

# Bundesarbeitsgericht

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 1 Abs 1, Abs 2, Abs 3 MiLoG; § 24 Abs 1 MiLoG aF; § 2 Abs 3 S 3 3.Pflege ArbStättV

- 1. Die in der 2. und 3. PflegeArbStättV festgelegten Grundsätze zur Bemessung des Mindestentgelts in der Pflegebranche gehen gemäß § 1 Abs. 3 MiLoG iVm. § 24 Abs. 1 MiLoG aF im Geltungsbereich der Verordnungen dem im Mindestlohngesetz geregelten Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn vor.**
- 2. Soweit die Höhe der auf Grundlage der Verordnungen festgesetzten Mindestentgelte die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns nicht unterschreiten darf, betrifft dies nur die Höhe des Mindestentgelts selbst. Die Rechtsverordnungen können jedoch vom Mindestlohngesetz abweichende Regelungen zur Bemessung der Arbeitsleistung als Arbeitszeit vorsehen.**

BAG, Urteil vom 24.06.2020 Az. : 5 AZR 93/19

#### **Tenor:**

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. November 2018 - 18 Sa 995/18 - wird als unzulässig verworfen.
2. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. November 2018 - 18 Sa 995/18 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 9. August 2018 - 1 Ca 487/18 - abgeändert und den Beklagten zur Zahlung von 854,83 Euro nebst Zinsen verurteilt hat. Die Berufung der Klägerin gegen das bezeichnete Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn wird auch insoweit zurückgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

#### **Tatbestand:**

1

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche nach dem Mindestlohngesetz.

2

Die Klägerin ist seit dem 1. Oktober 2015 bei dem beklagten Caritasverband e.V. in einer ambulant betreuten Wohngemeinschaft als teilzeitbeschäftigte Alltagsbegleiterin in der Nachtwache eingestellt. Im Arbeitsvertrag ist vereinbart, dass sie im Monat bis zu sieben Nachtwachen in der Zeit von 20:00 bis 07:00 Uhr zu leisten hat und diese aus Bereitschaftszeit und Arbeitszeit bestehen. Aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme finden die „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR)“ in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung.

3

Seit ihrem Dienstantritt im Oktober 2015 ist die Klägerin in der Wohngemeinschaft „K“ eingesetzt. Ihre Aufgabe besteht darin, nachts auf Hilfeanforderungen der Bewohner zu reagieren und diese beispielsweise bei einem Toilettengang zu begleiten oder bei Schlafstörungen zu beruhigen. Die Grund- und Behandlungspflege gehört nicht zu ihren Aufgaben. Gelegentlich wird sie zu internen Fortbildungen und Dienstbesprechungen herangezogen. Im Dienstvertrag ist eine Eingruppierung in der Vergütungsgruppe 11 Anlage 1 zu den AVR vorgesehen.

4

In den AVR ist im Allgemeinen Teil ua. Folgendes geregelt:

#### „§ 9a Arbeitszeit

Die Arbeitszeit aller Mitarbeiter bestimmt sich nach den Arbeitszeitreglungen der Anlagen 5, ... zu den AVR. ...“

5

In der Anlage 5 zu den AVR heißt es ua.:

#### „§ 1 Arbeitszeit, Ruhepausen, Ruhezeiten

(1)

Die regelmäßige Arbeitszeit der Mitarbeiter beträgt durchschnittlich 39 Stunden in der Woche. ...

#### § 1a Teilzeitbeschäftigung

(1)

Mit vollbeschäftigten Mitarbeitern soll auf Antrag eine geringere als die regelmäßige Arbeitszeit vereinbart werden, wenn sie

...

#### § 1b Arbeitszeitverkürzung durch freie Tage

(1)

Der Mitarbeiter wird in jedem Kalenderjahr an einem Arbeitstag ... von der Arbeit freigestellt. Für die Zeit der Freistellung erhält der Mitarbeiter die Dienstbezüge ... und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen fortgezahlt.

...

#### § 8 Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft in Krankenhäusern und Heimen

(1)

Abweichend von § 7 gilt diese Bestimmung für Mitarbeiter in ...

c)  
sonstigen Einrichtungen und Heimen, in denen die betreuten Personen in ärztlicher Behandlung stehen, und in Altenpflegeheimen und Pflegebereichen in Altenheimen oder

d)  
Einrichtungen und Heimen, die der Förderung der Gesundheit, der Erziehung, Fürsorge oder Betreuung von Kindern und Jugendlichen, der Fürsorge oder Betreuung von Obdachlosen, Alten, Gebrechlichen, Erwerbsbeschränkten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen dienen, auch wenn diese Einrichtungen nicht der ärztlichen Behandlung der betreuten Personen dienen.

(2)  
Bereitschaftsdienst leisten Mitarbeiter, die sich auf Anordnung des Dienstgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Dienstgeber bestimmten Stelle aufhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen. ...

#### § 9 Bereitschaftsdiens- und Rufbereitschaftsentgelt in Krankenhäusern und Heimen

...

(2)  
Zum Zwecke der Vergütungsberechnung der unter § 8 Abs. 1 Buchstabe (d) fallenden Mitarbeiter wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit mit 25 v.H. als Arbeitszeit bewertet. Leistet der Mitarbeiter in einem Kalendermonat mehr als acht Bereitschaftsdienste, wird die Zeit eines jeden über acht Bereitschaftsdienste hinausgehenden Bereitschaftsdienstes zusätzlich mit 15 v.H. als Arbeitszeit gewertet.

(2a)  
Zusätzlich zu Abs. 1 und Abs. 2 wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit in der Zeit von 20.00 bis 6.00 Uhr mit einem Zuschlag in Höhe von 15 v.H. der Stundenvergütung nach § 2 der Anlage 6a zu den AVR vergütet.

(3)  
Für die nach Absatz 1 und Absatz 2 errechnete Arbeitszeit wird die Überstundenvergütung nach § 1 Abs. 3 Unterabsatz 2 der Anlage 6a zu den AVR bezahlt. Für die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit und für die Zeit der Rufbereitschaft werden Zeitzuschläge nicht gezahlt.

...“

6  
Innerhalb einer Nachtwache bewertet der Beklagte die Zeit von 20:00 bis 21:00 Uhr und von 05:45 bis 07:00 Uhr (= 2,25 Stunden, in Dezimalzahlen ausgedrückt) als Arbeitszeit und die Zeit von 21:00 bis 05:45 Uhr als Bereitschaftsdienst. Die Zeit des Bereitschaftsdienstes fakturierte der Beklagte mit 25 % (8,75 Stunden x 25 % = 2,19

Stunden). Auf die 8,75 Stunden Bereitschaftsdienstzeit hat er einen Nachzuschlag iHv. 15 % (= 1,31 Stunden) sowie auf die fakturierte Stundenzahl von 2,19 Stunden einen Überstundenzuschlag von 25 % (= 0,55 Stunden) in Ansatz gebracht und damit insgesamt 6,3 Stunden (2,25 + 2,19 + 1,31 + 0,55) unter Zugrundelegung eines Stundenentgelts von zuletzt 10,86 Euro vergütet (= 68,42 Euro je Nachtwache).

7

Die Klägerin hat mit ihrer Klage Differenzvergütung für den Zeitraum von Oktober 2015 bis Dezember 2017 unter Benennung der Nachtdienste, des Freizeitausgleichs, der Fortbildungs- und Dienstbesprechungszeiten sowie der Urlaubs- und Arbeitsunfähigkeitszeiten geltend gemacht. Sie hat gemeint, der Beklagte sei verpflichtet, die gesamte Zeit der Nachtwache mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten.

8

Die Klägerin hat in der Revision zuletzt beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 5.451,65 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 907,68 Euro seit dem 2. Januar 2016, aus 3.689,14 Euro seit dem 2. Januar 2017 und aus 854,83 Euro seit dem 2. Januar 2018 zu zahlen.

9

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, die Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) und der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen, insbesondere der Zweiten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (Zweite Pflegearbeitsbedingungenverordnung - 2. PflegeArbbV) - gingen dem Mindestlohngesetz vor, so dass Ansprüche auf gesetzlichen Mindestlohn nicht bestünden. Die sich aus der 2. PflegeArbbV ergebenden Entgeltansprüche habe er erfüllt. Hiernach könne die Klägerin Vergütung für 2,25 Stunden Vollarbeit und 2,19 fakturierte Stunden Bereitschaftsdienst (25 % von 8,75 Stunden) zu einem Stundenentgelt iHv. 10,20 Euro, insgesamt also 45,26 Euro je Nachtwache verlangen. Tatsächlich gezahlt habe er 68,42 Euro je Nachtwache.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und den Beklagten zur Zahlung von 854,83 Euro brutto nebst Zinsen für das Jahr 2017 verurteilt. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre abgewiesenen Zahlungsansprüche für die Jahre 2015 und 2016 weiter. Der Beklagte begehrt mit seiner Revision die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

### **Entscheidungsgründe:**

11

A. Die Revision der Klägerin ist unzulässig. Hierauf wurde die Klägerin gemäß § 139 Abs. 3 ZPO mit Schreiben des Senatsvorsitzenden vom 9. Juni 2020 hingewiesen.

12

I. Zur ordnungsgemäßen Begründung der Revision müssen gemäß § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO die Revisionsgründe angegeben werden. Bei Sachrügen sind diejenigen Umstände bestimmt zu bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergeben soll (§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO). Die Revisionsbegründung muss den angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Das erfordert eine Auseinandersetzung mit den tragenden Gründen der angefochtenen Entscheidung. Der Revisionsführer muss darlegen, warum er die Begründung des Berufungsgerichts für unrichtig hält. Allein die Darstellung anderer Rechtsansichten ohne jede Auseinandersetzung mit den

Gründen des Berufungsurteils genügt den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung ebenso wenig wie die Wiedergabe des bisherigen Vorbringens (BAG 24. Mai 2017 - 5 AZR 251/16 - Rn. 18).

13

II. Hiervon ausgehend genügt die Revisionsbegründung der Klägerin nicht den gesetzlichen Anforderungen.

14

1. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung auf S. 14/15 des Berufungsurteils ausgeführt, der Anwendungsvorrang der 2. PflegeArbbV gegenüber § 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 MiLoG gelte bis zum 31. Dezember 2016 unabhängig davon, ob der gesetzliche Mindestlohn unterschritten werde. Das folge aus § 24 Abs. 1 Satz 1 MiLoG in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (im Folgenden MiLoG aF). Die Vorschrift sehe erst ab dem 1. Januar 2017 eine Einschränkung des Geltungsvorrangs vor. Ab dem 1. Januar 2017 seien Rechtsverordnungen auf der Grundlage von § 11 AEntG nur noch dann vorrangig, wenn sie ein Entgelt iHv. mindestens 8,50 Euro brutto je Zeitstunde vorsähen. Die Vorschrift des § 24 Abs. 1 MiLoG aF stelle insoweit eine Spezialregelung gegenüber § 1 Abs. 3 MiLoG dar. Das ergebe sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und dem Sinn von § 24 Abs. 1 MiLoG aF. Hierbei handele es sich um eine Übergangsregelung, die es ermöglichen solle, die bisherigen Branchenmindestlöhne schrittweise an den gesetzlichen Mindestlohn heranzuführen. Die Bestimmungen der 2. PflegeArbbV fänden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung. Sowohl der betriebliche als auch der persönliche Geltungsbereich seien eröffnet. Die Klägerin leiste Bereitschaftsdienst im Sinne des § 2 Abs. 3 Satz 2 der 2. PflegeArbbV. Ihre Bereitschaftsdienstzeiten bestünden mindestens zu 75 % aus Zeiten ohne Arbeitsleistung. Mit der Formulierung „außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit“ werde zum Ausdruck gebracht, dass während des Bereitschaftsdienstes nicht die volle Arbeitsleistung - wie in der regelmäßigen Arbeitszeit - erbracht werden müsse.

15

2. Die Klägerin macht in ihrer Revisionsbegründung auf S. 2 im dritten und vierten Absatz geltend, die Ausnahmeregelung der 2. PflegeArbbV sei so auszulegen, dass nur dann Stundensätze unterhalb des Mindestlohns vereinbart werden könnten, wenn durch andere Zahlungen ein Mindestlohn iHv. 8,50 Euro erreicht werde. Es sei unzulässig, die „tatsächlich geleistete Arbeitsstunde“ anders zu definieren, um einen geringeren Lohn zahlen zu können, als nach dem Mindestlohngesetz bestimmt sei. Ergänzend werde die Revision auf den Vortrag in der Berufungsbegründung vom 27. September und 16. November 2018 gestützt. Damit gibt die Klägerin nur das Ergebnis ihrer Auslegung der Vorschriften wieder, ohne dieses Ergebnis auch nur ansatzweise zu begründen oder sich mit der Auslegung des Berufungsgerichts argumentativ konkret auseinanderzusetzen. Dies ist unzureichend. Der Umstand, dass sich die Klägerin ergänzend auf ihren Vortrag in der Berufungsbegründung stützt, führt nicht zu einer anderen Bewertung, da auch die bloße Wiederholung des bisherigen Vorbringens keine konkrete Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts darstellt. Die Ausführungen der Klägerin nach dem rechtlichen Hinweis zur Unzulässigkeit der Revision im Schriftsatz vom 10. Juni 2020 veranlassen keine andere Bewertung der Revisionsbegründung. Auch hier verkennt die Klägerin die gesetzlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung im Sinne einer argumentativen Auseinandersetzung mit dem Berufungsurteil.

16

B. Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf weitere Vergütung für das Jahr 2017.

17

I. Die Revision des Beklagten ist nicht bereits deshalb begründet, weil die Berufung der Klägerin unzulässig gewesen wäre. Deren Berufungsbegründung setzt sich

ausreichend mit den Gründen des erstinstanzlichen Urteils auseinander. Das hat das Landesarbeitsgericht mit zutreffenden Erwägungen erkannt. Der Beklagte hat hiergegen in der Revision auch keine Rügen erhoben.

18

II. Die Klage ist unter Berücksichtigung der in der Revision wirksam erfolgten teilweisen Klagerücknahme zulässig.

19

1. Die Klägerin hat im zweiten Rechtszug Zahlung von insgesamt 6.433,71 Euro nebst Zinsen von dem Beklagten verlangt. In der Revision hat sie unter ausdrücklicher Rücknahme der Klage im Übrigen noch Zahlung von 5.451,65 Euro nebst Zinsen gefordert. Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 9. Mai 2019 mitgeteilt, er werde der teilweisen Klagerücknahme nicht widersprechen. Damit gilt die Einwilligung in die Klagerücknahme gemäß § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO als erteilt.

20

2. Der Zahlungsantrag ist - soweit für die Revision des Beklagten von Belang - zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Nach dem Vorbringen der Klägerin ist der Antrag abschließend auf konkrete Vergütungsdifferenzen für das Jahr 2017 gerichtet und nicht nur auf einen Teil hiervon. Die Klage ist dementsprechend als abschließende Gesamtklage zu verstehen (dazu BAG 12. Dezember 2018 - 5 AZR 588/17 - Rn. 13). Den Darlegungen der Klägerin ist zu entnehmen, aus welchen Einzelforderungen sich die „Gesamtklage“ zusammensetzt (hierzu BAG 19. März 2014 - 7 AZR 480/12 - Rn. 11).

21

III. Die Klage ist in dem auf die Revision des Beklagten zu prüfenden Umfang unbegründet.

22

1. Die Klage ist bereits nicht schlüssig.

23

a) 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 für die geleisteten Arbeitsstunden im Ergebnis nicht mindestens den in § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG vorgesehenen Bruttolohn erhält. Dabei scheiden längere Berechnungszeiträume als ein Kalendermonat für die Frage, ob ein Anspruch auf Differenzvergütung entstanden ist, aus. Denn mit dem Mindestlohngesetz soll den in Vollzeit tätigen Arbeitnehmern ein Monatseinkommen „oberhalb der Pfändungsfreigrenze“ gesichert werden. Um regelmäßigen Zahlungspflichten nachkommen zu können, regelt § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MiLoG konsequenterweise die Fälligkeit des Mindestlohns spätestens am letzten Bankarbeitstag des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde (vgl. BAG 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 24 f., BAGE 155, 202). Hiervon ausgehend erfüllt der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf den gesetzlichen Mindestlohn, wenn die für einen Kalendermonat gezahlte Bruttovergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der im betreffenden Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit dem Betrag des jeweiligen gesetzlichen Mindestlohns ergibt (BAG 12. Dezember 2018 - 5 AZR 124/18 - Rn. 30).

24

b) Nach diesen Grundsätzen hätte die Klägerin zur schlüssigen Begründung ihrer auf Zahlung der Differenzvergütung zum gesetzlichen Mindestlohn gerichteten Klage für jeden einzelnen Monat des Jahres 2017 ein konkret beziffertes Unterschreiten des gesetzlichen Mindestlohns darlegen müssen. Das ist nicht erfolgt. Die Klägerin hat vielmehr im Wege einer abschließenden Gesamtklage Entgeltansprüche für das Jahr 2017 unter Benennung der in diesem Jahr insgesamt geleisteten Nachtdienste, der begehrten Freizeitausgleichsansprüche nach den AVR, der Fortbildungs- und

Dienstbesprechungszeiten sowie der Urlaubs- und Arbeitsunfähigkeitszeiten geltend gemacht. In dem schriftsätzlichen Vorbringen der Klägerin zu den Ansprüchen für das Jahr 2017 ist eine zeitliche Zuordnung zu einzelnen Monaten nicht enthalten. Die in einem nicht näher erläuterten Anlagenkonvolut vorgelegten Dienstpläne und Abrechnungen sind nicht geeignet, den entsprechend § 130 Nr. 3 ZPO erforderlichen schriftsätzlichen Parteivortrag zu ersetzen (vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 29, BAGE 141, 330).

25

c) Eines vorherigen Hinweises nach § 139 Abs. 2 ZPO auf die Unschlüssigkeit der Klage, um der Klägerin nach Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung eines fairen Verfahrens (dazu BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 54 mwN) Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vortrags zu geben, bedurfte es nicht. Der Klägerin steht auch bei unterstellter Schlüssigkeit der Klage für das Jahr 2017 kein weiterer Vergütungsanspruch zu.

26

2. Die Klägerin hat für die beim Beklagten im Jahr 2017 geleisteten Dienste keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Das Mindestlohngesetz wird durch die im Streitzeitraum anwendbaren Rechtsverordnungen, die 2. und 3. PflegeArbbV, verdrängt.

27

a) Das Landesarbeitsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass nach der Senatsrechtsprechung Bereitschaftszeit nicht nur arbeitsschutzrechtlich Arbeitszeit (§ 2 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1a ArbZG), sondern auch vergütungspflichtige Arbeit iSv. § 611a Abs. 2 BGB ist. Hierzu gehört nicht nur jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient, sondern auch eine 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. Diese Voraussetzung ist bei der Bereitschaftszeit, die üblicherweise beschrieben wird als Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung, gegeben. Der Arbeitnehmer muss sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort bereithalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen. Das Mindestlohngesetz differenziert nicht nach dem Grad der tatsächlichen Inanspruchnahme. Leistet der Arbeitnehmer vergütungspflichtige Arbeit, gibt das Gesetz einen ungeschmälernten Anspruch auf den Mindestlohn. Das Mindestlohngesetz enthält keine abweichende Regelung (BAG 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 28 f. mwN, BAGE 155, 318).

28

b) Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht indes angenommen, der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn iHv. 8,84 Euro bestehe auch für jede Zeitstunde des von der Klägerin im Jahr 2017 geleisteten Bereitschaftsdienstes, weil das Mindestlohngesetz nicht durch die 2. PflegeArbbV verdrängt werde. Damit hat es verkannt, dass im Streitzeitraum die in der 2. und 3. PflegeArbbV festgelegten Grundsätze zur Bemessung des Mindestentgelts dem im Mindestlohngesetz geregelten Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn vorgehen.

29

aa) Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 MiLoG gehen die Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen den Regelungen des Mindestlohngesetzes vor, soweit die Höhe der auf ihrer Grundlage festgesetzten Branchenmindestlöhne die Höhe des Mindestlohns nicht unterschreitet. Ergänzend hierzu bestimmt § 24 Abs. 1 Satz 1 MiLoG aF in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung, dass bis zu diesem Zeitpunkt abweichende Regelungen eines Tarifvertrags repräsentativer Tarifvertragsparteien dem Mindestlohn vorgehen, wenn sie für alle unter den

Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland sowie deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbindlich gemacht worden sind; ab dem 1. Januar 2017 müssen abweichende Regelungen in diesem Sinne mindestens ein Entgelt von 8,50 Euro brutto je Zeitstunde vorsehen. Dies gilt entsprechend für Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage von § 11 AEntG sowie § 3a AÜG erlassen worden sind.

30

bb) Der in § 1 Abs. 3 MiLoG und § 24 Abs. 1 MiLoG aF normierte Vorrang von Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes erlassen worden sind, vor den Regelungen des Mindestlohngesetzes bewirkt in Bezug auf Zahlungsansprüche im Jahr 2017 einen umfassenden Vorrang der darin enthaltenen Grundsätze zur Bemessung des Mindestentgelts vor dem gesetzlichen Mindestlohn, soweit die Höhe der auf ihrer Grundlage festgesetzten Branchenmindestlöhne die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns nach § 1 MiLoG nicht unterschreitet (BeckOK ArbR/Greiner Stand 1. September 2018 MiLoG § 24 Rn. 12).

31

(1) Die Höhe des Mindestlohns betrug im Jahr 2017 8,84 Euro brutto je Zeitstunde. Mit dem in § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG enthaltenen Tatbestandsmerkmal „Zeitstunde“ ist die „vergütungspflichtige Arbeitsstunde“ gemeint (Wank Anm. AP MiLoG § 1 Nr. 2). Dies ist die Zeit, in der Arbeitsleistungen erbracht wurden, denn nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MiLoG wird der Mindestlohn nur für die erbrachte Arbeitsleistung gezahlt (HK-MiLoG/Düwell 2. Aufl. § 1 Rn. 36; MüKoBGB/Müller-Glöge 8. Aufl. MiLoG § 1 Rn. 17). Dass mit Zeitstunden geleistete Arbeitsstunden gemeint sind, verdeutlicht auch die Gesetzesbegründung, welche die Vereinbarung von Stücklöhnen und Akkordlöhnen zulässt, wenn gewährleistet ist, dass der Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden erreicht wird (BT-Drs. 18/1558 S. 34). Für Zeiten ohne Arbeitsleistung begründet das Mindestlohngesetz keine unmittelbaren Entgeltansprüche (BAG 20. Juni 2018 - 5 AZR 377/17 - Rn. 9 mwN, BAGE 163, 99).

32

(2) Wenn nun nach § 1 Abs. 3 MiLoG und § 24 Abs. 1 MiLoG aF Rechtsverordnungen für eine Übergangszeit den Regelungen des Mindestlohngesetzes vorgehen, soweit die Höhe der auf ihrer Grundlage festgesetzten Branchenmindestlöhne die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns nicht unterschreitet, und dieser Vorrang grundsätzlich umfassend sein soll (BeckOK ArbR/Greiner Stand 1. Juni 2020 MiLoG § 1 Rn. 81), betrifft dies nur die Höhe des Mindestentgelts selbst. Die in Rechtsverordnungen enthaltenen Bestimmungen zur Vergütungspflicht von Arbeitszeit und zur Bemessung der Arbeitsleistung als Arbeitszeit gehen dagegen dem Verständnis vergütungspflichtiger Arbeitsstunden nach dem Mindestlohngesetz vor (ebenso wohl auch: HK-MiLoG/Düwell 2. Aufl. § 1 Rn. 45; Lakies Mindestlohngesetz 4. Aufl. § 1 Rn. 31; MüKoBGB/Müller-Glöge 8. Aufl. MiLoG § 1 Rn. 17; noch offengelassen von BAG 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15 - Rn. 29 mwN, BAGE 155, 318; aA Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 1 Rn. 214). Dieses Normverständnis ist nach dem Zweck der Übergangsregelung geboten. Hierdurch sollte für eine Übergangszeit eine stufenweise Heranführung der Entlohnungsbedingungen ermöglicht und eine hinreichende Vorlaufzeit für gegebenenfalls erforderliche Anpassungsprozesse in den betroffenen Branchen eröffnet werden. Der vorübergehende Vorrang branchenbezogener Mindestlöhne sollte der spezifischen Ertragskraft der Unternehmen in ihrer Branche Rechnung tragen (BT-Drs. 18/1558 S. 43). In der Pflegebranche bestand zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Mindestlohngesetzes ein solcher Anpassungsbedarf. Es entsprach dort einer verbreiteten Übung, geleistete Bereitschaftsdienste anteilig in Abhängigkeit vom Grad der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung zu vergüten. Eine stufenweise Heranführung der Entlohnungsbedingungen in der Pflegebranche an die des Mindestlohngesetzes ist insbesondere unter Berücksichtigung der Ertragskraft der dort tätigen Unternehmen

geboten. Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn die in Rechtsverordnungen enthaltenen Bestimmungen zur Fakturierung von Arbeitszeit in der gesetzlich vorgesehenen Übergangsperiode Vorrang vor den Entlohnungsgrundsätzen des Mindestlohngesetzes haben. Anderenfalls liefen diese Regelungen zur Bemessung der Arbeitsleistung als Arbeitszeit weitgehend leer, weil die Vergütung nach dem gesetzlichen Mindestlohn stets höher wäre.

33

(3) Dieses aus dem Sinn und Zweck der Übergangsregelung in § 1 Abs. 3 MiLoG und § 24 Abs. 1 MiLoG aF folgende Verständnis eines Vorrangs der dort genannten Regelungen und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen über Branchenmindestlöhne vor den Bestimmungen des Mindestlohngesetzes zur Höhe des Mindestlohns wird bestätigt durch das mit dem Erlass der 2. PflegeArbbV verfolgte Ziel. Hiermit hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales als Verordnungsgeber auf ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (28. November 2012 - 4 Sa 48/12 -) im Jahre 2012 reagiert. Dieses hat aus dem Fehlen einer Regelung zu den Bereitschaftsdiensten in der damals geltenden ersten Pflegemindestlohnverordnung abgeleitet, dass jede Stunde mit dem Mindestlohn zu vergüten sei, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Vollarbeit oder Bereitschaftsdienst gehandelt habe. Diese Auffassung ist durch das Bundesarbeitsgericht bestätigt worden (Urteil vom 19. November 2014 - 5 AZR 1101/12 - BAGE 150, 82). In einer vom Beklagten vorgelegten vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales anlässlich des Inkrafttretens der 2. PflegeArbbV herausgegebenen Broschüre zum Mindestlohn in der Pflege heißt es auf S. 17, die Zweite Verordnung zum Pflegemindestlohn reagiere auf diese Rechtsauffassung und erlaube eine differenzierte Behandlung von Vollarbeitszeit und Bereitschaftsdienst. Da zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der 2. PflegeArbbV am 1. Januar 2015 das Mindestlohngesetz bereits in Kraft getreten war (gemäß Art. 15 Abs. 1 Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 11. August 2014, in Kraft getreten am 16. August 2014), ist davon auszugehen, dass es bewusstes Ziel dieser Verordnung war, für den in § 24 Abs. 1 MiLoG aF bezeichneten Übergangszeitraum eine dem Zweck dieser Übergangsregelung entsprechende differenzierte Vergütung von Vollarbeit und Bereitschaftsdienst zu verordnen.

34

c) In dem maßgeblichen Zeitraum des Jahres 2017 richtet sich die Vergütung in der Pflegebranche und damit auch die der Klägerin nach der 2. und 3. PflegeArbbV.

35

aa) Diese Verordnungen sind Rechtsverordnungen iSv. § 1 Abs. 3 MiLoG und § 24 Abs. 1 MiLoG aF. Sie sind nach deren Eingangsformeln aufgrund des § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AEntG vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales erlassen worden.

36

bb) Die 2. und 3. PflegeArbbV sind in Bezug auf die jeweils in § 2 geregelten Mindestentgelte nicht mangels Regelungskompetenz des Verordnungsgebers unwirksam (vgl. dazu BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 96/12 - Rn. 19 ff., BAGE 148, 341). Nach § 11 Abs. 1 iVm. § 5 Nr. 1 AEntG können durch Rechtsverordnung auch Mindestentgeltsätze geregelt werden, die nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Regionen differieren können. Dies ist hier mit der genannten Regelung erfolgt.

37

cc) Die 2. und 3. PflegeArbbV finden auf das Arbeitsverhältnis Anwendung.

38

(1) Der Geltungsbereich der 2. und 3. PflegeArbbV ist nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts eröffnet. Der Beklagte betreibt einen Pflegebetrieb iSv. § 1 Abs. 1 der Verordnungen und erbringt ambulante Pflegeleistungen. Die Klägerin fällt in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnungen, weil sie Alltagsbegleiterin iSv. § 1 Abs. 4 Nr. 1 der Verordnungen ist.

Der zeitliche Geltungsbereich ist gleichfalls eröffnet. Die 2. PflegeArbbV regelt das Mindestentgelt für Pflegebetriebe in der Zeit vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Oktober 2017 und die 3. PflegeArbbV das Mindestentgelt in der Zeit vom 1. November 2017 bis zum 30. April 2020. Im Jahr 2017 betrug das Mindestentgelt durchgehend nach beiden Verordnungen 10,20 Euro brutto je Stunde.

39

(2) Die Klägerin leistete im Jahr 2017 Bereitschaftsdienst iSd. Verordnungen. Nach § 2 Abs. 3 Satz 2 der 2. und 3. PflegeArbbV leisten Arbeitnehmer Bereitschaftsdienste iSd. Verordnungen, die sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen, wenn zu erwarten ist, dass zwar Arbeit anfällt, erfahrungsgemäß aber die Zeit ohne Arbeitsleistung mindestens 75 % beträgt.

40

(a) Gemäß § 4 Buchst. a des Arbeitsvertrags hat die Klägerin Nachtwachen nach Vorgabe der Einsatzleitung zu erbringen. Hiernach leistete die Klägerin jeweils in der Zeit von 21:00 bis 05:45 Uhr insgesamt 8,75 Stunden Bereitschaftsdienst.

41

(b) Soweit es in den Verordnungen heißt, Bereitschaftsdienste im Sinne dieser Verordnung leisten Arbeitnehmer, die sich auf Anordnung des Arbeitgebers „außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit“ an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen, steht dies der Annahme von Bereitschaftsdienst nicht entgegen. Hieraus kann nicht geschlossen werden, die Klägerin habe keinen Bereitschaftsdienst geleistet, weil der von ihr geleistete Dienst innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit gelegen habe. Mit den Worten „außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit“ legen die Verordnungen anknüpfend an Tarifregelungen des öffentlichen Dienstes lediglich fest, dass Bereitschaftsdienst nicht als regelmäßige Arbeitszeit betrachtet wird (vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 176/06 - Rn. 23). So geht der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts zu § 7 Abs. 3 TVöD-B mit Recht davon aus, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD-B mit der Formulierung „außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit“ deutlich gemacht haben, dass der Bereitschaftsdienst unabhängig von der arbeitszeitrechtlichen Betrachtung von der regelmäßigen Arbeitszeit zu unterscheiden und zusätzlich dazu zu erbringen sei. Das Tatbestandsmerkmal „außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit“ stehe deshalb einer Anordnung von Bereitschaftsdienst zwischen oder nach der „Vollarbeitszeit“ nicht entgegen. Sehe ein Schichtplan neben einer regelmäßigen täglichen Arbeitszeit Bereitschaftsdienst vor, lege er die regelmäßige Arbeitszeit des Beschäftigten mit einem im Voraus feststehenden Unterbrechungszeitraum fest, der außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit liege (BAG 17. Januar 2019 - 6 AZR 17/18 - Rn. 16, 32, BAGE 165, 48). Hiervon ausgehend leistete die Klägerin Bereitschaftsdienst iSv. § 2 Abs. 3 Satz 2 der 2. und 3. PflegeArbbV. Die Zeit des Bereitschaftsdienstes lag zulässigerweise zwischen Zeiten der Vollarbeitszeit.

42

(c) Die Bereitschaftsdienstzeiten der Klägerin während der Nachtwachen bestanden nach den nicht angegriffenen und damit den Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zu mindestens 75 % aus Zeiten ohne Arbeitsleistung.

43

(d) Die Bereitschaftsdienstzeit war nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts in Dienstplänen hinterlegt. Hiergegen hat sich die Klägerin in der Revision nicht gewandt.

44

d) Die Zeit des von der Klägerin vom 1. Januar bis zum 31. Oktober 2017 geleisteten Bereitschaftsdienstes kann nach § 2 Abs. 3 Satz 4 der 2. PflegeArbbV zum Zwecke der Entgeltberechnung auf der Grundlage einer kollektiv-rechtlichen oder einer schriftlichen einzelvertraglichen Regelung mit mindestens 25 % als Arbeitszeit

bewertet werden. Eine solche Regelung besteht im Arbeitsverhältnis der Klägerin. In den kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Arbeitsvertragsbedingungen der Caritas (AVR), welche den Rechtscharakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben (BAG 24. Mai 2018 - 6 AZR 308/17 - Rn. 23, BAGE 163, 56; Schaub ArbR-HdB/Linck 18. Aufl. § 35 Rn. 74 jeweils mwN), ist in Anlage 5 § 9 Abs. 1 Buchst. a bestimmt, dass zum Zwecke der Vergütungsberechnung für den Personenkreis, zu dem auch die Klägerin gehört, die Arbeitsleistung des Bereitschaftsdienstes zu 25 % als Arbeitszeit bewertet wird, wenn die Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes 10 bis 25 % beträgt. Dies ist nach den von der Klägerin nicht mit Gegenrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts der Fall. Hiernach ist davon auszugehen, dass die Bereitschaftsdienstzeiten der Klägerin zu mindestens 75 % aus Zeiten ohne Arbeitsleistung bestehen. Damit beträgt in der Zeit vom 1. Januar bis zum 31. Oktober 2017 die Arbeitsleistung der Klägerin innerhalb des Bereitschaftsdienstes höchstens 25 %. Für die Zeit vom 1. November bis zum 31. Dezember 2017 kann nach § 2 Abs. 4 Satz 1 der 3. PflegeArbbV eine Bewertung der Zeiten des Bereitschaftsdienstes zu mindestens 40 % als Arbeitszeit erfolgen. Allerdings muss dabei nach § 2 Abs. 5 der 3. PflegeArbbV die monatlich ausgezahlte Bruttovergütung geteilt durch die geleisteten Arbeitsstunden einschließlich der Bereitschaftsstunden mindestens die jeweilige Höhe des gesetzlichen Mindestlohns nach dem Mindestlohngesetz erreichen.

45

e) Hiervon ausgehend hat die Klägerin keinen Anspruch auf die mit der Klage geltend gemachte weitere Vergütung für das Jahr 2017.

46

aa) Die Klägerin hat mit ihrer Klage zunächst Mindestlohnansprüche für 84 Nachtwachen geltend gemacht. Dem schriftsätzlichen Vorbringen ist indes nicht zu entnehmen, wie sich diese 84 Nachtwachen über das Jahr 2017 verteilen. Damit ist nicht klar feststellbar, wie viele Bereitschaftsdienste in der Zeit vom 1. Januar bis zum 31. Oktober 2017 anfielen und mit 25 % als Arbeitszeit zu bewerten sind und wie viele in der Zeit vom 1. November bis zum 31. Dezember 2017 geleistete Bereitschaftsdienste nach der 3. PflegeArbbV zu behandeln sind. Die Klage ist damit insoweit bereits unschlüssig. Eines Hinweises des Senats auf das Inkrafttreten der 3. PflegeArbbV zum 1. November 2017 bedurfte es nicht, nachdem der Beklagte in seiner Revisionsbegründung hierauf unter wörtlicher Wiedergabe der einschlägigen Passagen hingewiesen hatte. Es wäre hiervon ausgehend Sache der Klägerin gewesen, mit einer Gegenrüge den fehlenden Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO auf die mangelnde Schlüssigkeit der Klage geltend zu machen. Dies ist indes unterblieben.

47

bb) Auch wenn man zu Gunsten der Klägerin die in einem Anlagenkonvolut zur Klageschrift vorgelegten und an sich nicht zu berücksichtigenden Dienstpläne heranzieht (dazu BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 29, BAGE 141, 330), ergibt sich, dass offenbar insgesamt sieben Nachtwachen in den Monaten November und Dezember 2017 lagen. Damit sind für die in der Zeit vom 1. Januar bis zum 31. Oktober 2017 insgesamt geleisteten 77 Nachtwachen jeweils 8,75 Stunden Bereitschaftsdienst mit 25 % (= 2,19 Stunden) als Arbeitszeit zu bewerten. Hinzu kommen 2,25 Stunden Vollarbeit von 20:00 bis 21:00 Uhr und von 05:45 bis 07:00 Uhr sowie die von dem Beklagten gewährten Nacht- und Überstundenzuschläge nach den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren AVR im Gesamtumfang von 1,86 Stunden. Die vergütungspflichtige Arbeitszeit betrug damit unter Zugrundelegung der 2. PflegeArbbV sowie der AVR je Nachtwache 6,3 Stunden zu einem vereinbarten Stundenentgelt iHv. 10,86 Euro. Dies ergibt einen Betrag von 68,42 Euro je Nachtwache und für insgesamt 77 Nachtwachen einen Betrag von 5.268,19 Euro. Für die mutmaßlich sieben Nachtwachen in der Zeit vom 1. November bis zum ein 31. Dezember 2017 kann die Klägerin für die gesamte Dauer von jeweils 11 Stunden,

insgesamt also 77 Stunden, den gesetzlichen Mindestlohn iHv. 8,84 Euro je Zeitstunde beanspruchen. Das ergibt einen Betrag von 680,68 Euro. Dies ist mehr als sich ergeben würde, wenn man die Zeiten des Bereitschaftsdienstes mit 40 % fakturiert. Insgesamt bestünde damit bei Anwendung der 2. und 3. PflegeArbbV sowie unter Berücksichtigung der Zeitzuschläge nach den AVR und der vereinbarten Stundenvergütung ein Entgeltanspruch der Klägerin für die von ihr im Jahr 2017 geleisteten Nachtwachen iHv. 5.948,87 Euro. Ansprüche auf etwaige weitere Zulagen oder auf weitere Vergütung wegen zusätzlicher oder langer Bereitschaftsdienste nach § 2 Abs. 3 Satz 5 der 2. PflegeArbbV und § 2 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 der 3. PflegeArbbV hat die Klägerin nach den maßgeblichen - zutreffenden - Feststellungen des Landesarbeitsgerichts in diesem Rechtsstreit nicht geltend gemacht.

48

cc) Für die von der Klägerin für das Jahr 2017 begehrte Vergütung der weiteren Stunden ist von dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Umfang auszugehen. Diese tatsächlichen Feststellungen sind von der Klägerin in der Revision weder mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag noch mit begründeten Gegenrügen angegriffen worden. Danach hat die Klägerin Anspruch auf Urlaubsentgelt im Umfang von 108 Stunden, einen allgemeinen Freizeitausgleich im Umfang von drei Stunden, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für 30 Stunden sowie auf Vergütung von Zeiten für Fortbildung und Dienstberatungen iHv. 11,5 Stunden, insgesamt also Anspruch auf Vergütung von 152,5 Stunden. Diese sind mit dem vereinbarten Stundensatz von 10,86 Euro zu entlohnen. Die Klägerin hätte hiernach also Anspruch auf Zahlung weiterer 1.656,15 Euro.

49

dd) Ausgehend davon, dass die 2. und 3. PflegeArbbV Vorrang vor den Regelungen des Mindestlohngesetzes haben, könnte die Klägerin damit nach den Regelungen der 2. und 3. PflegeArbbV unter Berücksichtigung der Zeitzuschläge nach den AVR und der vereinbarten Stundenvergütung von 10,86 Euro für die streitgegenständlichen entgeltzahlungspflichtigen Zeiten des Jahres 2017 insgesamt eine Vergütung iHv. 7.605,02 Euro brutto verlangen. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Beklagte der Klägerin im Jahr 2017 eine Vergütung iHv. insgesamt 8.661,43 Euro brutto gezahlt. Er hat damit die streitgegenständlichen Entgeltforderungen der Klägerin erfüllt. Die Erfüllungswirkung ist gemäß § 362 Abs. 1 BGB als objektive Folge der Leistungsbewirkung, dh. der Entgeltzahlung eingetreten (dazu BAG 6. Dezember 2017 - 5 AZR 864/16 - Rn. 19 mwN). Die Leistung des Beklagten kann einem bestimmten Schuldverhältnis, nämlich den im Wege einer abschließenden Gesamtklage geltend gemachten Entgeltansprüchen der Klägerin für das Jahr 2017 zugeordnet werden. Die Klage ist deshalb unbegründet.

50

C. Die Klägerin hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.