



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER LEHRE

Prof. Dr. Cosima Möller

Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre

ZIVILRECHT

Jakob Wirnsberger

Mindestlohn für Bereitschaftszeiten entsandter
Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung

ÖFFENTLICHES RECHT

Alexander Lübke

Die Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport

August Kleinlein

Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der
Presse gegenüber Behörden

STRAFRECHT

Nina Granel

Zum Erfordernis eines „neuen § 217 StGB“

Oliver Kliemt

„Murder Degrees“ vs. „Mordmerkmale“ –
Ein kritischer Vergleich der Systematik der
Tötungsdelikte in den USA und Deutschland

4. Jahrgang · Seiten 1–84

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 1/2023

Jakob Wirnsberger*

Mindestlohn für Bereitschaftszeiten entsandter Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung

Dass entsandte Pflegekräfte in die Wohnung der von ihnen betreuten Personen einziehen („live-in Betreuung“), ist ein verbreitetes Phänomen in der Bundesrepublik. Was für viele Senioren die einzig bezahlbare Option einer umfassenden Unterstützung im Alltag ist, erweist sich als arbeitsrechtlich hochproblematisch. In diesem Beitrag soll geklärt werden, in welchem Umfang die Pflegekräfte bei der live-in Betreuung Bereitschaft leisten und wie diese zu vergüten ist. Dabei wird zunächst eine allgemeingültige Definition für den Begriff der Bereitschaftszeit entworfen und am Beispiel der live-in Betreuung erprobt. Daran anschließend rückt die vergütungsrechtliche Zurechnung von Überstunden in den Fokus. Zuletzt erfolgt eine Auseinandersetzung mit der seit längerem diskutierten Streitfrage, ob für Bereitschaftszeiten der Mindestlohn zu zahlen ist.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	18
B. Die live-in Betreuung im Entsendemodell	19
C. Bereitschaftszeiten in der live-in Betreuung	19
I. Grundbegriffe	19
II. Wann hält sich ein Arbeitnehmer bereit?	19
III. Bereitschaftstatbestand in der live-in Betreuung	20
1. Arbeit	20
2. Bereitschaft	20
IV. Die Zurechnung erbrachter Bereitschaftszeit	21
1. Interesse der Agenturen	21
2. Situation der Pflegekräfte	21
3. Zurechnungsmöglichkeiten	22
D. Mindestlohn für Bereitschaftszeiten	23
I. Sind Bereitschaftszeiten Zeitstunden i.S.d.	
§ 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG?	23
1. Wortlaut	24
2. Systematik	24
3. Historie	25
4. Telos	25
5. Ergebnis	26
II. Rechtsfolge: Reduzierter Anspruchsinhalt bei	
Bereitschaftszeiten?	26

1. Kritik an der aktuellen Regelung	26
2. Teleologische Reduktion?	27
3. Ausdifferenzierte Regelung durch	
den Gesetzgeber	29
E. Fazit	30

A. Einleitung

Das Urteil des BAG zur Vergütung von live-in Betreuungskräften vom 24.6.2021 (5 AZR 505/20) hat hohe Wellen geschlagen: Manche sehen in der Entscheidung sogar einen „Tsunami, für alle die daheim auf die Unterstützung ausländischer Pflegekräfte angewiesen sind“.¹ Andere sprechen von einem „Armageddon der häuslichen Pflege“.²

Dass eine arbeitsrechtliche Entscheidung eine derartige Endzeithetorik provoziert, verwundert zunächst. Blickt man aber auf die aktuelle Situation und die zu erwartenden Auswirkungen des Urteils für betreuungsbedürftige Menschen in der Bundesrepublik, wird die sprachliche Vehemenz begreiflich. Bis zu 15% von ihnen werden von live-in Pflegekräften versorgt, die in den Haushalt der Betreuungsbedürftigen einziehen.³ Wegen der hohen Auslastung stationärer Einrichtungen und ambulanter Pflegedienste („Pflegenotstand“)⁴ ist diese Art der Unterstützung für viele die einzige Möglichkeit, ihren Betreuungsbedarf innerhalb ihrer finanziellen Möglichkeiten zu decken.⁵ Die Grundaussage benannter Rechtsprechung stellt das Konzept jedenfalls in seiner aktuellen Ausgestaltung in Frage. Denn sie bestätigt in weiten Teilen die Auffassung der Vorinstanz, dass innerhalb dieser Betreuungsverhältnisse täglich bis zu 16 Stunden Bereitschaftszeiten geleistet werden, die mit dem deutschen Mindestlohn zu vergüten sind.⁶ Mit der damit einhergehenden „Kostenexplosion“ ist das Modell für die allermeisten nicht (mehr) finanzierbar. In der Folge droht für einen großen Teil der Betreuungsbedürftigen die durch die live-in Betreuung gewährleistete essentielle Unterstützung im Alltag wegzubrechen. Die Entscheidung ist jedoch nicht nur politisch brisant.⁷ Das gesamte live-in Konzept wirft eine ganze Reihe juristischer, insbesondere arbeitsrechtlicher, Probleme auf. Dieser Beitrag

* Der Autor studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienabschlussarbeit, die bei Professor Dr. Felix Hartmann im Rahmen des Schwerpunktereichs Arbeits- und Sozialversicherungsrecht erarbeitet wurde.

¹ Bryisch, zitiert in „24-Stunden-Pflege wird für die allermeisten damit unbezahlbar“, Der Tagesspiegel vom 25.06.2021, <https://www.tagesspiegel.de/politik/mindestlohn-auch-fuer-auslaendische-pflegekraefte-24-stunden-pflege-wird-fuer-die-allermeisten-damit-unbezahlbar/27362944.html>, zuletzt abgerufen am 25.4.2022.

² Zitat Bentele in „VdK-Präsidentin zu BAG-Urteil: Es droht das Armageddon der häuslichen Pflege“, <https://www.vdk.de/permalink/82578>, zuletzt abgerufen am 25.4.2022.

³ Leiber/Rossow/Frerik, WISO Direkt 13/2020, 1 f.; Hielscher/Kirchen-Peters/Nock, Pflege in den eigenen vier Wänden: Zeitaufwand und Kosten – Pflegebedürftige und ihre Angehörigen geben Auskunft, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2017, S. 95, https://www.boeckler.de/pdf/p_stud_y_hbs_363.pdf, zuletzt abgerufen am 25.4.2022.

⁴ Sahmel, Pflegezeitschrift 6/2018, 18 ff.; Riedel, LeidFaden 1/2019, 27 ff.

⁵ Emunds/Schacher, Ausländische Pflegekräfte in Privathaushalten – Abschlussbericht zum Forschungsprojekt, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2012, https://www.boeckler.de/pdf_fof/97198.pdf, zuletzt abgerufen am 25.4.2022, S. 3, 52.

⁶ BAG NZA 2021, 1398 Rn. 34 ff., Rn. 46 ff.

⁷ Eine (knappe) Berücksichtigung der Thematik findet sich auch im Koalitionsvertrag 2021 auf S. 81: „Wir gestalten eine rechtssichere Grundlage

konzentriert sich auf zwei Grundfragen im Zusammenhang mit dem noch näher zu erläuternden „Entsendemodell“ (B.). Erstens soll herausgearbeitet werden, in welchem Umfang Bereitschaftszeiten in einem typischen Betreuungsverhältnis vorkommen und wie diese vergütungsrechtlich zugerechnet werden können (C.). Zweitens wird die Frage beantwortet, wie diese Bereitschaftszeiten nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) zu behandeln sind (D.).

B. Die live-in Betreuung im Entsendemodell

Die Arrangements der live-in Betreuung sind vielfältig. Die dabei bestehenden Rechtsbeziehungen lassen sich aber je nach Strukturierung typisieren.⁸ Dies soll im Folgenden für das *Entsendemodell*⁹ geschehen, um den Gegenstand der Analyse vorzustellen und zugleich zu begrenzen. Bei dieser Variante treten typischerweise drei Akteure auf: Die Pflegekraft, eine Agentur aus dem (zumeist osteuropäischen) Ausland und der Betreuungsbedürftige.¹⁰ Zwischen Agentur und Betreuungsbedürftigem wird ein Dienstleistungsvertrag geschlossen, in dem sich die Agentur zur umfassenden Betreuungsleistung nach einem detaillierten Katalog verpflichtet.¹¹ Zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Dienstleistungsvertrag bedient sich die Agentur eines Arbeitnehmers, der Pflegekraft. Diese wird von den Agenturen als Erfüllungsgehilfin im Haushalt der Betreuungsbedürftigen eingesetzt.¹² Im Zeitraum des Arbeitseinsatzes wohnt die Pflegekraft in einem vom Betreuungsbedürftigen zur Verfügung gestellten Zimmer.¹³ In dem zwischen Agentur und Pflegekraft geschlossenen Arbeitsvertrag ist in der Regel eine Wochenarbeitszeit von 30–40 Stunden vereinbart.¹⁴ Nur diese vorgesehene Arbeitszeit ist Bestandteil der Vergütungsabrede, die einen Lohn vorsieht, der etwa dem deutschen Mindestlohnsatz multipliziert mit der jeweils vereinbarten Stundenanzahl entspricht. Beim Entsendemodell verbleibt die Weisungsbefugnis in Abgrenzung zur (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung i.S.d.

AÜG vertraglich und tatsächlich bei den Agenturen.¹⁵ Ganz überwiegend unterliegt der Arbeitsvertrag aufgrund Rechtswahl gem. Art. 8 Abs. 1 S. 1, Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO ausländischem Arbeitsrecht.¹⁶ Das deutsche Mindestlohngesetz ist aber dennoch zu beachten, weil dessen Regelungen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2a AEntG zwingend auf entsendete Arbeitnehmer anzuwenden sind.¹⁷

C. Bereitschaftszeiten in der live-in Betreuung

Ein Fokus dieses Beitrags soll auf der Frage liegen, in welchem Umfang bei der live-in Betreuung Bereitschaftszeiten erbracht werden (III.) und inwieweit diese den Agenturen vergütungsrechtlich zurechenbar sind (IV.). Dafür muss der Begriff der Bereitschaftszeit zunächst definiert werden (I. und II.).

I. Grundbegriffe

Üblicherweise wird im Vergütungsrecht zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft im Sinne des ArbZG unterschieden.¹⁸ Wie sich noch zeigen wird, kann auf diese Unterscheidung im vorliegenden Kontext verzichtet werden.¹⁹ Stattdessen soll im Folgenden zunächst nur der übereinstimmende Kerngehalt beider Begriffe festgelegt werden: das Bereithalten des Arbeitnehmers.²⁰ Daran anknüpfend ist Bereitschaftszeit nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis gegeben, wenn sich der Arbeitnehmer bereithält, um die Arbeit bei Bedarf aufzunehmen. Freizeit liegt vor, sollte der Arbeitnehmer weder arbeiten noch sich für eine Arbeitstätigkeit bereithalten und somit vollständig frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen können.²¹

II. Wann hält sich ein Arbeitnehmer bereit?

Trotz der grundlegenden Bedeutung für das Vergütungs- und Arbeitszeitrecht ist die Frage, was ein Bereithalten des Arbeitnehmers allgemein voraussetzt, in Wissenschaft und Praxis weitgehend ungeklärt.²² In Einzelentscheidungen

für die 24-Stunden-Betreuung [...]“, <https://www.bundesregierung.de/resourc/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>, zuletzt abgerufen am 5.2.2023.

⁸ Bucher, *Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten*, 2018, S. 31.

⁹ Thüsing, *Rechtskonforme Betreuung in den eigenen vier Wänden – Regelungen für die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (24-Stunden-Betreuung) de lege lata und de lege ferenda*, 2019, S. 9.

¹⁰ Thüsing (Fn. 9), S. 9.; Theobald, „24-Stunden-Betreuung in Deutschland: Ein Mix unterschiedlicher Sorgetätigkeiten im Kontext von Pflege- und Migrationspolitik“, in: Weicht/Österle, *Im Ausland zu Hause pflegen*, 2016, S. 142.

¹¹ BAG NZA 2021, 1398 (1399).

¹² Wegen des grenzüberschreitenden Arbeitseinsatzes liegt eine „Entsendung“ i.S.d. § 2 AEntG vor.

¹³ Bucher (Fn. 8), S. 217; Hagemann, *Verlässlich? Transparent? Flexibel? – Verträge rund um die 24-Stunden-Betreuung durch ausländische Betreuungskräfte im Marktcheck*, https://www.pflegevertraege.de/sites/default/files/migration_files/media248519A.pdf, letzter Zugriff am 25.4.2022, S. 13.

¹⁴ Karakayali, *Transnational Haushalten – Biografische Interviews mit care workers aus Osteuropa*, 2010, S. 116.

¹⁵ Knopp, NZA Online 1/2014, 1 (2 ff.); Hagemann (Fn. 13), S. 5, 18; vgl. auch BAG NZA 2021, 1398 ff.: Das Gericht nahm einen „echten“

Dienstleistungsvertrag an, ohne eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu diskutieren; zur Abgrenzungproblematik: Bucher (Fn. 8), S. 298 ff.; Knopp, NZS 2016, 445 (446); Körner, NZS 2011, 370 (372); Hamann, in: Schüren, AÜG, 5. Auflage 2018, § 1 Rn. 229 ff.

¹⁶ Bucher (Fn. 8), S. 220; BAG NZA 2021, 1398 Rn. 23.

¹⁷ Franzen, in: ErfK, 23. Auflage 2023, § 2 AEntG Rn. 2; Gussen, in: BeckOK ArbR, 63. Edition 2022, § 2 AEntG Rn. 5. Es handelt sich dabei um Eingriffsnormen i.S.d. Art. 9 Rom-I-VO, vgl. Franzen (a.a.O.), § 2 AEntG Rn. 2; Gussen (a.a.O.), § 2 Vor Rn. 1; Thüsing, in: Thüsing-MiLoG/AEntG, 2. Auflage 2016, § 2 AEntG Rn. 2.

¹⁸ Greiner, in: BeckOK ArbR, 63. Edition 2022, § 1 MiLoG Rn. 73; La-kies, in: BK-MiLoG, 5. Auflage 2021, § 1 Rn. 31 ff.

¹⁹ D. I. 5.

²⁰ BAG NZA 2021, 1398 Rn. 35; Höfer, in: BeckOK ArbSchR, 10. Edition 2022, § 2 Rn. 14; Kock, in: BeckOK ArbR, 63. Edition 2022, § 2 ArbZG Rn. 8; Roloff in: ErfK, 23. Auflage 2023, § 2 ArbZG Rn. 20.

²¹ BAGE 151, 35 (38) = NZA 2015, 442 Rn. 21; Düwell, in: HK-MiLoG, 2. Auflage 2017, § 1 Rn. 37.

²² Demgegenüber sind Versuche, die Bereitschaftsstufen nach dem ArbZG voneinander abzugrenzen so zahlreich wie uneinheitlich. Vgl. Baeck/Deutsch/Winzer, *ArbZG*, 4. Auflage 2020, § 2 Rn. 29; kritisch dazu: Roloff (Fn. 20), § 2 ArbZG Rn. 21.

lassen sich allenfalls indirekte Hinweise dafür finden, was juristisch unter einem „Bereithalten“ zu verstehen ist. Eine echte Konturierung fehlt bislang.

Das LAG Berlin-Brandenburg ging wegen der besonderen Arbeitsmodalitäten der live-in Betreuung davon aus, dass sich die Pflegekraft bereits mit der bloßen Anwesenheit im Haushalt der Betreuungsbedürftigen bereithält.²³

Diesem Ansatz ist nicht zuzustimmen, weil er die Bereitschaft als ein bloßes „Vorhandensein“ des Arbeitnehmers am Arbeitsort missversteht. Besonders mit Blick auf die live-in Betreuung ist dieses Verständnis problematisch, weil dort der Wohnort und der Arbeitsort der Pflegekraft im Haushalt des Betreuungsbedürftigen zusammenfallen. Wäre Bereitschaft bei bloßer Anwesenheit gegeben, ließe sich diese zumindest bei den hier untersuchten Beschäftigungsverhältnissen kaum von der Freizeit abgrenzen.

Richtigerweise setzt ein Bereithalten zunächst objektiv voraus, dass der Arbeitnehmer das ihm Mögliche tut, um sicherzustellen, dass er eine Bedarfsmeldung – etwa einen Hilferuf des Betreuungsbedürftigen – registrieren kann. Dafür muss ein gangbarer Kommunikationsweg hergestellt werden. Zudem muss er einen körperlichen und geistigen Zustand aufrechterhalten, der es ihm ermöglicht, auf die Bedarfsmeldung in adäquater Weise mit der Aufnahme der Arbeitstätigkeit zu reagieren.²⁴ Der konkret erforderliche geistige und körperliche Zustand bestimmt sich nach der Art des zu erwartenden Arbeitseinsatzes. So kann je nach Beschäftigungsverhältnis Bereitschaft selbst dann erbracht werden, wenn der Arbeitnehmer schläft.²⁵ Zuletzt erfordert eine Bereitschaft nach der hier vertretenen Auffassung auch ein subjektives Element.²⁶ Nur wer auch den Willen hat, auf eine registrierte Bedarfsmeldung zu reagieren, hält sich bereit, um die Arbeit aufzunehmen. Ein Arbeitnehmer, der von Anfang an nicht vorhat, auf einen Arbeitsbedarf zu reagieren, hält sich nicht bereit, auch wenn er dafür sorgt, dass er es objektiv könnte. Diese Elemente müssen mindestens vorliegen, damit von einem Bereithalten des Arbeitnehmers gesprochen werden kann (Allgemeiner Bereitschaftstatbestand).

III. Bereitschaftstatbestand in der live-in Betreuung

1. Arbeit

Die Arbeitsleistung nach dem Arbeitsvertrag zwischen Agentur und Pflegekraft ist in aktiver Betreuung zu sehen.

Soweit die Pflegekraft also etwa Mahlzeiten zubereitet, beim Waschen hilft, mit dem Betreuungsbedürftigen spazieren geht oder für ihn einkauft, ist dies als Arbeit zu qualifizieren. Das gilt unabhängig davon, ob dabei Phasen ohne vollständige Auslastung auftreten, etwa wenn die Pflegekraft mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zum Einkaufen fährt und in dieser Zeit ein Buch liest.²⁷

2. Bereitschaft

Darüber hinaus wird bei der typischen live-in Betreuung sehr umfangreich Bereitschaft erbracht. Zunächst sind die Pflegekräfte fast dauerhaft in der Wohnung des Betreuungsbedürftigen anwesend und stets – tagsüber und auch nachts – kontaktierbar,²⁸ etwa indem sie ihre Zimmertür auch nachts stets geöffnet halten.²⁹ Damit stellen sie einen dauerhaften Kommunikationsweg zu den Betreuungsbedürftigen her und sind so objektiv in der Lage, gemeldete Bedürfnisse zu registrieren. Als mögliche Einsatzszenarien kommen lediglich Unterstützungstätigkeiten in Betracht, die weder besonderen körperlichen noch geistigen Vorlauf bei der Pflegekraft erfordern.³⁰ Somit halten sich die Pflegekräfte – soweit keine akuten Beeinträchtigungen vorliegen – auch körperlich und geistig in der Lage, auf diese Bedürfnisse zu reagieren, selbst wenn sie schlafen. Zuletzt sind die Pflegekräfte auch gewillt, rund um die Uhr auf eine Bedarfsmeldung der Betreuungsbedürftigen zu reagieren.³¹ Damit ist auch das subjektive Element des Bereitschaftstatbestands gegeben. Sobald die Pflegekraft aus der Bereitschaft bei Bedarf in die Arbeitstätigkeit „wechselt“, ist Arbeitszeit gegeben.

Freizeit kommt dagegen typischerweise kaum vor, nämlich nur dann, wenn ein Element des allgemeinen Bereitschaftstatbestands³² bei der Pflegekraft ausnahmsweise nicht vorliegt. Die Intention, auf Bedürfnisse des Betreuungsbedürftigen zu reagieren, endet zumeist nur, wenn sich anderweitige Unterstützung im Haushalt befindet, etwa durch mobile Pflegedienste oder Angehörige.³³ Regelmäßig unterbrechen die Pflegekräfte nur in diesen Zeiten ihre objektive Kontaktierbarkeit, z.B. indem sie die Wohnung verlassen oder sich in ihrem Zimmer „abschotten“.³⁴

Mit den Grundsätzen des allgemeinen Bereitschaftstatbestands lässt sich die Bereitschaftszeit der Pflegekräfte von der Freizeit abgrenzen, auch wenn sich die Betreuungskraft in dem ihr zur Verfügung gestellten Zimmer aufhält. Eine

²³ LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2021, 22470 Rn. 81.

²⁴ *Ünsal* in: Grobys/Panzer, ArbR, 3. Edition 2017, S. 567 Rn. 9.

²⁵ BAGE 128, 42 (50) = NZA 2009, 272 Rn. 30; LAG Baden-Württemberg BeckRS 2019, 4838 Rn. 45.

²⁶ Mit der Formulierung „um die Arbeit aufzunehmen“ (vgl. nur BAG NZA 2021, 1398 Rn. 35) implizieren auch die gängigen Bereitschaftsdefinitionen ein subjektives Element.

²⁷ Geringere Belastungsniveaus während der Arbeit können „Arbeitsbereitschaft“ i.S.d. ArbZG darstellen. Auf diese Abstufung kann im Kontext des MiLoG verzichtet werden, weil auch bei Arbeitsphasen mit geringer

Beanspruchung unstreitig die Arbeitsleistung vorliegt. Dazu treffend: *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, 2. Auflage 2017, § 1 Rn. 51.

²⁸ *Karakayali* (Fn. 14), S. 116.

²⁹ BAG NZA 2021, 1398 (1399).

³⁰ Dabei ist insbesondere an grundpflegerische und soziale Tätigkeiten zu denken.

³¹ *Kniejska*, Migrant Care Workers aus Polen in der häuslichen Pflege – Zwischen familiärer Nähe und beruflicher Distanz, 2016, S. 94.

³² C. II.

³³ *Bucher* (Fn. 8), S. 36; *Emunds/Schacher* (Fn. 5), S. 55, 63.

³⁴ *Emunds/Schacher* (Fn. 5), S. 55 f.

täglich erbrachte Bereitschaftszeit von bis zu 16 Stunden ist für die typischen Betreuungsverhältnisse nicht unrealistisch.

IV. Die Zurechnung erbrachter Bereitschaftszeit

Das Vorliegen tatsächlich erbrachter Bereitschaft reicht aber für sich genommen für eine Vergütungspflicht derselben nicht aus. Einen allgemeinen Grundsatz, dass jede Tätigkeit vergütet werden muss, gibt es nicht; insbesondere kann der Arbeitgeber nicht zur Vergütung von ihm „aufgedrängten“ Tätigkeiten verpflichtet sein.³⁵ Mindestvoraussetzung für jede Vergütungspflicht ist daher, dass erbrachte Tätigkeiten dem Arbeitgeber zurechenbar sind.³⁶ Diesbezüglich ergeben sich bei der live-in Betreuung im Entsendemodell erhebliche Probleme. Ausgangspunkt ist die Divergenz zwischen den tatsächlich erbrachten Bereitschaftszeiten (II.) und dem Arbeitsvertragstext (B.). Insbesondere werden die regelmäßig vorgesehenen 40 Wochenstunden bei weitem überstiegen.³⁷

1. Interesse der Agenturen

Vor der Prüfung von Zurechnungsmöglichkeiten erscheint es sinnvoll, sich vorab die Bedeutung von erbrachten Bereitschaftszeiten für die Agenturen zu vergegenwärtigen. Aufschluss darüber verspricht insbesondere ein genauere Blick auf die Dienstleistungsverträge. Aus diesen geht die Verpflichtung der Agentur hervor, den Dienstleistungsnehmer umfassend zu betreuen.³⁸ Neben Haushaltsleistungen, sozialen Komponenten und der so genannten Grundpflege (Unterstützung bei Körperpflege und Ernährung etc.)³⁹ wird Unterstützung in allen Bereichen zugesichert, die für die notwendige Betreuung des Bedürftigen erforderlich sind.⁴⁰ Teilweise ist auch eine *24-Stunden-Betreuung* wörtlich Gegenstand der Dienstleistungsverträge.⁴¹ Die Erfüllung dieser Verpflichtungen ist durch eine Pflegekraft in 40 Wochenstunden nicht zu bewerkstelligen. Während die Haushaltsleistungen noch vollständig innerhalb dieses Rahmens erfüllbar sind, ist jedenfalls die versprochene umfassende Grundpflege innerhalb der durch den Arbeitsvertrag gesteckten Grenzen insbesondere ohne Bereitschaft nicht realisierbar. Beispielsweise tritt die Erforderlichkeit von Unterstützung bei Toilettengängen nicht lediglich in einem abgrenzbaren Zeitraum, sondern rund um die Uhr auf. Um den Betreuten wie im Dienstleistungsvertrag

zugesagt umfassend unterstützen zu können, ist es mithin erforderlich, dass eine Person an einem nahegelegenen Ort dauerhaft einsatzbereit ist. Arbeitsvertraglich nicht vorgesehene Bereitschaftszeiten sind somit regelmäßig Voraussetzung für die Erfüllung der Dienstleistungsverträge. Daraus ergibt sich ein gewichtiges Indiz für ein hohes Interesse der Agenturen daran, dass die Betreuungskräfte eine solche Bereitschaft erbringen.

2. Situation der Pflegekräfte

Andererseits ist es erforderlich zu verstehen, weshalb sich die Pflegekräfte über ihre Verpflichtungen im Arbeitsvertrag hinaus so umfassend bereithalten. Das Modell der live-in Betreuung dient dazu, den Betreuungsbedürftigen sowie Angehörige und nahestehende Personen umfassend zu entlasten.⁴² Auf eine *Rundum-Betreuung* sehen es die Dienstleistungsnehmer gerade ab, was sich auch in der Werbung widerspiegelt, die das Narrativ der *24-Stunden-Betreuung* stets aufgreift.⁴³ Nach den Dienstleistungsverträgen können die Angehörigen von den Agenturen auch verlangen, dass sich umfassend, teils rund um die Uhr, um die betreuungsbedürftige Person gekümmert wird. Entsenden die Agenturen einen Erfüllungsgehilfen (die Pflegekraft) in den Haushalt, ist es naheliegend, dass die Dienstleistungsnehmer von dieser die Erfüllung des Dienstleistungskatalogs erwarten. In diesem Zusammenhang entsteht häufig eine Situation, in welcher der Pflegekraft die alleinige Verantwortung für das leibliche und seelische Wohl der betreuten Person aufgebürdet wird.⁴⁴ Die Pflegekraft ist zumeist die einzige dauerhafte Bezugsperson für den Betreuten. Insbesondere bei ausgeprägter Hilfsbedürftigkeit führt dies ganz überwiegend zu einer von der Pflegekraft empfundenen moralischen Verpflichtung, dauerhaft auf den Betreuungsbedürftigen aufzupassen.⁴⁵ Damit wird im Umkehrschluss ein starkes subjektives Hemmnis einhergehen, den Zustand des Bereithaltens auszusetzen und damit eine auf Unterstützung angewiesene Person sich selbst zu überlassen. Die Struktur eines typischen Betreuungsarrangements kann und wird somit dazu führen, dass sich die Pflegekräfte – trotz der Regelungen im Arbeitsvertrag – rund um die Uhr verpflichtet fühlen, die ihnen anvertrauten Personen zumindest zu beaufsichtigen.

³⁵ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 13; *Sittard*, in: HWK-ArbR, 9. Auflage 2020, § 1 MiLoG Rn. 6.

³⁶ BAG NZA 2022, 1271 Rn. 22; *Bayreuther*, in: Thüsing-MiLoG/AEntG, 2. Auflage 2016, § 1 MiLoG Rn. 38; *Sittard* (Fn. 35), § 1 MiLoG Rn. 6.

³⁷ Vgl. C. III.

³⁸ *Bucher* (Fn. 8), S. 217.

³⁹ *Bomert*, Transnationale Care-Arbeiterinnen in der 24-Stunden-Betreuung – Zwischen öffentlicher (Un-) Sichtbarkeit und institutioneller (De-) Adressierung, 2019, S. 131; *Eder*, Pflegepraxis 2009, 30.

⁴⁰ BAG NZA 2021, 1398 (1399); Muster Dienstleistungsvertrag der Pflege zu Hause Küffel GmbH, [\[ent/uploads/2021/11/beispiel_-_dlv_01.pdf\]\(ent/uploads/2021/11/beispiel_-_dlv_01.pdf\), zuletzt abgerufen am 25.4.2022, S. 12.](https://www.pflegezuhaue.info/wp-cont</p></div><div data-bbox=)

⁴¹ BAG NZA 2021, 1398 (1399).

⁴² *Rosow*, Der Preis der Autonomie – Wie sorgende Angehörige Live-in-Arbeitsverhältnisse ausgestalten, 2021, S. 83 f.; *Emunds/Schacher* (Fn. 5), S. 12 f., 34.

⁴³ *Rosow* (Fn. 42), S. 83 ff.; Website der Deutsche Seniorenbetreuung OHG, <https://www.deutsche-seniorenbetreuung.de>, zuletzt abgerufen am 25.4.2022.

⁴⁴ *Karakayali* (Fn. 14), S. 117; *Emunds/Schacher* (Fn. 5), 34, 45, 59.

⁴⁵ *Karakayali* (Fn. 14), S. 117.

3. Zurechnungsmöglichkeiten

Soweit es nach den Arbeitsverträgen nicht explizit vorgesehen ist, dass Bereitschaftszeiten erbracht werden, gibt es für die Zurechnung im Wesentlichen zwei Ansatzpunkte.

a) Ergänzende Auslegung des Arbeitsvertrags

Zum einen kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, nach der die Bereitschaftszeiten insgesamt oder teilweise geschuldet waren.⁴⁶ Dies setzt allgemein voraus, dass der Arbeitsvertrag einen offen gebliebenen Punkt enthält, dessen Ergänzung geboten ist, um einen offensichtlichen Widerspruch zwischen tatsächlicher Lage und dem objektiv Vereinbarten zu beseitigen.⁴⁷ Eine solche Diskrepanz wird mit Blick auf tatsächlich erbrachte Bereitschaft und Arbeitsvertrag häufig gegeben sein.⁴⁸ Fraglich ist im zweiten Schritt, ob die ergänzende Auslegung dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.⁴⁹ Diesbezüglich kann auf das besondere Interesse der Agenturen an der umfangreichen Erbringung von Bereitschaft verwiesen werden.⁵⁰ Zweifelhaft bleibt jedoch, ob eine derartige Verpflichtung jeweils auch der Interessenlage der Pflegekraft entspricht. Anders als bei den Agenturen ist eine abstrakte Tendenz in die eine oder andere Richtung insoweit nicht erkennbar.

Selbst wenn ein übereinstimmender Parteiwille im Einzelfall feststellbar ist, findet die ergänzende Vertragsauslegung ihre Grenzen in den anzuwendenden Arbeitsschutzvorschriften. Das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung darf nicht eine (teilweise) gesetzeswidrige Regelung sein.⁵¹ Für die hier behandelten Konstellationen ist dabei insbesondere das gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 AEntG zwingend anzuwendende ArbZG von Relevanz. Soweit der persönliche Anwendungsbereich trotz § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG auch bei der live-in Betreuung als gegeben angesehen wird,⁵² müssen die Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten i.S.d. Gesetzes (insb. §§ 3–6 ArbZG) beachtet werden.

b) Veranlassung

Soweit eine ergänzende Vertragsauslegung scheitert, bleibt eine Zurechnung möglich, wenn festgestellt werden kann, dass die Agenturen die Bereitschaftszeiten als Überstunden veranlasst haben.⁵³

aa) Grundsätze des BAG

Nach der Rechtsprechung des BAG kommt eine Veranlassung nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Überstunden angeordnet, gebilligt bzw. geduldet hat oder er dem Arbeitnehmer Aufgaben zugewiesen hat, die nur durch überobligatorische Leistung erledigt werden konnten.⁵⁴ Diese Grundsätze werden in der Literatur überwiegend geteilt.⁵⁵ Grundvoraussetzung dieser Fallgruppen ist, dass der Arbeitgeber eine positive Kenntnis von konkret erbrachten bzw. zu erbringenden Überstunden hat.

Nun erscheint es durchaus möglich, dass die Agenturen den Pflegekräften umfassende Bereitschaftszeiten zuweisen oder sie von erbrachten Bereitschaftszeiten nachträglich Kenntnis erlangen, etwa durch Rücksprache mit den Dienstleistungsnehmern. Problematisch ist dabei, dass es den Pflegekräften obliegt, im Prozess die Anordnung, Zuweisung oder sonstige positive Kenntnis der Agenturen nachzuweisen.⁵⁶ Ist ihnen dies nicht möglich, wird die prozessuale Geltendmachung von erbrachter Bereitschaft nach der gängigen Beweislast scheitern.

Der Versuch, eine von diesen Grundsätzen *generell* abweichende *Beweislastverteilung* aus der Arbeitszeiterfassungspflicht gem. § 16 Abs. 2 ArbZG abzuleiten,⁵⁷ ist nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen. Eine Aufzeichnungspflicht, die dem Arbeitsschutz dient, kann nicht die Beweislast im vergütungsrechtlichen Überstundenprozess tangieren.⁵⁸ Dies gebietet auch nicht der Grundsatz vom *effet utile*⁵⁹ mit Blick auf die Arbeitszeitrichtlinie. Denn für deren effektive Umsetzung sorgt bereits der Umstand, dass ein Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht entsprechend der öffentlich-rechtlichen Ausrichtung des ArbZG bußgeldbewehrt ist, § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG. Aus prozessrechtlicher Sicht ließe sich allenfalls über eine *spezifische Beweislastumkehr im Einzelfall* nach den Grundsätzen der *Beweisvereitelung*⁶⁰ nachdenken, soweit die Dokumentation i.S.d. § 16 Abs. 2 ArbZG unterblieben ist. Hervorzuheben ist insoweit, dass jedenfalls der klassische Fall – die Vernichtung oder das Vorenthalten eines vorhandenen Beweismittels⁶¹ – nicht vorliegt und das Unterlassen einer Beweisschaffung nur in Ausnahmefällen zur Annahme einer

⁴⁶ BAG NZA 2021, 1398 Rn. 47.

⁴⁷ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, 61. Edition 2022, § 157 Rn. 35; *Mansel*, in: *Jauernig*, 18. Aufl. 2021, § 157 Rn. 2.

⁴⁸ An einem offen gebliebenen Punkt fehlt es jedoch, wenn Überstunden wie in BAG NZA 2021, 1398 explizit ausgeschlossen sind.

⁴⁹ *Busche* in: MüKoBGB, 9. Auflage 2021, § 157 Rn. 47 ff.; *Mansel* (Fn. 47), § 157 Rn. 4.

⁵⁰ C. IV. 1.

⁵¹ *Busche* (Fn. 49), § 157 Rn. 57.

⁵² Dafür ausführlich *Bucher* (Fn. 8), S. 151 ff.; *Thüsing* (Fn. 9), 42 ff.; *Brors/Böning*, NZA 2015, 846 (847).

⁵³ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 12; *Bayreuther* (Fn. 36), § 1 MiLoG Rn. 38.

⁵⁴ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 12 ff.; BAGE 167, 158 (165 f., 169) = NZA 2019, 1361 Rn. 33, 44.

⁵⁵ *Boemke*, in: HK-ArbR, 4. Auflage 2017, § 611a Rn. 298; *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 24.

⁵⁶ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 12 ff.

⁵⁷ *Tschenker*, NZA-RR 2021, 641 (642 f.).

⁵⁸ Ausführlich BAG NZA 2022, 1267 Rn. 22 ff.; LAG Niedersachsen BeckRS 2021, 10275 Rn. 22; *Kock* (Fn. 20), § 16 ArbZG Rn. 25; *Roloff* (Fn. 20), § 16 ArbZG Rn. 5.

⁵⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 17.9.2002, Munoz, C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 28, 30.

⁶⁰ *Seiler*, in: *Thomas/Putzo*, 43. Auflage 2022, § 286 ZPO Rn. 17; *Nober*, in: *Baumbach/Lauterbach*, 79. Auflage 2021, Anh. § 286 ZPO Rn. 27. Bereits die Rechtsfolge einer Beweisvereitelung ist sehr umstritten, vgl. *Prütting*, in: *MüKoZPO*, 6. Auflage 2020, § 286 Rn. 87 ff.

⁶¹ *Nober* (Fn. 60), Anh. § 286 ZPO Rn. 27.

Beweisvereitelung führen kann.⁶² Problematisch erscheint weiterhin, dass die Pflicht aus § 16 Abs. 2 ArbZG – anders als bspw. die aus § 2 NachwG⁶³ – nicht der Rechtssicherheit und Klarheit im Verhältnis der Vertragsparteien, sondern allein der Überwachung der Einhaltung des ArbZG durch die Aufsichtsbehörden dient.⁶⁴ Zudem soll eine Beweisvereitelung immer dann ausscheiden, wenn sich die betroffene Partei den Beweis auch selbst hätte sichern können.⁶⁵ Selbst wenn man trotz dieser Einwände in der Verletzung der Dokumentationspflicht eine Beweisvereitelung durch den Arbeitgeber sähe, beträfe sie lediglich das Vorliegen von Überstunden und gerade nicht die Kenntnis davon beim Arbeitgeber. Denn die Pflicht aus § 16 Abs. 2 ArbZG ist bereits erfüllt, wenn der Arbeitnehmer selbst oder ein Dritter – auf Anweisung des Arbeitgebers – die Überstunden aufzeichnet.⁶⁶ Eine Prüfung und Abzeichnung dieser Selbstaufzeichnungen durch den Arbeitgeber ist für § 16 Abs. 2 ArbZG nicht erforderlich.⁶⁷ Dementsprechend ist es anerkannt, dass die bloße Existenz einer Dokumentation i.S.d. § 16 Abs. 2 ArbZG keine Kenntnis des Arbeitgebers von den geleisteten Überstunden indiziert.⁶⁸ Mithin lässt sich das Unterlassen der Dokumentation jedenfalls nicht als Beweisvereitelung hinsichtlich der Kenntnis der Bereitschaftszeit qualifizieren.

bb) Weites Verständnis: Berücksichtigung der bekannten Einsatzmodalitäten

Überzeugender ist es, die materiell-rechtlichen Anforderungen einer Veranlassung in den Blick zu nehmen. Dass eine positive Kenntnis von konkret erbrachten Leistungen für eine Zurechnung erforderlich sein soll, stellt bspw. *Bayreuther* in Frage, wenn er es für eine Veranlassung ausreichen lässt, dass der Arbeitgeber keinerlei ernst gemeinte organisatorische Vorkehrungen trifft, um der freiwilligen Ableistung von Überstunden entgegenzuwirken.⁶⁹ Einen ähnlichen Maßstab legt das LAG Berlin-Brandenburg an, indem es eine Zurechnung bejaht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einer Situation aussetzt, in der dieser praktisch genötigt ist, dauerhaft Bereitschaft zu leisten.⁷⁰ Dieses weitere Verständnis einer Veranlassung ist vor dem Pflichtenprogramm des Arbeitgebers konsequent. Dieser ist für die Organisation des Arbeitsumfelds zuständig, auch bei einer Entsendung. Damit müssen ihm erbrachte Überstunden bereits dann zurechenbar sein, wenn sie in einem engen Konnex zu den ihm bekannten Modalitäten des

Arbeitsumfelds stehen. Eine solche Konnexität ist gegeben, wenn es nach den Bedingungen am Arbeitsort besonders wahrscheinlich ist, dass der Arbeitnehmer überobligatorisch tätig wird. Erkennt der Arbeitgeber diese Bedingungen und trifft er auch keine geeigneten Maßnahmen, die diese Wahrscheinlichkeit vermindern, muss er das Risiko tragen, dass der Arbeitnehmer über die Grenzen des Arbeitsvertrags tatsächlich vergütungspflichtig tätig wird. Er kann sich dann nicht mehr darauf berufen, ihm wären Überstunden „aufgedrängt“ worden.

Bei den typischen Betreuungssituationen ergeben die Modalitäten im Haushalt des Betreuungsbedürftigen eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Pflegekraft überobligatorische Bereitschaftszeit erbringt. Dies liegt zum einen an der Erwartungshaltung der Dienstleistungnehmer und zum anderen an der von der Betreuungskraft empfundenen moralischen Verpflichtung gegenüber der betreuungsbedürftigen Person.⁷¹ Die Kenntnis der Agenturen von diesen Umständen am Arbeitsort lässt sich nicht bestreiten. Denn sowohl die Hilfsbedürftigkeit der betreuten Personen als auch die Erwartungshaltung der Dienstleistungnehmer lässt sich aus Dienstleistungsverträgen ableiten, welche die Agenturen selbst abgeschlossen haben. Soweit sich die erbrachte Bereitschaftszeit in dieser erkannten Wahrscheinlichkeit realisiert, kann sie den Agenturen unter Berücksichtigung der Einsatzmodalitäten im Sinne einer Veranlassung umfassend zugerechnet werden.

D. Mindestlohn für Bereitschaftszeiten

Damit wird die Frage virulent, ob Bereitschaftszeiten nach dem MiLoG zu vergüten sind, was seit Einführung des MiLoG sehr umstritten ist.

I. Sind Bereitschaftszeiten Zeitstunden i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG?

Überwiegend wird vertreten, dass Bereitschaftszeiten, in denen der Arbeitgeber den Aufenthaltsort des Arbeitnehmers festlegt (*Bereitschaftsdienst*), mindestlohnpflichtig sind.⁷² Soweit der Arbeitnehmer dagegen während der Bereitschaft seinen Aufenthaltsort frei wählen kann (*Rufbereitschaft*), greife das MiLoG nicht ein.⁷³ Die Gegenansicht sieht lediglich Arbeitszeit, nicht aber Bereitschaftszeit (unabhängig von der konkreten Ausgestaltung) vom MiLoG erfasst.⁷⁴

⁶² LAG Köln NZA 1999, 545 f.; *Foerste*, in: Musielak/Voit, 19. Auflage 2022, § 286 ZPO Rn. 64.

⁶³ *Preis*, in: ErfK, 23. Auflage 2023, § 1 NachwG Rn. 20.

⁶⁴ *Roloff* (Fn. 20), § 16 ArbZG Rn. 1.

⁶⁵ BSG NJW 1994, 1303; *Thole*, in: Stein/Jonas, 23. Auflage 2018, § 286 ZPO Rn. 207.

⁶⁶ *Brors*, NZA 2019, 1176, 1177; *Kock* (Fn. 20), § 16 Rn. 7.

⁶⁷ *Kock* (Fn. 20), § 16 Rn. 6.

⁶⁸ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 20 ff.; *Kock* (Fn. 20), § 16 Rn. 25.1.

⁶⁹ *Bayreuther* (Fn. 36), § 1 MiLoG Rn. 38.

⁷⁰ LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 22470 Rn. 75.

⁷¹ C. IV. 2.

⁷² BAG NZA 2016, 1332 Rn. 27 ff.; NZA 2021, 1398 Rn. 35 ff.; *Lembke*, NZA, 2016, 1 (5); *Bayreuther* (Fn. 36), § 1 MiLoG Rn. 43; *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 40 ff.; *Lakies* (Fn. 19), § 1 Rn. 31; *Müller-Glöge*, in: MüKoBGB, 9. Auflage 2023, § 1 MiLoG Rn. 17.

⁷³ LAG Hessen BeckRS 2016, 116469 Rn. 21; *Lembke*, NZA, 2016, 1 (5); *Merath*, GWR 2020, 298 (299); *Bayreuther* (Fn. 38), § 1 MiLoG Rn. 50; *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 40.

⁷⁴ *Thüsing* (Fn. 9), S. 111; *Boemke*, JuS 2015, 385 (389); *Natzel*, BB 2015, 2938 (2940); *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (973); *Wank*, RdA 2015, 88 (91); *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 62, 66.

1. Wortlaut

Der Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG beschreibt mindestlohnpflichtige Zeiten sehr sparsam als Zeitstunde. Dieser Begriff ist mit Blick auf die Tätigkeiten des Arbeitnehmers denkbar weit und lässt diesbezüglich keine Tendenz erkennen. Letztlich handelt es sich bei dieser Formulierung lediglich um die Angabe einer Messeinheit, welche sich zur Qualität der (erfassten) Tätigkeit nicht verhält. Folglich ergibt sich keine Differenzierung zwischen Arbeit und Bereitschaft. Ebenfalls enthält der Begriff keinerlei Aussage zu fremd- und selbstbestimmtem Aufenthaltsort bei Bereitschaftszeiten. Die Unterscheidung zwischen *Rufbereitschaft* und *Bereitschaftsdienst* bzw. Arbeit und Bereitschaft findet somit im Wortlaut keine Stütze. Im Gegenteil eröffnet dieser die Möglichkeit, dass das MiLoG sämtliche Bereitschaftszeiten erfasst.

2. Systematik

Zur systematischen Auslegung bietet sich ein Blick in § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG an. Diese Vorschrift bestimmt zur Fälligkeit, dass der Mindestlohn spätestens am letzten Bankarbeitstag des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, zu zahlen ist. Darin könnte ein Indiz zu sehen sein, dass der Mindestlohn je Zeitstunde zu zahlen ist, in der Arbeit geleistet wird.⁷⁵ Was aber ist mit der Arbeitsleistung gemeint?

Einige stellen insoweit auf die Wertungen des ArbZG ab, wonach *Bereitschaftsdienst*, nicht aber *Rufbereitschaft*, als Arbeitszeit zu qualifizieren ist.⁷⁶ Weil das Arbeitsschutzrecht mit der Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheitsschutz (vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG) aber einen ganz anderen Zweck verfolgt als das MiLoG, kann diese Gleichsetzung nicht überzeugen.⁷⁷ Das BAG lehnt eine Übertragung der arbeitsschutzrechtlichen Maßstäbe ebenfalls ab, führt aber dennoch aus, dass Bereitschaftsdienst, nicht aber Rufbereitschaft, auch vergütungsrechtlich Arbeit sei. Denn dazu zähle die veranlasste Untätigkeit, die an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort verbracht wird.⁷⁸ Eine Begründung für diese Wertung erschöpft sich allerdings in der Repetition der Wertung selbst und fehlt damit letztlich.⁷⁹ Dies überrascht; insbesondere vor dem Hintergrund, dass das BAG in früheren Entscheidungen mit Nachdruck eine gegenläufige Ansicht vertrat. So stellte das BAG zur Vergütung von Bereitschaftsdienst im Rettungsdienst fest: „Der

schlafende Arbeitnehmer [der verpflichtet war, sich in der Rettungsstelle aufzuhalten und auf Abruf – bei einem Einsatzbefehl – tätig zu werden] erbringt nicht [...] eine [...] graduell geringere Arbeitsleistung, sondern gar keine Arbeitsleistung.“⁸⁰

Daran anknüpfend ist es überzeugend, die Bereitschaft nicht als Arbeitsleistung selbst, sondern als ein *aliud*, als zusätzliche Leistung, zu sehen.⁸¹ Die Arbeitsleistung als Hauptleistungspflicht gibt dem Arbeitsverhältnis sein charakteristisches Gepräge.⁸² Dabei ist der Arbeitnehmer an die ihm vorgegebene Handlungsbeschreibung gebunden. Etwas anderes kann er beim Arbeiten nicht tun. Davon unterscheidet sich die Bereitschaft qualitativ. Der Arbeitnehmer, der sich bereithält, steht lediglich allgemein für den Arbeitseinsatz zur Verfügung und ist im Übrigen frei darin, zu tun, was ihm beliebt.⁸³ Für die Dauer der Bereitschaftszeit erbringt er somit gerade keine spezifische Tätigkeit. Verdeutlichen kann dies folgender Gedanke: Während etwa das Warten einer Fernsehanlage und das Löschen eines Hausbrandes grundverschiedene Tätigkeiten sind, wird die Bereitschaftsleistung eines Anlagentechnikers und die einer Feuerwehrfrau im Wesentlichen übereinstimmen. Sein charakteristisches Gepräge gibt die Bereitschaft dem Arbeitsvertrag folglich gerade nicht. Sie kann deshalb nicht die Arbeitsleistung darstellen. Zutreffend stellte das BAG in früherer Rechtsprechung fest, dass Bereitschaft nicht die Arbeitsleistung, sondern eine Beschränkung ist, verbunden mit der Verpflichtung, bei Bedarf tätig zu werden.⁸⁴ Wie weitreichend diese Beschränkung ist, bestimmt sich nach der konkreten Ausgestaltung. Ein arbeitgeberseitig bestimmter Bereitschaftsort wird meist eine höhere Beschränkungsintensität aufweisen als ein vom Arbeitnehmer frei gewählter. Diese Intensitätsunterschiede ändern aber – anders als es die erstgenannte Auffassung vertritt, indem es *Bereitschaftsdienst*, nicht aber *Rufbereitschaft* als vergütungsrechtliche Arbeit qualifiziert⁸⁵ – nichts am Wesen der Bereitschaft als Beschränkung, die von der Arbeitsleistung abzugrenzen ist. Nach dem hier vertretenen Verständnis von „Arbeitsleistung“ spricht die Formulierung aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG eher gegen die Mindestlohnpflichtigkeit von Bereitschaftszeiten.

⁷⁵ *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (972); *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 36.

⁷⁶ *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 40; *Lakies* (Fn. 20), § 1 Rn. 28.

⁷⁷ BAG NZA 2011, 917 Rn. 20; NZA 2013, 1158 Rn. 16; *Baeck/Deutsch/Winzer* (Fn. 22), § 2 Rn. 29; *Höfer* (Fn. 20), § 2 ArbZG Rn. 16; *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 48.

⁷⁸ BAGE 155, 318 (323 f.) = NZA 2016, 1332 Rn. 28; BAG NZA 2021, 1398 Rn. 35.

⁷⁹ Vgl. BAGE 137, 366 (371) = NZA 2011, 917 Rn. 21; BAGE 155, 318 (323 f.) = NZA 2016, 1332 Rn. 28; BAG NZA 2019, 1656 Rn. 21; NZA 2021, 1398 Rn. 35; dazu ebenfalls kritisch: *Boemke*, jurisPR-ArbR 7/2015, Anm. 2; *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (972).

⁸⁰ BAGE 96, 284 (291) = NZA 2001, 451 (453).

⁸¹ *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (973); *Koberski*, in MüHb ArbR, 5. Auflage 2021, § 182 Rn. 35, 37; *Baeck/Deutsch/Winzer* (Fn. 22), § 2 Rn. 42; *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 62; so bereits *Hueck*, LB-ArbR. I, 7. Auflage 1963, S. 36 f.

⁸² *Bachmann*, in: MüKoBGB, 9. Auflage 2022, § 241 BGB Rn. 35.

⁸³ *Kock* (Fn. 20), § 2 ArbZG Rn. 8.

⁸⁴ BAGE 122, 225 (229) = NZA 2007, 1108 Rn. 15; BAG BeckRS 2008, 56368 Rn. 20.

⁸⁵ *Bayreuther* (Fn. 36), § 1 MiLoG Rn. 50; *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 40.

3. Historie

Die Gesetzesbegründung zum Mindestlohn äußert sich zur Streitfrage nicht. In dieser taucht das Wort (Ruf-)Bereitschaft(-sdienst) nicht einmal auf.⁸⁶

4. Telos

Das Telos des MiLoG ist insgesamt sehr umstritten. Teilweise wird vertreten, dass das Gesetz zuvörderst der Existenzsicherung des Arbeitnehmers diene.⁸⁷ Begründet wird diese Auffassung im Wesentlichen mit den Gesetzesmaterialien, welche das Ziel der Existenzsicherung wiederholt nennen.⁸⁸ Sie kann indes nicht überzeugen.

Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass in der Gesetzesbegründung eine Vielzahl von Funktionen und angestrebten Wirkungen genannt wird.⁸⁹ Aufgrund dieser Ambivalenz kann allein daraus keine dem MiLoG zugrundeliegende Zwecksetzung gefolgert werden.⁹⁰ Dass diese nicht in der Existenzsicherung des Arbeitnehmers liegen kann,⁹¹ tritt deutlich hervor, wenn man sich bewusst macht, dass die Erforschung des Gesetzeszwecks nicht historisch-subjektiv, sondern objektiv zu erfolgen hat.⁹² Dann nämlich rückt die tatsächliche Ausgestaltung des MiLoG in den Fokus. Diese zeigt, dass die Existenzsicherung kein Hauptanliegen sein kann. Zunächst schreibt das MiLoG – anders als es in einigen anderen europäischen Rechtsordnungen der Fall ist⁹³ – kein monatliches Mindesteinkommen, sondern ein stündliches fest, § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG. Infolgedessen bestimmt sich die Frage, ob der Mindestbedarf des Arbeitnehmers aus seinem Einkommen gedeckt ist, nicht allein nach dem vom MiLoG definierten Mindestlohnsatz, sondern nach der Anzahl der mindestlohnspflichtigen Stunden. Dazu trifft das Gesetz aber gerade keine Regelung. Insbesondere stellt es keine fiktive Mindestanzahl an Stunden auf.⁹⁴ Zudem erscheinen die Ausnahmen gem. § 22 MiLoG kaum mit dem Modell der Existenzsicherung vereinbar.⁹⁵ Denn das Existenzminimum des Einzelnen ist von der absolut zu wahren Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.⁹⁶ Hätte der Gesetzgeber mit dem Mindestlohn(satz) eine existenzsichernde, mithin menschenwür-

dige Vergütungsgestaltung gewährleisten wollen, hätte er dies wohl kaum für bestimmte Arbeitnehmer – bspw. Langzeitarbeitslose, § 22 Abs. 4 MiLoG – relativiert. Vor allem aber widerspricht das für die Bestimmung des Mindestlohns gewählte Kommissionsmodell (§§ 4 ff. MiLoG) und dessen Ausgestaltung der Existenzsicherungsfunktion.⁹⁷ Erstens ist kein Grund ersichtlich, weshalb zur Festlegung der Mindestlohnhöhe eine paritätisch aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zusammengesetzte Kommission berufen sein kann (§ 5 MiLoG), wenn der Mindestlohnsatz der Gradmesser für das Existenzminimum eines Arbeitnehmers wäre. Denn eine besondere Sachkunde haben die Tarifpartner (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 MiLoG) für die Ermittlung des Existenzbedarfs nicht.⁹⁸ Zweitens diskutiert die Kommission bei ihrer Beschlussfassung nicht über Existenzsicherungsfragen, sondern prüft im Rahmen einer Gesamtabwägung, ob die Höhe des Mindestlohns geeignet ist, zu einem „angemessenen Mindestschutz der Arbeitnehmer“ und einem funktionierenden Wettbewerb beizutragen, § 9 Abs. 2 S. 1 MiLoG. Es ist nicht erklärbar, welche Rolle die Funktionstüchtigkeit des Wettbewerbs für den Mindestbedarf eines Arbeitnehmers spielen kann. Drittens hat sich die Kommission bei der Bestimmung der Mindestlohnhöhe auch nicht etwa an den aktuellen Lebenshaltungskosten, sondern an der Tarifentwicklung zu orientieren, § 9 Abs. 2 S. 2 MiLoG. Tariflöhne haben einen angemessenen Ausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Blick, nicht aber die Existenzsicherung.⁹⁹

Nach alledem ist es überzeugend, den Zweck des MiLoG in der Vermeidung jedenfalls unangemessener Mindestvergütungen zu sehen.¹⁰⁰ Der jeweils geltende Mindestlohnsatz soll ein Mindestmaß an Äquivalenz von Leistung (Tätigkeit des Arbeitnehmers) und Gegenleistung (Vergütung durch den Arbeitgeber) je Stunde definieren. Es geht dem Gesetz also nicht um Bedarfs- sondern um Austauschgerechtigkeit.¹⁰¹ Erst mit diesem Verständnis lassen sich die Abwägungskriterien, angemessener Mindestschutz und Wettbewerbsfähigkeit, und die paritätische Besetzung der Kommission erklären. Diese Zwecksetzung fügt sich –

⁸⁶ BT-Drucks. 18/1558.

⁸⁷ BAG NZA 2021, 1398 Rn. 24, 30; *Lakies*, AuR 2013, 69 ff.; *Franzen* (Fn. 17), § 1 MiLoG Rn. 1; *Greiner* (Fn. 18), § 1 MiLoG Rn. 1 ff.; *Düwell* (Fn. 22), § 1 Rn. 4.

⁸⁸ *Franzen* (Fn. 17), § 1 MiLoG Rn. 1; *Greiner* (Fn. 18), § 1 MiLoG Rn. 1.

⁸⁹ BT-Drucks. 18/1558, S. 1 f.

⁹⁰ *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage 2020, S. 228 Rn. 42.

⁹¹ *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 71 ff.; wohl auch *Thüsing* (Fn. 17), Einl. Rn. 1 ff., Rn. 31 f.; *Henssler*, RdA 2015, 43 (45); *Lobinger* ZfA 2016, 99 (121); ders., JZ 2014, 810 (815); *C. Picker*, RdA 2014, 25 (28); *Rieble/C. Picker*, ZfA 2014, 153 (159); *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (971); *Wank*, AP MiLoG, § 1 Nr. 2, II.

⁹² *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage 2011, S. 429; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, S. 332 f.

⁹³ Etwa in Portugal, Polen, Belgien, Niederlande, Spanien vgl. *Schulten/Lübker*, WSI-Mindestlohnbericht 2020: Europäische Mindestlohninitiative vor dem Durchbruch, 2020, https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_55_2020.pdf, zuletzt abgerufen am 25.4.2022, S. 12.

⁹⁴ *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (972); *Wank*, AP MiLoG § 1 Nr. 2, II. 2. f).

⁹⁵ *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 76; *Riechert/Stomps*, NJW 2013, 1050 (1054).

⁹⁶ BVerfGE 125, 175 (222) = NJW 2010, 505 (507 ff.); BVerfGE 152, 68 Rn. 118 ff. = NJW 2019, 3703 Rn. 118 ff.

⁹⁷ *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 72.

⁹⁸ *Reichold*, NJW 2014, 2534, 2535.

⁹⁹ *Lobinger*, ZfA 2016, 122; *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 72.

¹⁰⁰ *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 73; *Rödl*, „Gesetzlicher Mindestlohn und Vertragsgerechtigkeit“ in: *Kleszewski/Müller-Mezger/Neuhaus* Mindestlohn – (k)ein gerechter Lohn?, 2017, S. 11–26; *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (971); *C. Picker*, RdA 2014, 25 (30); *Rieble/C. Picker*, ZfA 2014, 158 f.; *Vogelsang*, in: *Schaub* HB-ArBR, 19. Auflage 2021, § 66 Rn. 22.

¹⁰¹ *Rödl* (Fn. 100); *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 71 ff.

anders als die „Existenzsicherung“ – auch nahtlos in die Grundausrichtung des Arbeitsrechts, den Ausgleich gestörter Vertragsparität, ein.¹⁰² Sie steht zuletzt auch mit der Gesetzesbegründung im Einklang.¹⁰³ Unbestritten bleibt, dass die Vermeidung unangemessener Löhne geeignet ist, zur Existenzsicherung der Arbeitnehmer beizutragen. Damit wird aber die Existenzsicherung nicht zum Zweck des Gesetzes. Stattdessen ist diese eher als angestrebter Reflex zum richtig verstandenen Zweck, der Gewährleistung einer Mindestäquivalenz zwischen Leistung und Vergütung im Arbeitsverhältnis, einzuordnen.

Dieser Zweck spricht für eine Anwendung des MiLoG auf zurechenbare Bereitschaftszeiten insgesamt. Auch wenn diese nicht als Arbeitsleistung zu qualifizieren sind,¹⁰⁴ stellen sie doch eine synallagmatische Leistung des Arbeitnehmers dar. Dafür, dass der dem MiLoG zugrundeliegende Gedanke der Austauschgerechtigkeit nur auf die Arbeitsleistung Anwendung finden soll, sind keine triftigen Gründe ersichtlich. Im Gegenteil ist auch bei der Verhandlung über die Vergütung von Bereitschaftsleistungen im Niedriglohnsektor ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den Arbeitsvertrags- bzw. den Tarifvertragsparteien gegeben. Damit ist der Grundgedanke des Mindestlohns – die Absicherung einer Mindestäquivalenz – bei der Frage von Bereitschaftsvergütungen gleichermaßen einschlägig.

5. Ergebnis

Die Gesetzgebungshistorie sagt über die Frage, ob Bereitschaftszeiten mit dem Mindestlohn zu vergüten sind, nichts aus. Ein Anhaltspunkt für die ablehnende Ansicht lässt sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG konstruieren, welcher die Arbeitsleistung, nicht aber die Bereitschaftsleistung, in den Blick nimmt. Allerdings ist dieses Argument keineswegs zwingend. Zum einen ist es eher fernliegend, dass mit einer Regelung über die Fälligkeit des Mindestlohns dessen sachlicher Anwendungsbereich *en passant* abschließend bestimmt wird. Vor allem aber ist der Arbeitnehmer auch hinsichtlich der Bereitschaftsvergütung schutzbedürftig. Der Zweck des MiLoG – die Vermeidung jedenfalls unangemessener Löhne – verlangt neben der Arbeitsleistung gleichermaßen auch für Bereitschaftsleistungen die Sicherung einer Vergütungsuntergrenze. Letzterer Gedanke macht es erforderlich, den Begriff der Zeitsunde extensiv auszulegen, sodass auch Bereitschaftszeiten dem MiLoG unterfallen.

Vor diesem Hintergrund wäre es kaum begründbar, nur *Bereitschaftsdienst* als mindestlohnpflichtig anzusehen. Weder der Wortlaut *Zeitsunde* noch die Gesetzgebungshis-

torie bieten eine Basis, um zwischen selbstbestimmtem und fremdbestimmtem Bereitschaftsort zu unterscheiden. Die Wertungen des ArbZG sind auf das Vergütungsrecht nicht übertragbar.¹⁰⁵ Weiterhin erweist sich die suggerierte Grundverschiedenheit zwischen *Rufbereitschaft* und *Bereitschaftsdienst* bei genauerem Hinsehen als hinfällig. Auch bei der *Rufbereitschaft* muss der Arbeitnehmer die Arbeit innerhalb eines bestimmten Zeitraums aufnehmen. Wenn die Arbeitsaufnahme nur an einem bestimmten Ort erfolgen kann, muss sich der Arbeitnehmer somit bei seiner Wahl auf solche Aufenthaltsorte beschränken, die eine zeitnahe Arbeitsaufnahme am Arbeitsort erlauben.¹⁰⁶ Die Intensität der Beschränkung mag dabei geringer sein als beim *Bereitschaftsdienst*. Eine grundsätzliche Ortsgebundenheit im weiteren Sinne ist jedoch bei beiden Bereitschaftsformen gegeben.¹⁰⁷ Dem Wesen nach handelt es sich bei beiden Bereitschaftsformen um eine Beschränkung verbunden mit der Verpflichtung, bei Bedarf tätig zu werden. Das Telos des MiLoG ist unabhängig von den Bereitschaftsmodalitäten einschlägig. Die *Zeitsunde* i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG muss mithin alle Bereitschaftszeiten unabhängig von ihrer Ausgestaltung erfassen.

II. Rechtsfolge: Reduzierter Anspruchsinhalt bei Bereitschaftszeiten?

Aus der dargestellten Anwendbarkeit des MiLoG auf Bereitschaftszeiten folgt nach der gesetzlichen Konzeption ein Vergütungsanspruch in (voller) Höhe des geltenden pauschalen Mindestlohnsatzes, wie er sich aus § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG i.V.m. der aktuellen Mindestlohnanpassungsverordnung ergibt. Ein an die Ausgestaltung der *Zeitsunde* angepasster Anspruchsinhalt ist nicht vorgesehen.

1. Kritik an der aktuellen Regelung

Diese einheitliche Rechtsfolge erscheint mit Blick auf die Intensitätsunterschiede zwischen Arbeit und Bereitschaft¹⁰⁸ im Kontext der mit dem MiLoG bezweckten Mindestäquivalenz¹⁰⁹ problematisch.

Hinsichtlich der verschiedenen Leistungen des Arbeitnehmers – Arbeit und Bereitschaft – ergeben sich erhebliche qualitative Unterschiede. Während er bei der Arbeitsleistung vollständig in Anspruch genommen wird, werden ihm bei der Bereitschaft, je nach Ausgestaltung, umfangreiche Freiräume eingeräumt. Eine aktive Tätigkeit leistet er dabei nicht. Er ist im Grundsatz frei darin, zu tun, was ihm beliebt. So kann während der Bereitschaftsleistung die Möglichkeit bestehen, Freizeitaktivitäten nachzugehen, zu schlafen oder zu essen. Sowohl die geistige als auch die

¹⁰² Vaupel, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen im Arbeits- und Verbraucherrecht, 2006, S. 45, 51 f.; Rödl (Fn. 100); Riechert/Nimmerjahn (Fn. 27), Einf. Rn. 71 ff.

¹⁰³ BT-Drucks. 18/1558 S. 1, 27 f., 34.

¹⁰⁴ D. I. 2.

¹⁰⁵ D. I. 2.

¹⁰⁶ BAG NZA 1992, 560.

¹⁰⁷ BAG NZA 2021, 1048 Rn. 14 ff.; Riechert/Nimmerjahn (Fn. 27), § 1 Rn. 64.

¹⁰⁸ D. I. 2.

¹⁰⁹ D. I. 4.

körperliche Belastung ist bei der Bereitschaft zumeist geringer als bei der Arbeit. Dass die Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer grundsätzlich deutlich mehr abverlangt als die Bereitschaftsleistung, zeigt auch ein Blick auf die gängige Vertragspraxis, in der für Bereitschaftszeit regelmäßig eine geringere Vergütung als für Arbeit vereinbart wird. Solche Abreden werden aufgrund der unterschiedlichen Intensität für den Arbeitnehmer allgemein als zulässig angesehen.¹¹⁰ So entschied das BAG, dass *Bereitschaftsdienst* niedriger vergütet werden kann, weil dieser im Vergleich zur Arbeit eine insgesamt „minder wertvolle Dienstleistung“ darstelle.¹¹¹ Dies muss erst recht für die *Rufbereitschaft* gelten, die häufig eine noch geringere Beschränkung für den Arbeitnehmer bedeutet.¹¹²

Wenn aber zwischen Arbeits- und Bereitschaftsleistung solch gravierende Unterschiede bestehen, kann die Frage, welche Vergütung mindestens erforderlich ist, um jedenfalls unangemessene Entgelte zu vermeiden, nicht mit einer einheitlichen Mindestlohnhöhe beantwortet werden.¹¹³ Eine Anspruchsgrundlage, die auf Vergütungsangemessenheit abzielt,¹¹⁴ muss auf grundlegende, allgemein feststellbare Unterschiede in der Leistungsbeschaffenheit reagieren, auch wenn es um eine Mindestangemessenheit geht. Dies kann eine einheitliche Mindestvergütung für jede *Zeitstunde* nicht leisten. Im Gegenteil widerspricht ein Mindestlohnsatz, der Arbeit und Bereitschaft gleichbehandelt, gegen den Äquivalenzgedanken,¹¹⁵ und zwar unabhängig von seiner aktuellen Höhe. Denn er würde behaupten, dass für ungleiche Leistungen die gleiche Gegenleistung erforderlich sei, damit eine Mindestäquivalenz erreicht wird. Diese Aussage wäre auch im verfassungsrechtlichen Kontext fragwürdig. Mit dem Mindestlohn ist ein Eingriff in die (Tarif-)Vertragsfreiheit und die Eigentumsfreiheit des Arbeitgebers nach dem Grundgesetz (Art. 9 Abs. 3, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) verbunden.¹¹⁶ Die Rechtfertigung dieses Eingriffs erfordert, dass die gesetzliche Regelung erforderlich ist. Sie muss mithin das mildeste Mittel sein, um den Regelungszweck¹¹⁷ zu erreichen.¹¹⁸ Ein fester Mindestlohnsatz kann aber nicht gleichzeitig das mildeste Mittel sein, um sowohl für die Arbeitsleistung als auch für die „minder wertvolle“ Bereitschaftsleistung eine jedenfalls unangemessene Vergütung zu verhindern.¹¹⁹

Letztlich liegt es auch nahe, dass der undifferenzierte Anspruchsinhalt der Hauptgrund dafür ist, dass – entgegen der hier vertretenen Auffassung¹²⁰ – nahezu das gesamte Meinungsspektrum einen Mindestlohnanspruch für Bereitschaftszeiten ganz oder teilweise¹²¹ nicht gewährt. So kritisieren etwa *Richert/Nimmerjahn*, dass „ein Zeitraum [...] entweder voll oder gar nicht mindestlohnpflichtig [ist]“ und „differenzierte Vergütungsstrukturen [...] mindestlohnrechtlich nicht möglich“ sind.¹²² Daraus ziehen sie sodann den Schluss, dass das MiLoG auf Bereitschaftszeit insgesamt nicht anwendbar sein kann, da die Gewährung der Mindestlohnhöhe für diese Zeiten nicht erforderlich ist.¹²³ Diese Ausführungen beschreiben treffend die missliche Situation bei der Anwendung des MiLoG: Bislang sehen sich Rechtsprechung und Literatur dazu gezwungen, zu entscheiden, für welche synallagmatischen Leistungen des Arbeitnehmers es (noch) gerechtfertigt erscheint, den Mindestlohn zu gewähren und welche (weniger wertvollen) Tätigkeiten einer Mindestvergütung in dieser Höhe nicht bedürfen. Diese kategorische Abgrenzung geht stets zulasten des Arbeitnehmers, weil er einer unangemessen niedrigen Vergütung für die – als nicht mindestlohnpflichtig angesehene – Bereitschaft weitgehend schutzlos ausgeliefert ist. So führt die einheitliche Mindestlohnhöhe auch faktisch dazu, dass das MiLoG seinen Schutzzweck nicht vollständig erfüllen kann. Zusammenfassend lässt sich also Folgendes festhalten: Der Zweck des MiLoG, die Herstellung eines Mindestmaßes an Austauschgerechtigkeit, verlangt für Bereitschaftszeiten gleichzeitig sowohl eine umfassende Anwendung des Mindestlohnanspruchs dem Grunde nach als auch eine Abstufung der Höhe nach.

2. Teleologische Reduktion?

Ein Lösungsansatz *de lege lata*, der diesen Anforderungen gerecht wird, könnte in einer teleologischen Einschränkung der Rechtsfolge von § 1 Abs. 1, Abs 2 S. 1 MiLoG liegen. Die teleologische Reduktion, bei der die Rechtsfolge einer Norm für bestimmte Fälle vollständig ausgeschlossen wird, gehört zum Standardrepertoire der juristischen Methode.¹²⁴ Der Sinn und Zweck des Gesetzes kann es aber auch erfordern, die Rechtsfolge einer anwendbaren Norm nur teilweise bzw. abgeschwächt durchgreifen zu lassen, statt sie vollständig auszuschließen. Dies ist höchstrichterlich und in der Literatur anerkannt.¹²⁵ Weil die Rechtsfolge dabei nicht ausgeschlossen, sondern lediglich eingeschränkt

¹¹⁰ BAG NZA 2019, 1656 Rn. 21; *Kock* (Fn. 20), § 2 ArbZG Rn. 11.

¹¹¹ BAG NJOZ 2008, 4189 Rn. 35.

¹¹² D. I. 2., 5.

¹¹³ So ausdrücklich auch *Wank*, RdA 2022, 113 (118) (120): „Für Zeiten des Bereitschaftsdienstes kann jedenfalls nicht der volle Mindestlohn zu zahlen sein“.

¹¹⁴ D. I. 4. a.E.

¹¹⁵ D. I. 4. a.E.

¹¹⁶ Ausführlich *Lobinger*, ZfA 2016, 99 (111).

¹¹⁷ Dazu D. I. 4. a.E.

¹¹⁸ *Rux*, in: BeckOK GG, 53. Edition 2022, Art. 20 Rn. 196.

¹¹⁹ Ähnlich bereits *Richert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 51.

¹²⁰ D. I. 5.

¹²¹ Namentlich für die „Rufbereitschaft“, D. I. 1.

¹²² *Richert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 51.

¹²³ *Richert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 51.

¹²⁴ *Larenz* (Fn. 92), S. 391 ff.; *Möllers* (Fn. 90), S. 244, Rn. 92; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage 2020, § 8 Rn. 34.

¹²⁵ BVerfGE 85, 69 (74) = NJW 1992, 890 (891); *Jacobi*, Methodenlehre der Normwirkung – Die Normwirkung als Maßstab der Rechtsgewinnung, 2008, S. 324 ff.; *Preis*, in: ErfK, 23. Auflage 2023, § 611a BGB Rn. 151.

wird, ist der Eingriff in das gesetzgeberische Regelungskonzept milder als bei der vollständigen teleologischen Reduktion. Folglich muss die teleologische Einschränkung der Rechtsfolge im Grundsatz erst recht zulässig sein.

Eine Beschränkung des Anspruchsinhalts für Bereitschaftszeiten schlägt auch *Wank*¹²⁶ vor. Nach seiner Auffassung habe diese Anwendung des MiLoG aber nichts mit Rechtsfortbildung zu tun. Die Kürzung ließe sich bereits mit einer gesetzeskonkretisierenden Auslegung erreichen. Diese Herangehensweise überzeugt nicht. Richtig ist zwar, dass § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 MiLoG hinsichtlich des Begriffs der Zeitstunde einer Konkretisierung bedarf und fähig ist. Dies gilt aber gerade nicht für die *Rechtsfolge* des Mindestlohnanspruchs – die Höhe –, welche eindeutig und unmissverständlich formuliert ist. Eine Differenzierung im Anspruchsinhalt ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht möglich. Das taugliche methodische Instrument für eine Einschränkung ist folglich die Rechtsfortbildung in Form der teleologischen Reduktion.

a) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen einer teleologischen Einschränkung gleichen denen der teleologischen Reduktion.¹²⁷ Es ist erforderlich, dass sich zwei Situationen, die dem Anwendungsbereich einer Norm unterfallen, derart unterscheiden, dass eine vollständige Gleichbehandlung als mit dem Normzweck unvereinbar erscheint.¹²⁸ Nach den bisherigen Ergebnissen sind diese Voraussetzungen im Ausgangspunkt erfüllt: Arbeit und Bereitschaft sind so ungleichwertig, dass für die Vermeidung jedenfalls unangemessener Löhne eine Vergütungsuntergrenze in gleicher Höhe nicht sachgerecht erscheint. Der Gesetzgeber scheint bei der Ausgestaltung der Mindestlohnrechtsfolge lediglich die Arbeitsleistung vor Augen gehabt zu haben. Das Bedürfnis einer differenzierten Regelung für Bereitschaftszeiten wurde dabei offenbar übersehen, da die Problematik in den Gesetzgebungsmaterialien nicht einmal angesprochen wird.¹²⁹ Ein *beredtes Schweigen*¹³⁰ kann folglich ausgeschlossen werden. Damit ist der aktuelle Rechtszustand auch planwidrig.

b) Ausgestaltung

Die teleologische Reduktion der Rechtsfolge des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG für Bereitschaftszeiten erscheint mithin zumindest im Ausgangspunkt zulässig.¹³¹ Dies müsste durch die Hinzufügung einer sinngemäßen Einschränkung erfolgen.¹³²

Ein vollständiger Ausschluss des Mindestlohns bzw. eine Reduzierung der Höhe auf Null wäre nicht sachgerecht. Im Gegenteil ist für Bereitschaft ebenso wie für Arbeit die Regelung einer Mindestvergütung erforderlich,¹³³ lediglich ein Mindestlohnsatz in gleicher Höhe erscheint nicht angemessen.¹³⁴ Dem Gedanken der Austauschgerechtigkeit folgend wäre stattdessen der Mindestlohnsatz entsprechend dem Unterschied zwischen Arbeit und Bereitschaft herabzusetzen.¹³⁵

Dabei müsste in den Blick genommen werden, wie die Leistung aus Sicht des Arbeitnehmers zu bewerten ist. Zentral für diese Perspektive ist die Frage, wie sehr der Arbeitnehmer durch die Bereitschaft in Anspruch genommen wird. Dabei wäre insbesondere zu würdigen, wie umfangreich die Beschränkung für den Arbeitnehmer durch die Bereitschaft ausfällt und ob sie ihm im Vergleich zur Arbeitsleistung mehr Freiheit einräumt (Bereitschaftsintensität). Inwieweit der Arbeitnehmer durch die Bereitschaft beschränkt ist, bestimmt sich nach verschiedenen Faktoren: Ein wichtiges Kriterium ist dabei, wie frei der Arbeitnehmer in der Wahl seines Bereitschaftsortes ist. Zu berücksichtigen ist zudem, wie viel Zeit dem Arbeitnehmer bleibt, um aus dem Zustand des Bereithaltens in die Arbeitstätigkeit zu wechseln. Auch die abstrakt zu erwartende Häufigkeit von erforderlichen Wechseln in die Arbeitszeit ist relevant. Eine häufig unterbrochene Bereitschaftszeit ist intensiver als eine kontinuierliche. Auch der für die konkrete Bereitschaftsleistung erforderliche körperliche und geistige Zustand des Arbeitnehmers gibt Aufschluss über ihre Intensität. Für die konkrete Einschränkung wären zwei Wege denkbar: Entweder könnte die Bereitschaftsintensität für jeden Einzelfall festgestellt und der zu zahlende Mindestlohn daran ausgerichtet werden. Oder es erfolgt eine Reduktion anhand von im Vorhinein festgelegten abstrakt-generellen Abstufungen.¹³⁶

c) Bewertung

Für eine Reduktion im Allgemeinen spricht, dass sich das MiLoG umfassend anwenden ließe und gleichzeitig der Umstand berücksichtigt würde, dass eine einheitliche Vergütungsuntergrenze für sämtliche Leistungen im Arbeitsverhältnis nicht sachgerecht ist. Damit entzöge diese Rechtsanwendung den Mindestlohnanspruch für Fälle der Bereitschaft dem Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit.

Hervorzuheben ist, dass das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG und das daraus

¹²⁶ *Wank*, RdA 2022, 113 (120 f.).

¹²⁷ *Jacobi* (Fn. 125), S. 324 f.

¹²⁸ *Möllers* (Fn. 90), S. 420, Rn. 68; *Larenz* (Fn. 92), S. 392.

¹²⁹ BT-Drucks. 18/1558.

¹³⁰ *Möllers* (Fn. 90), S. 235 Rn. 64, S. 249 Rn. 108 ff.; *Muthorst* (Fn. 124), § 8 Rn. 6 ff.

¹³¹ So auch *Wank*, RdA 2022, 113 (119 f.), allerdings unter dem Gesichtspunkt der konkretisierenden Auslegung.

¹³² *Larenz* (Fn. 92), S. 391 f.

¹³³ D. I. 5., II. 1. a.E.

¹³⁴ D. II. 1.

¹³⁵ Demgegenüber will *Wank*, RdA 2022, 113 (119 f.), den Mindestlohn um so viel kürzen, wie nach der Vergütungsabrede der Lohn für Stunden der Bereitschaftszeit unter dem für Arbeitszeit liegt. Problematisch ist dabei, dass die Höhe des Mindestlohnes im Einzelfall zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien gestellt wird.

¹³⁶ Eine beispielhafte Abstufung findet sich unter D. II. 2.

folgende Verbot der Rechtsfortbildung¹³⁷ einer teleologischen Reduktion von § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG nicht entgegensteht. Zwar erfüllt die Verletzung der Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns den Ordnungswidrigkeitstatbestand nach §§ 20, 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG. Ordnungswidrigkeiten sind auch eine Bestrafung i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG.¹³⁸ Es ist jedoch anerkannt, dass die Zivilrechtsakzessorität eines Straf- oder Bußgeldtatbestands – jedenfalls im Kontext einer zivilrechtlichen Fragestellung wie hier – nicht dazu führt, dass die in Bezug genommene Zivilrechtsvorschrift bzw. ihre Auslegung an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen ist.¹³⁹ Ohnehin würde es sich bei einer teleologischen Einschränkung des Mindestlohnanspruchs um eine Rechtsfortbildung *zugunsten* des Täters i.S.d. § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG handeln, was von Art. 103 Abs. 2 GG nicht verboten ist.¹⁴⁰

Der Vorteil einer im konkreten Einzelfall bestimmten Rechtsfolgenreduktion wäre, dass sich die vom MiLoG bezweckte Mindestäquivalenz bestmöglich erreichen ließe. Insoweit bestehen allerdings erhebliche Zweifel hinsichtlich der Praktikabilität. Denn wenn sich der geltende Mindestlohnsatz im Rahmen von Bereitschaftszeiten nach der im jeweiligen Einzelfall festzustellenden Bereitschaftsintensität richten würde, bedeutete dies im Ergebnis eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die Parteien des Arbeitsvertrags, welche die Minimalvergütung für Bereitschaftszeiten vereinbaren wollen. Auch jenseits von Art. 103 Abs. 2 GG sind bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung Überlegungen zur Rechtssicherheit der neuen Regelung anzustellen.¹⁴¹ Rechtsfortbildung muss eine in der Rechtspraxis durchführbare Lösung gewährleisten, ansonsten ist sie unzulässig.¹⁴² Im vorliegenden Kontext erscheint es den Parteien des Arbeitsvertrags nicht zumutbar, sämtliche Besonderheiten der von ihnen vereinbarten Bereitschaftszeit in die Vergütungsgestaltung miteinzubeziehen. Zudem basiert der Anspruch auf Mindestlohn seiner Natur nach auf einer abstrakten Bewertung der Leistung, sodass sich eine Einschränkung im Einzelfall nur schwerlich in das aktuellen Regelungskonzept einfügen ließe. Damit ist jedenfalls eine rein einzelfallorientierte Lösung abzulehnen.

Vor diesem Hintergrund wäre mithin allein eine pauschalierte Reduktion des Mindestlohnsatzes in bestimmten, von vornherein festgelegten Abstufungen der Bereitschaftsin-

tensität vorstellbar.¹⁴³ Es ist keineswegs unüblich, dass die Gerichte im Wege der Rechtsfortbildung konkret bezifferte prozentuale Grenzen, Fallgruppen oder Tatbestandsmerkmale festsetzen, an denen sich die Rechtspraxis orientieren kann.¹⁴⁴ Eine entsprechende Vorgehensweise wäre wünschenswert, ist aber in Anbetracht der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BAG zu diesem Thema¹⁴⁵ nicht zu erwarten.

3. Ausdifferenzierte Regelung durch den Gesetzgeber

Aufgrund der unbefriedigenden Rechtslage¹⁴⁶ ist jedenfalls ein Tätigwerden des Gesetzgebers gefragt.¹⁴⁷ Denkbar wäre eine Regelung wie die folgende:

§ 1 MiLoG

(1) [keine Änderungen]

(2)¹ Die Höhe des Mindestlohns beträgt 12 Euro je *Arbeitsstunde*.

² Die Höhe des Mindestlohns kann auf Vorschlag einer ständigen Kommission der Tarifpartner (Mindestlohnkommission) durch Rechtsverordnung der Bundesregierung geändert werden. ³ Für *Bereitschaftszeit* beträgt die Höhe des Mindestlohns bei hoher *Bereitschaftsintensität* 70 vom Hundert, im Übrigen 30 vom Hundert der nach Satz 1 und 2 festgesetzten Vergütung.

⁴ *Bereitschaftszeit* im Sinne des Satzes 3 liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dafür sorgt, dass er eine Bedarfsmeldung registrieren und darauf adäquat mit der Arbeitsleistung reagieren kann und den Willen dazu hat. ⁵ Eine hohe *Bereitschaftsintensität* im Sinne des Satzes 3 liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer nach den Umständen der *Bereitschaft* nicht erheblich darin beschränkt ist, seine Zeit frei einzuteilen, also sich insbesondere seinen persönlichen Interessen und Bedürfnissen zu widmen.

⁶ Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen

1. der erforderliche geistige und körperliche Zustand während der *Bereitschaftszeit*,
2. die Beschränkung des Aufenthaltsorts und
3. der maximal zulässige Zeitraum bis zur *Arbeitsaufnahme*.

Eine solche Regelung¹⁴⁸ hätte mehrere Vorteile. Sie würde die begriffliche Unklarheit („Zeitstunde“) bereinigen und klarstellen, was bereits nach aktueller Gesetzeslage – freilich nur nach der hier vertretenen Auffassung – gilt: Sämtliche *Bereitschaftszeiten* (d.h. auch *Rufbereitschaft*) sind mit dem Mindestlohn zu vergüten. Gleichzeitig würde sie entsprechend des Äquivalenzgedankens eine an die Unterschiede von Arbeits- und *Bereitschaftsleistung* angepasste Mindestlohnhöhe gewährleisten. Daran anknüpfend würde berücksichtigt, dass auch im Rahmen der *Bereitschaftsleistung* gravierende Unterschiede hinsichtlich der Inanspruch-

¹³⁷ *Kment*, in: Jarass/Pieroth GG, 17. Auflage 2022, Art. 103 Rn. 72 ff.

¹³⁸ BVerfGE 38, 348 (371) = NJW 1975, 727; BVerfG NJW 2022, 139 Rn. 154; *Radke*, in BeckOK GG, Art. 103 Rn. 19.

¹³⁹ BVerfG NJW 1988, 2593, 2594; *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 21 Rn. 6.

¹⁴⁰ *Radtke*, in BeckOK GG, Art. 103 Rn. 41.

¹⁴¹ *Möllers* (Fn. 90), S. 228 Rn. 42.

¹⁴² *Möllers* (Fn. 90), S. 228 Rn. 42 ff.

¹⁴³ Eine beispielhafte Regelung findet sich unter D. II. 3.

¹⁴⁴ BGH NZM 2004, 456 (Mietminderung erst ab Wohnraumdifferenz von 10 %; „im Interesse der Praktikabilität und Rechtssicherheit“); BGH NJW

2014, 1652 Rn. 2 (Missverhältnis i.S.d. § 138 BGB, 100 %-Grenze); BGH NJW 1992, 305 (Ersatzfähige Reparaturkosten bei KFZ-Totalschaden, 130 %-Grenze).

¹⁴⁵ BAG NZA 2016, 1332 Rn. 27 ff.; NZA 2021, 1398 Rn. 35 ff.

¹⁴⁶ D. I. 1, II. 1.

¹⁴⁷ So auch *Thüsing* (Fn. 9), S. 111; *Wank*, RdA 2022, 113 (120).

¹⁴⁸ Im Ansatz schlägt auch *Thüsing* (Fn. 9), S. 111 f., eine Regelung vor, welche für *Bereitschaftszeiten* einen prozentual verminderten Mindestlohn vorsieht.

nahme des Arbeitnehmers bestehen können. Der Rechtssicherheit wird durch die pauschalierten Abstufungen Rechnung getragen. Die doppelte Verneinung im vorgeschlagenen Satz 5 bezweckt eine Beweisbelastung des Arbeitgebers hinsichtlich des Vorliegens einer niedrigen Bereitschaftsintensität.

E. Fazit

I. Der Arbeitnehmer hält sich bereit, wenn er objektiv dafür sorgt, dass er eine Bedarfsmeldung registrieren und darauf adäquat mit der Arbeitsleistung reagieren kann und subjektiv den Willen dazu hat (Allgemeiner Bereitschaftstatbestand). Bei der typischen live-in Betreuung halten sich die Pflegekräfte in großem zeitlichem Umfang – bis zu 16 Stunden täglich – bereit.

II. Diese Bereitschaftszeiten lassen sich den Pflegeagenturen umfassend vergütungsrechtlich zurechnen. Es reicht dafür aus, wenn diese die Pflegekräfte wissentlich in ein

Umfeld entsenden, in denen die überobligatorische Bereitschaftsleistung besonders wahrscheinlich ist.

III. Zweck des MiLoG ist nicht die Existenzsicherung des Arbeitnehmers, sondern die Vermeidung jedenfalls unangemessener Mindestvergütungen. Der jeweils geltende Mindestlohnsatz soll das Mindestmaß an Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung absichern, welches durch das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gefährdet ist.

IV. Für sämtliche zurechenbare Bereitschaftszeiten ist der Mindestlohn nach dem MiLoG zu bezahlen.

V. Wegen der erheblichen Unterschiede zwischen Arbeit und Bereitschaft ist die einheitliche Anspruchshöhe problematisch. Weil eine Differenzierung *de lege lata* erhebliche Schwierigkeiten bereitet, ist hier der Gesetzgeber aufgefordert, eine angemessene Regelung zu schaffen.

Alexander Lübke*

Die Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport

Um Steuervorteile wird immer wieder gestritten. Im Bereich der Gemeinnützigkeit betrifft dies insbesondere den Sport. Hier besteht sowohl Uneinigkeit darüber, welche Tätigkeiten als Sport i.S.d. AO gemeinnützig sind, als auch darüber, ob Sport überhaupt gemeinnützig sein sollte. Die Frage nach der grundsätzlichen Berechtigung der Aufnahme in den Katalog der gemeinnützigen Zwecke wird auch für Schach gestellt – hier erhält sie aber deutlich weniger Aufmerksamkeit. Seit Neuerem wird darüber hinaus verstärkt über den E-Sport debattiert. Handelt es sich bei diesem auch um Sport? Oder kann er vielleicht auf anderer Grundlage als gemeinnützig eingestuft werden? Oder ist dem E-Sport die Gemeinnützigkeit gänzlich zu versagen? Im folgenden Beitrag werden diese Aspekte unter Beachtung der Situation de lege lata und der Optionen de lege ferenda untersucht.

Inhaltsübersicht

A. Einführung	31
B. Gemeinnützigkeit	31
I. Privilegierung gemeinnütziger Körperschaften	31
II. Verfassungsrechtlicher Rahmen	31
III. Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit	32
1. Selbstlose Förderung der Allgemeinheit auf bestimmten Gebieten	32
2. Katalog und Öffnungsklausel, § 52 Abs. 2 AO	33

C. Begriffsbestimmungen	33
I. Sport	33
II. Schach	33
III. E-Sport	34
D. Betrachtung der Situation de lege lata	34
I. Sport	34
1. Sportbegriff	34
2. Abgrenzung in Einzelfällen	35
3. Zwischenfazit	39
II. Schach	39
III. E-Sport	39
1. E-Sport ohne besondere körperliche Bewegungen	40
2. E-Sport mit besonderen körperlichen Bewegungen	42
3. Virtuelles Schach	42
4. Zwischenfazit	42
E. Bewertung der Optionen de lege ferenda	42
I. Sport	42
1. Argumente für und gegen die Gemeinnützigkeit des Sports	43
2. Stellungnahme	44
3. Zwischenfazit	44
II. Schach	45
III. E-Sport	45
F. Fazit	46

* Der Verfasser studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Allgemeines Steuerrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen.