



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für August 2021 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil stellen wir Ihnen ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts vor, in dem es um die Frage ging, ob eine entsandte ausländische Pflegekraft Anspruch auf den deutschen gesetzlichen Mindestlohn hat und ob Zeiten des Bereitschaftsdienstes ebenfalls mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten sind.

Im zweiten Teil erläutern wir eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg, in der diskutiert wurde, ob ein Mitarbeiter, der bei demselben Arbeitgeber zuvor als Leiharbeitnehmer eingesetzt war, noch im Rahmen einer sachgrundlosen Befristung eingesetzt werden darf oder ob die vorherige Tätigkeit als schädliche Vorbeschäftigung zu werten ist.

Bei den Tipps im August werden die wichtigsten Aspekte im Hinblick auf die geplanten Änderungen des Befristungsrechts vorgestellt.

---

## Inhalt

---

- 1. Mindestlohn für ausländische Betreuungskräfte in Privathaushalten**  
(BAG vom 24.06.2020 – 5 AZR 505/20)
- 2. Leiharbeitsverhältnis vor sachgrundloser Befristung**  
(LAG Nürnberg vom 25.02.2021 – 5 Sa 396/20)
- 3. Tipps: Verschärfung des allgemeinen Befristungsrechts**

---

## Mindestlohn für ausländische Betreuungskräfte in Privathaushalten (BAG vom 24.06.2020 – 5 AZR 505/20)

---

Nach Angaben der Deutschen Stiftung Patientenschutz sind mindestens 100.000 ausländische Pflegekräfte offiziell in deutschen Privathaushalten beschäftigt. Hinzu kommen schätzungsweise weitere 200.000 Personen, die ohne schriftlichen Arbeitsvertrag als Pflegekraft arbeiten.

In den meisten Fällen kommen diese Pflegepersonen aus den osteuropäischen Ländern und werden nicht selten über in diesen Ländern ansässigen Vermittlungsagenturen nach Deutschland entsandt.

Häufig wird die Arbeitsleistung im Rahmen einer 24-Stunden-Betreuung erbracht, wobei die Pflegekräfte nicht nur tagsüber, sondern auch in der Nacht bei Bedarf Pflegeleistungen erbringen müssen.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befassen, ob eine entsandte ausländische Pflegekraft Anspruch auf den deutschen gesetzlichen Mindestlohn hat und ob Zeiten des Bereitschaftsdienstes ebenfalls mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten sind (Urteil vom 24.06.2021 – 5 AZR 505/20).



### Beispiel

A ist bulgarische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Bulgarien. Seit April 2015 war sie bei U, einem Unternehmen mit Sitz in Bulgarien als Sozialassistentin beschäftigt. In dem in bulgarischer Sprache abgefassten Arbeitsvertrag wurde eine Arbeitszeit von 30 Stunden wöchentlich vereinbart, wobei Samstag und Sonntag arbeitsfrei sein sollten.

A wurde nach Berlin entsandt und arbeitete gegen eine Nettovergütung in Höhe von € 950,00 monatlich im Haushalt der über 90-jährigen zu betreuenden Person B, bei der sie auch ein Zimmer bewohnte.

Ihre Aufgaben umfassten neben Haushaltstätigkeiten (Einkaufen, Kochen, Putzen etc.) eine „Grundversorgung“ (wie Hilfe bei der Hygiene, beim Ankleiden etc.) und soziale Aufgaben (z.B. Gesellschaft leisten, Ansprache oder gemeinsame Interessenverfolgung).

Der Einsatz von A erfolgte auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrages, in dem sich U gegenüber B verpflichtete, die aufgeführten Betreuungsleistungen durch A in deren Haushalt zu erbringen.

A möchte sich mit diesen Konditionen, insbesondere der Vergütung nicht abfinden und erhebt Klage zum zuständigen Arbeitsgericht. Hierbei fordert sie vor allem eine Vergütung auf Basis des Mindestlohngesetzes (MiLoG).

Sie macht geltend, dass sie bei der Betreuung nicht nur 30 Wochenstunden, sondern rund um die Uhr gearbeitet habe und auch in Bereitschaft gewesen sei. Selbst nachts habe die Tür zu ihrem Zimmer offen bleiben müssen, damit sie auf Rufen der zu betreuenden Person diese Hilfe habe leisten können.

Für den Zeitraum Mai bis August 2015, sowie Oktober bis Dezember 2015 macht A eine Vergütung in Höhe von € 42.636,00 brutto abzgl. erhaltener € 6.680,00 netto geltend.

U vertritt die Auffassung, dass A diese Forderung nicht zustehe und den gesetzlichen Mindestlohn nur für die arbeitsvertraglich vereinbarten 30 Wochenstunden schulde. Sie argumentiert, in dieser Zeit hätte A die ihr obliegenden Aufgaben ohne weiteres erledigen können und Bereitschaftsdienst sei auch nicht vereinbart gewesen. Sollte A tatsächlich mehr gearbeitet haben, sie dies nicht auf Veranlassung der U erfolgt.

### Steht A die geltend gemachte Forderung zu?

#### Gesetzlicher Mindestlohn auch für ausländische Arbeitnehmer?

Gemäß § 1 Abs. 1 MiLoG hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns durch den Arbeitgeber. Seit 01.07.2021 ist der gesetzliche Mindestlohn auf € 9,60 brutto je Zeitsunde angestiegen.

Fraglich ist, ob der gesetzliche Mindestlohn von jedem Arbeitnehmer beansprucht werden kann, unabhängig von seiner Nationalität, dem Wohnort sowie dem Sitz des Arbeitgebers, wenn der Mitarbeiter die Arbeitsleistung auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erbringt.

Hierzu trifft § 20 MiLoG die klare Aussage, dass Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland verpflichtet sind, ihren im Inland beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt in Höhe des jeweils gültigen gesetzlichen Mindestlohns zu bezahlen.

Auch die Nationalität sowie der Wohnsitz des Arbeitnehmers kann selbstverständlich keinen Einfluss darauf haben, ob der Mindestlohnanspruch besteht oder nicht.



### Hinweis

Entscheidend ist damit einzig und alleine, ob die Arbeitsleistung in Deutschland erbracht wird.

### Mindestlohn für Bereitschaftsdienste?

Fraglich ist, ob der gesetzliche Mindestlohn auch für Bereitschaftsdienste gezahlt werden muss. Zunächst ist zu klären, wann überhaupt Bereitschaftsdienst in Abgrenzung zur Rufbereitschaft gegeben ist:

- Bereitschaftsdienst liegt vor, wenn sich der Arbeitnehmer an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufzuhalten hat;
- Rufbereitschaft ist hingegen zu bejahen, wenn sich der Arbeitnehmer an einem selbstbestimmten, jedoch dem Arbeitgeber anzugebendem Ort aufhalten kann.

Mit Urteil vom 29.06.2016 (Az.: 5 AZR 716/15) hat das BAG seine auch schon vorher bestehende Auffassung bestätigt und geurteilt, dass Zeiten des Bereitschaftsdienstes (im Gegensatz zur Rufbereitschaft) dem vollen Mindestlohn nach § 1 MiLoG unterliegen.

### BAG vom 24.06.2021 – 5 AZR 505/20

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte der Klage der bulgarischen Arbeitnehmerin zunächst fast vollständig stattgegeben und ihr eine Vergütung in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns für 21 Stunden täglich zugesprochen.

Dem ist das Bundesarbeitsgericht dem Grunde nach, jedoch nicht der Höhe nach gefolgt.

Zunächst stellte das BAG in seiner Entscheidung vom 24.06.2021 fest, dass die Verpflichtung zur

Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns nach § 20 in Verbindung mit § 1 MiLoG auch **ausländische Arbeitgeber** trifft, wenn sie Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden.

Hierbei handele es sich um eine **Eingriffsnorm** im Sinne des **Art. 9. Abs. 1 Rom I-VO**, die unabhängig davon gelte, ob ansonsten auf das Arbeitsverhältnis deutsches oder ausländisches Recht Anwendung findet.

### Vergütung für Bereitschaftsdienste

Zudem stellten Richter ein weiteres Mal klar, dass auch Bereitschaftsdienste zu den geleisteten Arbeitsstunden zählen, die mit dem gesetzlichen Mindestlohn vergütet werden müssen. Ein Bereitschaftsdienst könne auch darin bestehen, dass eine Betreuungskraft im Haushalt der zu betreuenden Person **wohnen muss** und grundsätzlich verpflichtet ist, zu **allen Tag- und Nachtstunden** bei Bedarf Arbeit zu leisten.

Allerdings rügte das Bundesarbeitsgericht, dass die Vorinstanz 21 Stunden als vergütungspflichtige Arbeitszeit pro Tag zugrunde gelegt hätten; an dieser Stelle hätte das LAG den Vortrag der Arbeitnehmerin zum Umfang der geleisteten Arbeit nicht ausreichend gewürdigt.

Aus diesem Grund wurde das Verfahren zur **weiteren Sachverhaltsaufklärung** an das Landesarbeitsgericht zurück verwiesen, damit dort eine endgültige Entscheidung über die tatsächlich zu vergütenden Stunden getroffen werden kann.

Abschließend stellte das BAG jedoch klar, dass es nach Aktenlage **nicht fernliegend** sein dürfte, dass sie **mehr** als die im Arbeitsvertrag angegebenen **30 Stunden pro Wochen** zu arbeiten hatte.



### Hinweis

Auch wenn diese Entscheidung aus rechtlicher Sicht wenig überraschend ist, hat sie jedoch ein weiteres Mal das Schlaglicht auf die prekäre Betreuungssituation von Senioren und das hier eingesetzte Personal geworfen. Wenn die häusliche Pflege nach den gesetzlichen Vorgaben korrekt vergütet würde, wäre sie in vielen Fällen für die betroffenen Familien nicht mehr finanzierbar. Die weitere Entwicklung wird zeigen, ob das staatliche Betreuungsangebot für Senioren in Deutschland nach dieser Entscheidung verbessert wird.

## Leiharbeitsverhältnis vor sachgrundloser Befristung (LAG Nürnberg vom 25.02.2021 – 5 Sa 396/20)

Arbeitgeber können Mitarbeiter **befristet** einstellen, wenn die Voraussetzungen, insbesondere des § 14 TzBfG, erfüllt sind.

Da beim Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse nicht selten eine **Missbrauchsfahr** droht, wurden die Voraussetzungen für eine sachgrundlose Befristung sowie Befristung mit Sachgrund durch die Rechtsprechung sowie dem Gesetzgeber relativ strikt geregelt.

Eine in der Praxis immer wieder auftauchende Frage ist, ob ein Mitarbeiter, der bei **demselben Arbeitgeber** zuvor als **Leiharbeitnehmer** eingesetzt war, noch im Rahmen einer **sachgrundlosen Befristung** eingesetzt werden darf oder ob die vorherige Tätigkeit als **schädliche Vorbeschäftigung** zu werten ist.

Mit dieser Frage musste sich das Landesarbeitsgericht Nürnberg in einer aktuellen Entscheidung befassen (Urteil vom 25.02.2021 – 5 Sa 396/20).



### Beispiel

Arbeitnehmerin A arbeitete über ein Zeitarbeitsunternehmen von Dezember 2017 bis 01.06.2018 beim Entleihbetrieb B. Anschließend war A auf Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrages bis 31.05.2019 direkt bei B beschäftigt.

Mit Vereinbarung vom 17.04.2019 einigten sich die Parteien auf eine Verlängerung der Befristung bis 31.12.2019.

A wehrt sich gegen die Wirksamkeit der Befristung und argumentiert, dass eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig war, da ihr Einsatz als Leiharbeitnehmerin im Entleihbetrieb, ihrem späteren Arbeitgeber, als **schädliches Vorbeschäftigungsverhältnis** zu werten sei.

### Wie wird das Gericht entscheiden?

#### Sachgrundlose Befristung

Eine sachgrundlose Befristung ist gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG zulässig, wenn insgesamt **drei Voraussetzungen** erfüllt sind:

- Die Befristung darf **maximal zwei Jahre** betragen;

- bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist eine **höchstens dreimalige Verlängerung** des befristeten Arbeitsvertrages zulässig;

- zudem darf der Mitarbeiter **nicht bereits zuvor beim selben Arbeitgeber** in einem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis gestanden haben.

Grundsätzlich ist **jede Vorbeschäftigung** für die sachgrundlose Befristung schädlich, unabhängig davon, wie lange diese zurückliegt.

Zudem muss das vorherige Arbeitsverhältnis bei **demselben Arbeitgeber** bestanden haben.

#### LAG vom 25.02.2021 – 5 Sa 396/20

Im dargestellten Beispielfall urteilten die Richter des LAG Nürnberg, dass das Arbeitsverhältnis durch die vereinbarte sachgrundlose Befristung zum 31.12.2019 wirksam beendet worden ist.

Die gesetzlichen Vorgaben seien vorliegend eingehalten worden, da zunächst die Befristung **nicht öfter als drei Mal** bzw. über die **Gesamtdauer von zwei Jahren** hinaus verlängert worden sei.

Auch lag **kein schädliches Vorbeschäftigungsverhältnis** im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vor, da dieses Verbot nur dann greife, wenn die Vertragsparteien **auf beiden Seiten identisch** sind.

#### Keine missbräuchliche Befristung

Zudem lag nach Ansicht der Nürnberger Richter **keine missbräuchliche Befristung** vor. Eine solche setze die Notwendigkeit einer Umgehung des Anschlussverbots der Regelung und die mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Rechtsfolge der im Vertrag vereinbarten Befristung voraus.

Nach Ansicht des LAG handelte es sich um eine **zulässige rechtliche Gestaltungsmöglichkeit** im Rahmen der bestehenden Gesetze. Umstände, die eine Verletzung von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB begründen würden, lägen nicht vor.

Eine Ausnutzung der durch das TzBfG vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten sei nur rechtsmissbräuchlich, wenn mehrere **rechtlich und tatsächlich verbundenen Arbeitgeber kollektiv zusammenwirken** und aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge mit demselben Arbeitnehmer schließen, um auf diese Weise über die, nach § 14 Abs. 1 TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeit hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können.

Ein derartiges Verhalten war vorliegend **nicht erkennbar**, da die Arbeitnehmerin keinen Sachvortrag geleistet hatte, dass das Verleihunternehmen und ihr späterer Arbeitgeber **rechtlich oder tatsächlich verbunden** waren.

---

 Tipps: Verschärfung des allgemeinen Befristungsrechts
 

---

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat am 14.04.2021 einen Referentenentwurf veröffentlicht, der – wie bereits im Koalitionsvertrag von 2017 angestrebt – eine Verschärfung des allgemeinen Befristungsrechts vorsieht.

In den Tipps im August 2021 werden die wichtigsten Aspekte des Referentenentwurfs im Hinblick auf die geplanten Änderungen vorgestellt.

### Sachgrundlose Befristung: Verkürzung der zulässigen Dauer

Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist bislang eine kalendermäßige Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig.

Die zulässige Höchstdauer soll nach dem Referentenentwurf des BMAS von **24 Monate** auf **18 Monate** reduziert werden. Dies bedeutet eine Reduzierung der Höchstbefristungsdauer um ein Viertel.

Dagegen ist geplant, dass § 14 Abs 2 Satz 2 TzBfG bestehen bleibt. Danach ist eine Befristung unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber „bereits zuvor“ ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Ein vorheriges **Berufsausbildungsverhältnis** ist **kein Arbeitsverhältnis**.

Ebenso ist **keine schädliche Vorbeschäftigung** gegeben, wenn erstmalig mit einem Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, der zuvor als **Leiharbeitnehmer** in demselben Betrieb tätig war.

### Sachgrundlose Befristung: Nur noch einmalige Verlängerung möglich

Ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag kann nach der aktuellen gesetzlichen Regelung innerhalb der zulässigen Gesamtdauer von zwei Jahren insgesamt **drei Mal verlängert** werden, § 12 Abs. 2 Satz 1 TzBfG.

Laut Referentenentwurf des BMAS soll künftig nur noch eine **einmalige Verlängerung** möglich sein (§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG-RefE).

Kalendermäßige Befristungen eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes, die bis zum Ablauf des Tages vor dem In-

kräfttreten der Neuregelung vereinbart wurden, sollen nach einer **Übergangsregelung** nur **einmalig** bis zu einer Gesamtdauer von 18 Monaten vereinbart werden können (§ 24 Abs. 1 TzBfG-RefE).

### Sachgrundlose Befristung: Abweichung durch Tarifvertrag

Nach § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG kann durch Tarifvertrag die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von § 14 Abs. 2 Satz 1 festgelegt werden. Aktuell sieht das Gesetz für die tarifvertragliche Abweichungsmöglichkeit weder eine **zeitliche Begrenzung** noch eine **Begrenzung der Verlängerungsmöglichkeiten** vor.

Laut Referentenentwurf soll künftig bei einer Abweichung durch Tarifvertrag

- eine **Höchstdauer** der sachgrundlosen Befristung von bis zu **54 Monaten** oder
- bis zu dieser Gesamtdauer eine **höchstens dreimalige Verlängerung** des kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages festgelegt werden können (§ 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG-RefE).

Enthält ein bei Inkrafttreten der Neuregelung bereits bestehender oder nachwirkender Tarifvertrag **abweichende Regelungen**, die den festgelegten Höchststrahmen überschreiten, soll eine **Übergangsregelung** gelten, wonach diese tarifvertraglichen Bestimmungen bis zum **Ablauf eines Jahres** nach Inkrafttreten des Gesetzes **Gültigkeit** behalten sollen (§ 24 Abs. 2 TzBfG-RefE).

### Sachgrundlose Befristung: Höchstdauer bei vorheriger Leiharbeit

Eine sachgrundlose Befristung soll künftig unzulässig sein, wenn die Gesamtdauer der Befristung zusammen mit Zeiten, in denen der Arbeitnehmer demselben Arbeitgeber als Leiharbeitnehmer überlassen war, eine Höchstdauer von **fünf Jahren überschreitet** (§ 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG-RefE).

Dabei sollen auf die Höchstdauer Überlassungszeiten **anzurechnen** sein, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen jeweils **nicht mehr als drei Jahre** liegen

### Sachgrundlose Befristung: Allgemeine Obergrenze in größeren Unternehmen

Beschäftigt ein Arbeitgeber in der Regel **mehr als 75 Arbeitnehmer**, soll künftig die Zulässigkeit der Befristung voraussetzen, dass zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme **nicht mehr als 2,5 Prozent** der Arbeitnehmer auf Grund eines nach dem Tag des Inkrafttretens der Neuregelung geschlossenen oder verlängerten kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes **beschäftigt** sind (§ 14 Abs. 5 Satz 1 TzBfG-RefE).

Gelten für den Arbeitgeber diese Voraussetzungen, hat der Arbeitgeber die **Arbeitnehmervertretung** am **ersten Kalendertag jedes Quartals über den Anteil der Arbeitnehmer** zu informieren, der auf Grund einer sachgrundlosen Befristung bei ihm beschäftigt sind (§ 20 Satz 2 TzBfG-RefE).

### Befristung mit Sachgrund: Einschränkung von Kettenbefristungen

Die Befristung eines Arbeitsvertrages aus sachlichem Grund soll nach dem Referentenentwurf künftig **unzulässig** sein, wenn die Gesamtdauer der befristeten Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber eine **Höchstdauer von fünf Jahren** überschreitet (§ 14 Abs. 1a Satz 1 TzBfG-RefE). Dies soll jedoch nicht für die Sachgründe nach

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nummer 4 TzBfG-RefE (**Eigenart der Arbeitsleistung**) und

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nummer 7 TzBfG-RefE (**gerichtlicher Vergleich**) gelten.

**Anzurechnen** auf die Höchstdauer sollen dabei **Zeiten befristeter Arbeitsverhältnisse** sein, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen jeweils **nicht mehr als drei Jahre** liegen (§ 14 Abs. 1a Satz 2 TzBfG).

### Kalendermäßige Befristungen: Zitiergebot

In der **schriftlichen Vereinbarung** der Befristung muss nach dem Referentenentwurf künftig **klar gestellt** werden, auf welcher **Rechtsgrundlage die Befristung** beruht, d.h. auf Absatz 2, Absatz 2a oder Absatz 4 (§ 14 Abs. 6 Satz 2 TzBfG-RefE).

**Fehlt** diese Angabe, soll die Befristung **nicht auf eine dieser Rechtsgrundlagen** gestützt werden können (§ 14 Abs. 6 Satz 3 TzBfG-RefE).

Ist in der schriftlichen Vereinbarung der Befristung Absatz 2, Absatz 2a oder Absatz 4 als **Befristungsgrundlage** genannt, soll die Befristung **nicht auf Absatz 1 (Befristung mit Sachgrund)** gestützt werden können (§ 14 Abs. 6 Satz 4 TzBfG).

#### Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH  
Nordostpark 16  
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0  
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99  
[www.arbeitsrecht-beck.de](http://www.arbeitsrecht-beck.de)  
[info@arbeitsrecht-beck.de](mailto:info@arbeitsrecht-beck.de)