einen Tag wöchentlich frei gehabt hätte, hat die Beklagte nicht einmal behauptet.

(2) Des Weiteren wird das Berufungsgericht die zwischen der Beklagten und der zu betreuenden Person geschlossenen Verträge, die eine 24-Stunden-Betreuung vorsehen, zu würdigen haben. Die Beklagte hat sich in dem auf Vermittlung der Deutschen S mit der zu betreuenden Person geschlossenen Dienstleistungsvertrag zu umfangreichen Haushalts- und Betreuungsleistungen verpflichtet. Zu diesen gehörten - bei der laut Fragebogen zur Leistungsbeschreibung „angedachten 24 Stunden Betreuung/Pflege“ - auch umfangreiche „soziale Aufgaben“ (wie Gesellschaft leisten, Ansprache und gemeinsame Interessenverfolgung) und Nachtwachen, die von der Beklagten durch ihre Mitarbeiter im Haushalt der zu betreuenden Person zu erbringen waren. Zu diesem Zweck hat die Beklagte die Klägerin nach Berlin entsandt und in der Wohnung der zu betreuenden Person ein Zimmer beziehen lassen. Dabei könnte bei gebotener lebenspraktischer Betrachtungsweise allen Beteiligten klar gewesen sein, dass angesichts des Alters der zu betreuenden Person und des mit ihr vereinbarten Leistungsumfangs für die der Klägerin obliegenden Arbeiten eine Arbeitszeit von 30 Wochenstunden objektiv nicht ausreichend war. Dementsprechend hat die Beklagte im bisherigen Verfahren nicht substantiiert dargelegt, dass und in welcher Weise es angesichts der mit der zu betreuenden Person vereinbarten Leis-

49

tungen der Klägerin möglich gewesen wäre, die ihr zugewiesenen Aufgaben innerhalb einer Arbeitszeit von 30 Wochenstunden zu erledigen und es ihr gestattet war, nach sechs Arbeitsstunden, zur Nachtzeit und an den Wochenenden die zu betreuende Person sich selbst zu überlassen. Es spricht deshalb einiges dafür, dass die vertraglichen Vereinbarungen zur Arbeitszeit lediglich der kostengünstigen Gestaltung des von der Deutschen S so genannten „Entsendemodells“ geschuldet waren.

bb) Das Landesarbeitsgericht wird weiter zu prüfen haben, ob die Beklagte mit der Entsendung der Klägerin in den Haushalt der zu betreuenden Person zur Erledigung der der Beklagten dieser gegenüber obliegenden Betreuungsleistungen „Mehrarbeit“ der Klägerin veranlasst (*vgl. allgemein zu dem Erfordernis der Veranlassung von Mehrarbeit durch den Arbeitgeber BAG 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 14 ff. mwN*) und, soweit nicht Vollarbeit zu leisten war, zumindest konkludent Bereitschaftsdienst angeordnet hat. Auch hierfür dürfte einiges sprechen. Anderenfalls hätte es ihr angesichts des Betreuungsumfangs und des Umstands, dass die Klägerin als „Sozialassistentin“ bei der zu betreuenden Person Wohnung nehmen musste, obliegen, konkret vorzugeben, an welchen Tagen die Klägerin von wann bis wann zur Arbeit zur Verfügung stehen musste und von wann bis wann sie sich zurückziehen und frei über die Nutzung ihrer Zeit bestimmen durfte, ohne auf mögliche Bedürfnisse der zu betreuenden Person Rücksicht nehmen zu müssen. Dies hat die Beklagte bisher unterlassen. Weder dem Arbeitsvertrag noch dem Dienstleistungsvertrag mit der zu betreuenden Person ist zu entnehmen, dass die Klägerin nur zu bestimmten Zeiten, nicht aber jederzeit der zu betreuenden Person zur Verfügung stehen musste. In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht auch den Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe sich ihre Arbeitszeit im Rahmen der vereinbarten Vertrauensarbeitszeit einteilen können, einzuordnen und zu würdigen haben. Hierzu wird es in Betracht zu ziehen haben, ob es gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien diese und ihre gesetzlichen Vertreter persönlich anhört, die angebotenen Zeugenbeweise erhebt und/oder die geforderte Parteivernehmung der Klägerin vornimmt.

50

- cc) Unter der Voraussetzung des § 287 Abs. 2 ZPO wird das Landesarbeitsgericht eine Schätzung der Arbeitszeit in Betracht ziehen können, wenn aufgrund unstreitigen Sachvortrags oder nach § 286 Abs. 1 ZPO für wahr erachteten Sachvortrags der Klägerin feststeht, dass diese über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus Vollarbeit oder Bereitschaft geleistet hat, aber nicht jede einzelne „Mehrstunde“ belegen kann (vgl. - zu Überstunden - BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 21, BAGE 151, 180). 51
- III. Die Anschlussrevision der Klägerin ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat § 287 Abs. 2 ZPO rechtsfehlerhaft angewendet. 52
1. Im Unterschied zu den strengen Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO genügt für eine Schätzung eine erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung. Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt dabei, ob das Tatsachengericht alle wesentlichen Bemessungsfaktoren berücksichtigt oder der Schätzung unrichtige oder unbewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt hat und damit die Schätzung mangels konkreter Anhaltspunkte völlig „in der Luft hängt“, also willkürlich ist (vgl. BAG 31. März 2021 - 5 AZR 148/20 - Rn. 34; 26. Oktober 2016 - 5 AZR 168/16 - Rn. 37, BAGE 157, 116; BGH 12. Juli 2016 - KZR 25/14 - Rn. 49, BGHZ 211, 146). 53
2. Daran gemessen hängt die vom Berufungsgericht vorgenommene Schätzung völlig „in der Luft“. Das Landesarbeitsgericht hat im angefochtenen Urteil keinerlei belastbare Anknüpfungstatsachen für seine Schätzung dargetan. Es mag nach der allgemeinen Lebenserfahrung wenig glaubhaft erscheinen, dass die Klägerin über Wochen hinweg täglich 24 Stunden Arbeitsleistung - und sei es teilweise in Form von Bereitschaft - erbracht hat. Das Landesarbeitsgericht legt aber nicht offen, aufgrund welcher festgestellten Tatsachen oder konkreten Anhaltspunkte es annimmt, die Klägerin habe sich täglich für eine Stunde innerhalb der Wohnung der zu betreuenden Person der jederzeitigen Arbeitsaufnahme entziehen und täglich zwei Stunden die Wohnung ohne die zu betreuende Person zum Zwecke der Freizeit verlassen können. Soweit es ausführt, es gehe 54

um die Möglichkeit der Klägerin, sich sowohl innerhalb der Wohnung beispielsweise für ein ausgiebiges Bad oder Telefongespräche der jederzeitigen Arbeitsaufnahme zu entziehen oder auch die Wohnung für eine beschränkte Zeit zu verlassen, etwa um sich mit Bekannten oder Freunden zu treffen oder einen Spaziergang zu machen, gibt es hierfür im Sachvortrag der Parteien keinerlei Tatsachengrundlage. Die Schätzung hängt damit völlig „in der Luft“. Eine nicht fernliegende Anhörung der Klägerin hierzu (§§ 141, 137 Abs. 4 ZPO) ist nicht erfolgt.

3. Das Berufungsurteil ist wegen des aufgezeigten Rechtsfehlers auch im Umfang der Beschwer der Klägerin aufzuheben und die Sache auch insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Aufgrund fehlender Feststellungen ist dem Senat eine eigene Sachentscheidung nicht möglich (§ 563 Abs. 3 ZPO). 55

IV. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 56

Linck

Volk

Biebl

S. Teichfuß

Zimmer