

## 24 Stunden Arbeit – 24 Stunden Lohn

Wiss. Mitarbeiterin Theresa Tschenker\*

Im ersten Fall zur Überstundenvergütung in der Live-In-Pflege, auch 24-Stunden-Pflege genannt, hat das BAG am 24.6.2021 entschieden, dass entsandte Arbeitnehmer\*innen für ihre geleisteten Bereitschaftszeiten nach dem Mindestlohngesetz zu vergüten sind. Das LAG Berlin-Brandenburg hatte in der Vorinstanz die Frage aufgeworfen, wie die Organisationspflichten der Arbeitgeber\*innen bei der Zurechnung von Überstunden zu gewichten sind. Das BAG hat sich leider nicht auf die Argumentation des LAG bezogen und den Fall aus prozessrechtlichen Gründen zurückverwiesen. Eine materiell-rechtliche Entscheidung über die Verteilung der Darlegungslast bei der Zurechnung von Überstunden blieb demnach aus. Die vorliegende Urteilsbesprechung geht den rechtsdogmatischen Möglichkeiten einer Abwägung von Organisationspflichten der Arbeitgeber\*innen und der Darlegungspflicht der Arbeitnehmer\*innen nach.

### I. Erster Fall in der Live-In-Pflege

Eine aus Bulgarien entsandte Live-In<sup>1</sup> hatte auf Nachzahlung ihres ausstehenden Lohns geklagt. Die Live-In verlangte, dass ihre Arbeitgeberin, eine bulgarische Entsendeagentur, die von ihr behauptete Arbeitszeit von 24 Stunden am Tag nach dem Mindestlohngesetz vergütet. Sie ist die erste Beschäftigte in dieser Branche, die die Bezahlung der täglichen Arbeitszeit gerichtlich geltend macht.<sup>2</sup> In zweiter Instanz bekam sie vom *LAG Berlin-Brandenburg* für ihre Arbeitseinsätze im Jahr 2015 den Lohn für 21 Stunden täglich in Höhe von knapp 32.000 Euro brutto zugesprochen.<sup>3</sup>

Im Arbeitsvertrag der Live-In war eine Arbeitszeit von 30 Stunden pro Woche geregelt. Zusätzlich hatte die Live-In eine Vereinbarung mit der Agentur unterzeichnet, nach der sie sechs Stunden am Tag mit einer täglichen Ruhezeit von 60 Minuten und einer wöchentlichen Ruhezeit von zwei Arbeitstagen (Samstag und Sonntag) arbeiten würde. Die Vereinbarung enthielt zudem die Klausel, dass sie sich damit einverstanden erkläre, „keine Überstunden/Arbeitsstunden zu machen“.<sup>4</sup> Die Live-In wurde dementsprechend für eine Arbeitszeit von nur 30 Stunden in der Woche vergütet. Hingegen war das Aufgabenspektrum der Beschäftigten vertraglich umfassend gestaltet und enthielt eine Generalklausel, dass sie noch weitere Tätigkeiten übernehmen könne. Der Vertrag verwies zudem explizit auf einen Fragebogen einer deutschen Vermittlungsagentur, der zur Erhebung des Pflegebedarfs vorab von der betreuungsbedürftigen Person bzw ihren Angehörigen ausgefüllt worden war. Darin hatte die pflegebedürftige Familie als angedachten Einsatz ausdrücklich die 24-Stunden-Betreuung und die Notwendigkeit von Nachtdiensten angegeben.<sup>5</sup>

Die Parteien des arbeitsgerichtlichen Verfahrens stritten sich nun darüber, wie viele Stunden die Klägerin gearbeitet hatte. Die Live-In gab an, dass sie von 6:30–23:00 Uhr die pflegebedürftige Frau betreut und nachts die Tür zu ihrem Schlafzimmer offen gestanden habe, damit sie die Rufe hören und ihre Tätigkeit sofort aufnehmen konnte. Die Agentur bestritt dies und berief sich darauf, dass kein Bereitschaftsdienst vereinbart worden sei und die Aufgaben des Tätigkeitsprofils in den vertraglich vereinbarten 30 Stunden erledigt hätten werden können.<sup>6</sup>

Das *LAG* rückte folgende Rechtsfrage in den Fokus der rechtsdogmatischen Auseinandersetzung: Kann sich die Arbeitgeberin darauf berufen, dass die vertraglich geregelte wöchentliche Arbeitszeit 30 Stunden betragen habe und sie keine Überstunden angeordnet oder gebilligt hätte?

Das *LAG* sah einen grundlegenden Widerspruch zwischen der Arbeitsorganisation, die nach dessen Schätzung die Arbeitskraft der Live-In 21 Stunden am Tag beansprucht hätte, und der vertraglichen Vereinbarung von sechs Stunden Arbeit an fünf Tagen in der Woche. Das *BAG* sah in

der Art und Weise, wie das *LAG* diese Frage beantwortete, vor allem prozessrechtliche Probleme und hat die Entscheidung zur erneuten Beweisaufnahme und Entscheidung zurückverwiesen.<sup>7</sup> Dabei stimmte das *BAG* grundlegend der Analyse des *LAG* zu, dass gewichtige Indizien dafür vorlägen, dass die Live-In mehr als die 30 Stunden in der Woche gearbeitet habe. Nach Ansicht des *BAG* „spricht deshalb einiges dafür, dass die vertraglichen Vereinbarungen zur Arbeitszeit lediglich der kostengünstigen Gestaltung des von der *Deutschen S* sogenannten ‚Entsendemodells‘ geschuldet waren“.<sup>8</sup>

Des Weiteren entschied das *BAG* in Übereinstimmung mit dem *LAG*, der eigenen Rechtsprechung und der überwiegend vertretenen Ansicht in der Rechtswissenschaft, dass auch Bereitschaftszeiten von entsandten Arbeitnehmer\*innen nach dem Mindestlohngesetz zu vergüten seien.<sup>9</sup>

Das *LAG* hatte eine interessante Argumentationslinie zu den Organisationspflichten der Arbeitgeber\*innen ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung des *BAG* zur Überstundenvergütung entwickelt, die in dem vorliegenden Beitrag

Tschenker: 24 Stunden Arbeit – 24 Stunden Lohn(NZA-RR 2021, 641)

642

noch um die Pflicht der Arbeitgeber\*innen, die Arbeitszeit aufzuzeichnen, erweitert wird (II.).

Zudem hat das *LAG* versucht, Probleme der Sachverhaltsermittlung durch eine Schätzung zu ersetzen. Nicht nur ist diese Schätzung zu kritisieren, weil „die vom BerGer. vorgenommene Schätzung völlig ‚in der Luft‘ [hängt]“, wie es das *BAG* in seiner Revisionsentscheidung richtig festgestellt hat,<sup>10</sup> sondern auch, weil das *Gericht* die Organisationspflichten der Arbeitgeber\*innen nicht hinreichend berücksichtigt und den Bereitschaftsdienst missdeutet hat (III.). Insgesamt ist die Argumentation des *LAG* für die vergütungsrechtliche Bewertung von Live-In-Konstellationen von fallübergreifendem Interesse (IV.).

## II. Zurechnung von Überstunden

Das Urteil des *LAG* knüpft an die bisherige Rechtsprechung des *BAG* zur Vergütung von Überstunden an.<sup>11</sup> Danach tragen Arbeitnehmer\*innen die Darlegungslast, dass Überstunden geleistet wurden. Das *BAG* prüft das Vorliegen vergütungspflichtiger Überstunden in einem zweistufigen Verfahren. Im ersten Schritt müssen die Beschäftigten darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten sie über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus tätig geworden sind bzw sich auf Weisung des\*der Arbeitgeber\*in zur Arbeit bereitgehalten haben.<sup>12</sup> Im zweiten Schritt prüft das *BAG*, ob die Mehrarbeit dem\*der Arbeitgeber\*in als vergütungspflichtige Arbeitszeit zuzurechnen ist. Dafür müssen die Beschäftigten vortragen, ob die Überstunden von dem\*der Arbeitgeber\*in angeordnet wurden. Eine solche Anordnung von Überstunden kann auch konkludent erfolgen, indem der\*die Arbeitgeber\*in den Beschäftigten Aufgaben zuweist, die unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit nur durch die Leistung von Überstunden von den Beschäftigten zu bewältigen sind.<sup>13</sup> So hat auch das *BAG* in seiner Revisionsentscheidung zur Live-In-Pflege dem *LAG* zur Prüfung aufgegeben, ob die Arbeitgeberin im vorliegenden Fall „zumindest konkludent Bereitschaftsdienst angeordnet hat“.<sup>14</sup>

Ist keine explizite Anordnung erfolgt, können sich die Beschäftigten darauf berufen, dass der\*die Arbeitgeber\*in die Überarbeit gebilligt oder geduldet hat oder die zusätzliche Arbeit zumindest notwendig war, um die angefallenen Aufgaben zu erledigen.<sup>15</sup> Arbeitgeber\*innen dulden die Leistung von Überstunden, wenn sie diese erkennen und anstatt sie zu unterbinden, diese hinnehmen. Im Prozess zur Überstundenvergütung muss der\*die Beschäftigte darlegen, „von welchen wann geleisteten Überstunden der Arbeitgeber auf welche Weise wann Kenntnis erlangt

haben soll und dass es im Anschluss daran zu einer weiteren Überstundenleistung gekommen ist".<sup>16</sup>

Diese Rechtsprechung zur positiven Kenntnis der Arbeitgeber\*innen von den geleisteten Überstunden könnte durch das Urteil des *EuGH* zur Arbeitszeiterfassung aus dem Jahr 2019 eine grundlegende Modifikation erfahren haben.<sup>17</sup> In dem vorgelegten Fall ging es um die Klage einer spanischen Arbeitnehmer\*innenvereinigung gegen die nicht erfolgte Arbeitszeiterfassung durch die Arbeitgeberin – eine Niederlassung der Deutschen Bank in Spanien. Die *Audiencia Nacional* (Nationaler Gerichtshof Spaniens) wollte vom *EuGH* wissen, ob Art. 3, 5, 6, 16 und 22 RL 2003/88/EG iVm Art. 4 I, 11 III und Art. 16 III RL 89/391/EG sowie Art. 31 II GRCh dahingehend auszulegen sind, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte die Arbeitgeber\*innen nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden\*r Arbeitnehmer\*in geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.<sup>18</sup> Der *EuGH* entschied auf Grundlage der strukturellen Unterlegenheit und Schutzbedürftigkeit der Beschäftigten, der wirksamen Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie sowie der Gewährleistungen des Art. 31 II GRCh, dass die Arbeitgeber\*innen verpflichtet sind, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.<sup>19</sup>

Der Umfang der Arbeitszeiterfassung ist im deutschen Recht in § 16 II ArbZG geregelt. Nach dieser Norm ist der\*die Arbeitgeber\*in verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit aufzuzeichnen. Abgesehen von dieser Überschreitung der gesetzlichen Maximalarbeitszeit mussten bislang keine Arbeitszeiten von den Arbeitgeber\*innen erfasst werden. Die deutsche Regelung in § 16 II ArbZG ist nun unionsrechtskonform auszulegen, so dass die Arbeitgeber\*innen verpflichtet sind, die gesamte Arbeitszeit aufzuzeichnen.<sup>20</sup> Der *EuGH* hat deutlich gemacht, dass es gerade die Arbeitgeber\*innen sind, die zu der Umsetzung der Arbeitszeitbestimmungen beitragen müssen. Demnach genügen die staatlichen Kontrollmöglichkeiten der Einhaltung der Arbeitszeitregelungen nach § 17 ArbZG dieser Verpflichtung nicht.

In der Live-In-Pflege offenbart sich die Notwendigkeit der arbeitgeberseitigen Verpflichtung in besonderem Maße, denn die Arbeit im Privathaushalt erschwert staatliche Kontrollen in zweierlei Hinsicht: Zum einen ist die Wohnung als Privatraum grundrechtlich nach Art. 13 I GG geschützt und zum anderen ist die behördliche Kontrolle durch die Verstreuung und Vereinzelung der Arbeitsplätze aufwendiger als an gemeinsamen Arbeitsplätzen. Eine staatliche Kontrolle ist daher weniger geeignet als die Verpflichtung der Arbeitgeber\*innen für die Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen zu sorgen.

Unter die Aufzeichnungspflicht der Arbeitgeber\*innen fällt nicht nur Vollarbeit, sondern auch Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst. Beide Arbeitsformen werden vom *EuGH* und *BAG* als Arbeitszeit im Sinne der arbeitszeitschutzrechtlichen Bestimmungen anerkannt.<sup>21</sup> Um die effektive Umsetzung der Normierungen der Arbeitszeitrichtlinie und des ArbZG zu gewährleisten, müssen alle Arbeitszeiten, unabhängig von ihrer Intensität, von der Aufzeichnungspflicht erfasst werden.

Tschenker: 24 Stunden Arbeit – 24 Stunden Lohn(NZA-RR 2021, 641)

643

Nach alter Rechtslage mussten die Beschäftigten dem\*der Arbeitgeber\*in anzeigen, dass sie ihre vertragliche Arbeitszeit überschritten haben oder zumindest nachweisen, dass der\*die Arbeitgeber\*in positive Kenntnis von den Überstunden hatte. Diese Verantwortung ist nun komplett auf die Arbeitgeber\*innen übergegangen, denn sie müssen aufgrund ihrer Aufzeichnungspflicht der tatsächlich geleisteten Arbeit stets darüber informiert sein, wer wie viel arbeitet. Der\*die

Arbeitgeber\*in kann aufgrund dieser Verpflichtung nicht mehr vortragen, dass er\*sie von der vertraglichen Arbeitszeitüberschreitung nichts wusste.<sup>22</sup> Nach neuer Rechtslage sind von der Arbeitnehmerin nachgewiesene geleistete Überstunden den Arbeitgeber\*innen zuzurechnen.

Dass die rechtliche Pflicht der Arbeitgeber\*innen zur tatsächlichen Kenntnis des Arbeitsstundenumfangs auf Arbeitszeitschutzregelungen beruht, führt nicht dazu, dass sie für den vergütungsrechtlichen Anspruch keine Auswirkung hat. Zwar unterscheidet das deutsche Arbeitsrecht zwischen dem arbeitsschutz- und vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff. Aber bei der vorliegenden Konnexität zwischen der arbeitsschutzrechtlichen Kenntnispflicht, die Auswirkungen auf die Kenntnis von geleisteten Überstunden hat, geht es nicht um die Einordnung von Arbeitszeit, so dass die Trennung der Arbeitszeitbegriffe hier keine Rolle spielt. Insgesamt ist es rechtsdogmatisch nicht zu begründen, dass sich Arbeitgeber\*innen bei einer Verpflichtung aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen zur tatsächlichen Kenntnis bei der vergütungsrechtlich relevanten Arbeitszeit auf ihre Unkenntnis berufen können.

Das *BAG* hat mit Bezug zur Rechtsprechung des *EuGH* bereits entschieden, dass wenn die Arbeitgeber\*innen der Aufzeichnungspflicht nicht nachkommen, sie sich nicht auf die vereinbarte Vertrauensarbeitszeit berufen können. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Beschäftigten aufgrund des Umfangs der ihnen zugewiesenen Arbeit, es nicht mehr in der Hand haben, im Rahmen der Vertrauensarbeitszeit die Überstunden durch die Selbstbestimmung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit auszugleichen.<sup>23</sup> Auf dieses Urteil bezog sich das *LAG* zu Recht,<sup>24</sup> denn auch in der Live-In-Pflege ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Arbeitnehmerin bei einem vereinbarten bzw. faktisch erforderlichen permanenten Bereitschaftsdienst, keine Möglichkeit hat, selbst ihre Arbeitszeit so einzuteilen, dass keine Überstunden geleistet werden müssen. Das *LAG* leitete die Organisationspflicht der Arbeitgeber\*innen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *BAG*<sup>25</sup> aus § 106 GewO ab.<sup>26</sup>

### III. Schätzung der arbeitsfreien Zeit

Das *LAG* schätzte die Zeit des täglichen Bereitschaftsdienstes auf 21 Stunden nach § 287 ZPO. Diese Rechtsprechung ist nicht nur wegen der vom *BAG* festgestellten willkürlichen Schätzung<sup>27</sup> problematisch, sondern auch weil das *Gericht* von der Pflicht der Arbeitgeber\*innen, von der Arbeitszeit und damit auch von den Überstunden Kenntnis zu haben, abgewichen ist. Zudem hat das *LAG* den Bereitschaftsdienst nicht rechtskonform subsumiert.

Zunächst zur Kenntnispflicht: Das *LAG* hatte festgestellt, dass Arbeitgeber\*innen, welche die Arbeitsausführung in einer Weise organisierten, dass eine Live-In sich im permanenten Bereitschaftsdienst befinde, beweispflichtig dafür seien, wann das Aufgabenspektrum von der Beschäftigten nicht ausgefüllt worden sei.<sup>28</sup> Für die vermeintlichen drei Stunden Freizeit wich das *LAG* von dieser Beweislastverteilung ab. Warum sich aber die Zurechnung der Überstunden zulasten der Arbeitnehmerin ändere, erläuterte das *Gericht* nicht. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* zur Arbeitszeiterfassung ist kein Raum dafür, die Überstunden nicht den Arbeitgeber\*innen zuzurechnen (s. II.). Die Beweislast dafür, dass sie nichts von den Überstunden wussten, liegt bei den Arbeitgeber\*innen. Sie müssen nachweisen, ob und wann die Live-In Ruhezeit hatte. Aufgrund des fehlenden Vorbringens der Arbeitgeberin und des daraus folgenden ständigen Bereitschaftsdienstes der Live-In hätte das *Gericht* der Arbeitnehmerin eine Vergütung für 24 Stunden am Tag zusprechen müssen.

Im Ergebnis ist auch das *BAG* dieser Beweislastverteilung gefolgt, ohne sie jedoch rechtsdogmatisch herzuleiten, indem es urteilte, dass „die Beklagte im bisherigen Verfahren nicht substantiiert dargelegt [hat], dass und in welcher Weise es angesichts der mit der zu betreuenden

Person vereinbarten Leistungen der Klägerin möglich gewesen wäre, die ihr zugewiesenen Aufgaben innerhalb einer Arbeitszeit von 30 Wochenstunden zu erledigen und es ihr gestattet war, nach sechs Arbeitsstunden, zur Nachtzeit und an den Wochenenden die zu betreuende Person sich selbst zu überlassen.“<sup>29</sup> Zudem führte das *BAG* aus, dass die Arbeitgeberin die Freizeitgestaltung hätte organisieren müssen, begründete diese Pflicht im Gegensatz zum *LAG* allerdings nicht rechtsdogmatisch.<sup>30</sup>

Der Wertung des *LAG*, die Live-In könne sich in bestimmtem Maße der Betreuungsbedürftigkeit entziehen und in dieser Zeit liege keine vergütungspflichtige Arbeitszeit vor, ist ebenfalls nicht zuzustimmen. Das *BAG* hat im vorliegenden Fall in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung geurteilt, dass auch Bereitschaftsdienst nach dem Mindestlohngesetz zu vergüten ist, weil die Beschäftigten in dieser Zeit „nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen“ können.<sup>31</sup> Zur Abgrenzung von Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft sind aufgrund der vom *BAG* vorgenommenen Parallelisierung des arbeitsschutzrechtlichen und vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriffs die Urteile des *EuGH* sowie des *BAG* und *BVerwG* als Orientierungshilfe heranzuziehen. Danach handelt es sich bei einer Pflicht zur kurzfristigen Arbeitsaufnahme um Bereitschaftsdienst. So entschied der *EuGH*, dass es an der für die Rufbereitschaft typischen Freiheit der Freizeitgestaltung und Ortswahl fehle, wenn der\*die Arbeitgeber\*in zwar nicht den Aufenthaltsort festlegt, aber eine Frist von acht<sup>32</sup> bzw

Tschenker: 24 Stunden Arbeit – 24 Stunden Lohn(NZA-RR 2021, 641)

644

20 Minuten<sup>33</sup> setzt, innerhalb derer die Beschäftigten die Arbeit aufgreifen müssen. Auch das *BAG* und das *BVerwG* sind bei dem Erfordernis, innerhalb von 20 Minuten arbeitsbereit zu sein, von Bereitschaftsdienst ausgegangen.<sup>34</sup>

Es ist demnach gerade nicht die tatsächliche Ableistung der Arbeit, die den Bereitschaftsdienst zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit macht, sondern die kurzfristige Abrufbarkeit der Arbeitskraft. Selbst wenn die Live-In sich kurzzeitig anderen Tätigkeiten widmen kann, muss diese Zeit immer noch als vergütungspflichtiger Bereitschaftsdienst bewertet werden. Wenn die Live-In, wie vom *LAG* benannt, beispielsweise ein Bad hätte nehmen oder ein Telefonat führen können, war sie in dieser Zeit dennoch verpflichtet, ihre Tätigkeit sofort wiederaufzunehmen. Selbst wenn die Live-In, wie vom *LAG* vermutet, die Wohnung hätte verlassen können, ist darin keinesfalls Zeit zu sehen, die nicht vergütungspflichtig ist. Die ständige Abrufbarkeit stellt eine derartige Freizeiteinschränkung dar, die mit einer vergütungspflichtigen Arbeitsleistung vergleichbar ist. Diese Form der Inanspruchnahme der Beschäftigten ist durch eine Bezahlung dieser Stunden auszugleichen. Die Live-In war im vorliegenden Fall verpflichtet, jederzeit die Betreuung der pflegebedürftigen Frau zu gewährleisten. Damit lag permanenter vergütungspflichtiger Bereitschaftsdienst vor und die Schätzung des *LAG* war auch nach diesem Aspekt unrechtmäßig.

Das *BAG* urteilte zudem, dass es „nach der allgemeinen Lebenserfahrung wenig glaubhaft erscheinen [mag], dass die Klägerin über Wochen hinweg täglich 24 Stunden Arbeitsleistung – und sei es teilweise in Form von Bereitschaft – erbracht hat.“<sup>35</sup> Indem es das *BAG* als unrealistisch einstuft, dass Personen 24 Stunden am Tag arbeiten, demonstriert es, dass es das Wesen der Live-In-Pflegebranche, in der Agenturen den Haushalten mit Pflegebedarf eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung versprechen,<sup>36</sup> und das Wesen des Bereitschaftsdienstes zulasten der Beschäftigten missdeutet.

#### IV. Rechtspolitische Bewertung des Urteils: Signalwirkung für die gesamte Branche

Die Urteile des *LAG* und des *BAG* sind äußerst begrüßenswert, denn sie beinhalten das Potenzial, dass eines der Hauptprobleme der Live-In-Branche rechtlich geklärt wird und dies in der Praxis zu

Verbesserungen der Arbeitsbedingungen der Live-Ins führen kann. Das Problem des unvergüteten Bereitschaftsdienstes kann anhand der Äußerung des Rechtsanwalts der bulgarischen Vermittlungsagentur in der Verhandlung zur Lohnzahlungsklage derselben Live-In für die Arbeitseinsätze im Jahr 2016 illustriert werden: „Schön im Schlaf Geld verdienen“.<sup>37</sup> In dieser zynischen Aussage stecken nicht nur Vorurteile über Sorgearbeit, die größtenteils von Frauen erledigt wird, sie deutet auch die ausgedehnten Arbeitszeiten bei fehlender Vergütung an. So wenden Live-Ins im Durchschnitt 69 Stunden pro Woche für Pflegearbeit, Hauswirtschaft und Betreuung auf.<sup>38</sup> Der Bereitschaftsdienst, den sie leisten, ist dabei noch nicht berücksichtigt. Die hohe Stundenzahl spiegelt sich allerdings nicht in der Vergütung wider: Der durchschnittliche Nettoverdienst der Live-Ins liegt zwischen 1.000 und 1.500 Euro und ist damit ausgehend von der Höchstvergütung bei lediglich 5,40 Euro pro Stunde angesiedelt.<sup>39</sup>

Die Relevanz des Falls wird durch die Größe der Branche verstärkt: Die Live-In-Pflege macht neben stationärer und ambulanter Pflege und der unbezahlten Pflegearbeit der meistens weiblichen Angehörigen selbst bei vorsichtiger Schätzung ein Viertel der bezahlten Pflegearbeit in Deutschland aus und hat sich als eine tragende Säule des Pflegesystems etabliert.<sup>40</sup>

In dem vorliegenden Fall war die Live-In unstrittig Arbeitnehmerin der entsendenden Agentur aus Bulgarien. Das ist untypisch für die Branche. Insbesondere polnische Live-Ins, die den Großteil der Arbeitspendlerinnen in dieser Branche darstellen,<sup>41</sup> führen ihre Arbeit in der Regel entweder als Selbstständige aus oder sind in Polen nicht über einen Arbeitsvertrag, sondern über eine dem deutschen Rechtssystem unbekanntere Vertragsform, die „umowa zlecenia“ (wortwörtlich übersetzt: Vertrag zum Auftrag) bei der Agentur beschäftigt.<sup>42</sup> Für diese Konstellationen stehen das Problem der Scheinselbstständigkeit und die Anwendung des deutschen Arbeitsrechts zur Diskussion.<sup>43</sup>

Dennoch hat das Urteil über den Einzelfall hinausreichende Signalwirkung. Denn die Arbeitsorganisation in der Live-In-Pflege funktioniert fast ausnahmslos nach demselben Prinzip. So werben die Agenturen mit dem Begriff „24-Stunden-Pflege“. Auch wenn sie diese Anpreisung auf ihren Websites als reine Marketingstrategie und mit dem Wissen um die

Tschenker: 24 Stunden Arbeit – 24 Stunden Lohn(NZA-RR 2021, 641)

645

Unmöglichkeit und Widerrechtlichkeit von der ununterbrochenen Tätigkeit relativieren, lässt sich den Verträgen und Dokumenten beispielsweise zur Bedarfserhebung ein umfassender Aufgabenkatalog entnehmen. Nur wenige Agenturen benutzen Zeitpläne und die verbindliche Einbindung von Angehörigen, ehrenamtlichen und professionellen Pflegeangeboten, wie ambulanter und (teil-)stationärer Pflege, um den Bereitschaftsdienst klar von der Freizeit der Live-In abzugrenzen.<sup>44</sup> Indem das LAG für die zu vergütende Arbeitszeit darauf abstellte, ob der\*die Arbeitgeber\*in die Erwartung auslöst, rund um die Uhr betreut zu werden, hat es ein Präzedenzurteil für die gesamte Branche gefällt. Denn diese lebt von dem Versprechen, eine Rundum-sorglos-Betreuung anbieten zu können. Es sind die Arbeitgeber\*innen, die sich rechtlich entlasten müssen, dass sie ein solches Pflege- und Beschäftigungsmodell nicht betrieben haben, um die Zurechnung der geleisteten Überstunden zu verhindern.

---

\* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). – Diese Veröffentlichung ist im Rahmen des von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Projekts „Modelle der Live-In-Pflege“ unter der Leitung von Prof. Dr. Eva Kocher und Prof. Dr. Bernhard Emunds und der Projektbearbeitung durch Simone Habel und Theresa Tschenker entstanden. Die Ergebnisse der Studie werden veröffentlicht auf <https://www.boeckler.de/de/suchergebnis-forschungsfoerderungsprojekte-detailseite->

2732.htm?projekt=2019-313-4. Für hilfreiche Anmerkungen dieser Urteilsbesprechung danke ich dem gesamten Team des Lehrstuhls von Prof. *Dr. Eva Kocher* und *Simone Habel*.

1 Als Live-Ins werden Beschäftigte bezeichnet, die während der Dauer ihres Einsatzes in einen Haushalt mit Pflegebedarf einziehen, bestenfalls ihr eigenes Zimmer haben und Arbeit im Bereich der Pflege, Betreuung und Hauswirtschaft leisten. Um die deutliche Dominanz von Frauen in der Live-In-Pflege abzubilden, verwende ich im Folgenden für die Pflegekräfte ausschließlich die weibliche Form. Ansonsten benutze ich gendergerechte Sprache.

2 Über eine weitere Klage einer Live-In zur Überstundenvergütung hatte das *ArbG München* zu entscheiden. Die Urteilsbegründung war zum Zeitpunkt der Einreichung dieses Artikels noch nicht veröffentlicht. Es ist lediglich bekannt, dass gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung zum *LAG München* (8 Sa 470/21) eingelegt worden ist.

3 *LAG Berlin-Brandenburg* v. 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19, NZA-RR 2021, 351 Ls. = BeckRS 2020, 22470.

4 *LAG Berlin-Brandenburg* v. 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19, NZA-RR 2021, 351 Ls. = BeckRS 2020, 22470 Rn. 4 ff.

5 *LAG Berlin-Brandenburg* v. 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19, NZA-RR 2021, 351 Ls. = BeckRS 2020, 22470 Rn. 9 ff.

6 *LAG Berlin-Brandenburg* v. 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19, NZA-RR 2021, 351 Ls. = BeckRS 2020, 22470 Rn. 30 ff., 38 ff.

7 *BAG* v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398.

8 *BAG* v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1404) Rn. 48.

9 *BAG* v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1402 f.) Rn. 34 ff.

10 *BAG* v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1404 f.) Rn. 53 f.

11 *LAG Berlin-Brandenburg* v. 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19, NZA-RR 2021, 351 Ls. = BeckRS 2020, 22470 Rn. 82.

12 *BAG* v. 23.9.2015 – 5 AZR 626/13, AP BGB § 612 Nr. 79 = BeckRS 2016, 65018 Rn. 25; v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, *BAGE* 157, 347 = NZA-RR 2017, 233 Rn. 22 = NZA 2017, 584 Os.

13 *BAG* v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/1, NZA 2013, 1100 (1101) Rn. 17.

14 *BAG* v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1404) Rn. 50.

15 *BAG* v. 17.4.2002 – 5 AZR 644/00, NZA 2002, 1340.

16 *BAG* v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100 Rn. 21.

17 *EuGH* v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 = NJW 2019, 1861 – CCOO.

18 *EuGH* v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 = NJW 2019, 1861 Rn. 29 – CCOO.

19 *EuGH* v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 = NJW 2019, 1861 Rn. 60 – CCOO.

20 *Ulber*, NZA 2019, 677 (680).

21 Für die Arbeitsbereitschaft *BAG* v. 28.1.1981 – 4 AZR 892/78, AP MTL II § 18 Nr. 1 = BeckRS 2015, 66334 mwN; für den Bereitschaftsdienst *EuGH* v. 3.10.2000 – C-303/98, NZA 2000, 1227; *BAG* v. 16.3.2004 – 9 AZR 93/03, *BAGE* 110, 60 = NZA 2004, 927.

22 Im Ergebnis so auch *ArbG Emden* v. 24.9.2020 – 2 Ca 144/20, NZA-RR 2021, 13. Das BerGer. maß der Entscheidung des *EuGH* keine Aussagekraft für die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess im Hinblick auf die Frage der Anordnung, Duldung oder Betriebsnotwendigkeit von Überstunden zu, weil dem *EuGH* keine Kompetenz zur Entscheidung über Fragen der Vergütung zukomme, vgl. *LAG Niedersachsen* v. 6.5.2021 – 5 Sa 1292/20, BeckRS 2021, 10275.

23 *BAG* v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, *BAGE* 167, 158 = NZA 2019, 1361 (1364).

24 *LAG Berlin-Brandenburg* v. 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19, NZA-RR 2021, 351 Ls. = BeckRS 2020, 22470 Rn. 96.

25 *BAG* v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, *BAGE* 106, 111 = NZA 2003, 1348 (1352).

- 26 LAG Berlin-Brandenburg v. 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19, NZA-RR 2021, 351 Ls. = BeckRS 2020, 22470 Rn. 83.
- 27 BAG v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1404 f.) Rn. 53 f.
- 28 LAG Berlin-Brandenburg v. 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19, NZA-RR 2021, 351 Ls. = BeckRS 2020, 22470 Rn. 96, 101.
- 29 BAG v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1404) Rn. 49.
- 30 BAG v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1404) Rn. 50.
- 31 BAG v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1402) Rn. 35.
- 32 EuGH v. 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293 = NJW 2018, 1073 – Matzak.
- 33 EuGH v. 9.3.2021 – C-580/19, NZA 2021, 489 (493) Rn. 61 – Stadt Offenbach am Main. Zur Einordnung der Rechtsprechungsdogmatik s. *Kocher*, RdA 2022 iE.
- 34 BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928 f.) = NZA 2002, 871 Os.; *BVerwG* v. 1.12.2020 – 2 B 52/20, BeckRS 2020, 41539 Rn. 10, 17.
- 35 BAG v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (1404 f.) Rn. 54.
- 36 Zur Nutzung des Begriffs der „24-Stunden-Pflege“ und den Abgrenzungsversuchen einzelner Agenturen s. die Ergebnisse des Projekts „Modelle der Live-In-Pflege“, Fn. 1.
- 37 Gedächtnisprotokoll der Verhandlung des Gütetermins am 28.1.2020 zur Klage derselben bulgarischen Live-In auf den ausstehenden Lohn für das Jahr 2016. Die Klage wurde vom *ArbG Berlin* v. 17.12.2020 – 11 Ca 15938/19 (BeckRS 2020, 51893) wegen Unzulässigkeit abgewiesen und die Klägerin hat, vertreten durch den DGB-Rechtsschutz, keine Berufung eingelegt.
- 38 *Hielscher/Kirchen-Peters/Nock*, Pflege in den eigenen vier Wänden: Zeitaufwand und Kosten. Pflegebedürftige und ihre Angehörigen geben Auskunft (2017), S. 60. Eine andere Studie definiert Arbeitszeit abseits des deutschen Rechtsverständnisses als Tätigkeiten, die die Live-Ins ohne die hilfsbedürftige Person nicht durchführen würden und kommt auf eine durchschnittliche tägliche Arbeitszeit von acht Stunden, vgl. *Petermann/Ebbing/Paul*, Das Tätigkeitsprofil von Betreuungspersonen in häuslicher Gemeinschaft (2017), S. 17. Eine Studie, die sich einer außerrechtlichen Definition von Arbeitszeit bedient, ist für die rechtliche Bewertung des Arbeitszeitregimes in der Live-In-Pflege nicht aussagekräftig.
- 39 *Rossow/Leiber*, Kein Schattendasein mehr (2020), S. 180 (181).
- 40 *Emunds*, Überforderte Angehörige – ausgebeutete Live-Ins – Burnout-gefährdete Pflegekräfte. Sozialethische Bemerkungen zur verweigeren sozialen Wertschätzung Pflegenden in Deutschland (2019), S. 147 (155); Schätzungen der Anzahl von Live-Ins in Deutschland schwanken stark aufgrund des hohen Anteils an nicht gemeldeten Arbeiterinnen. Studien gehen von 300.000 (Stiftung Warentest 2017, 86 [88]) oder bis zu 600.000 Live-Ins (*Lutz*, Die Hinterbühne der Care-Arbeit. Transnationale Perspektiven auf Care-Migration im geteilten Europa [2018], S. 29) aus.
- 41 *Rossow/Leiber*, Kein Schattendasein mehr (2020), S. 180 (181); Nach der Studie von Leiber et al., International Journal of Care and Caring 2020, S. 1 (11 f.) rekrutieren 35 % der Agenturen Live-Ins ausschließlich aus Polen und 53 % der Agenturen Live-Ins aus Polen und einem anderen Land aus Mittel- und Osteuropa.
- 42 *Leiber* et al., International Journal of Care and Caring 2020, S. 1 (13); zu der polnischen Vertragsform „umowa zlecenia“ s. *Deckert-Regui/Lieβneck*, Arbeitsrechtsschutz für Live-In Pflegekräfte aus der EU in Deutschland (2020), [http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2021/02/WP28\\_Arbeitsrechtsschutz-f%C3%BCr-Live-In-Pflegekr%C3%A4fte-aus-der-EU-in-Deutschland-1.pdf](http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2021/02/WP28_Arbeitsrechtsschutz-f%C3%BCr-Live-In-Pflegekr%C3%A4fte-aus-der-EU-in-Deutschland-1.pdf), S. 8 ff.; *Trappmann*, Flexibilisierung und Prekarisierung: Arbeitsmarkt (-politik) in Polen unter dem Einfluss von Transformation und Europäischer Integration (2012), S. 139 (147 f.).
- 43 Ausführlich dazu der Zwischenbericht des Projekts „Modelle der Live-In-Pflege“, vgl. Fn. 1; in einem weiteren Projekt werden die polnischen Verträge „umowy zlecenia“ in der Live-In-Pflege untersucht, s. <https://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/br/arbeitsrecht/forschung/Projekte/index.html>.



44 S. Fn. 1.