

## Abgeltung von Pflegeleistungen unter Einschluss von Bereitschaftszeiten

Thema · RA Univ.-Prof. Mag. rer. soc. oec. Dr. iur. Christian Huber · Zak 2021/655 · Zak 2021, 367 · Heft 19 v. 3.12.2021

Hat eine Entscheidung des deutschen Bundesarbeitsgerichts Auswirkungen auch für Österreich? Eine alternde Gesellschaft bringt es mit sich, dass der Bedarf nach (individuellen) Pflegeleistungen steigt: Einerseits gibt es - gemessen an der Gesamtbevölkerung - immer mehr Personen im höheren Alter; und auch deren Alter ist noch im Steigen begriffen. In Deutschland gibt es ca 4,1 Mio Menschen, die Leistungen der Pflegeversicherung in Anspruch nehmen; drei von vier werden dabei zu Hause betreut. Viele dieser Personen legen Wert darauf, die "Schlussetappe" ihres Lebens möglichst in den vertrauten eigenen vier Wänden zu verbringen. Zum Teil gibt es (noch) familiäre Solidarität: Die gleiche oder die nächste Generation erbringt zumindest partiell erforderliche Pflegeleistungen, damit solcher "Komfort" möglich ist.

### 1. Einleitung

Nicht immer ist es das familiäre Umfeld, das mit Pflegeleistungen einspringt. Die Gründe sind vielfältig: Die gestiegene Mobilität führt dazu, dass die einzelnen Familienmitglieder räumlich weit voneinander entfernt leben. Dazu kommt, dass die Berufstätigkeit beider Ehegatten kein Zeitbudget für solche Dienstleistungen zugunsten ihrer Eltern übrig lässt. Oder aber die nächste Generation geht - aus welchen Gründen auch immer - ihrer Wege. Die Alternative zum Rückgriff auf die Familie ist das Engagement einer fremden Pflegekraft. Nicht selten kommt diese aus Osteuropa und ist immerhin während eines bestimmten Zeitraums bei der pflegebedürftigen Person anwesend, ehe dann eine andere Pflegekraft die Stelle einnimmt. Schätzungen gehen für Deutschland von 160.000 bis 210.000 Personen aus; es werden aber auch Zahlen bis 300.000 Personen genannt.

Eine vergleichbare Situation ergibt sich, wenn ein Ersatzpflichtiger (im Regelfall eine Haftpflichtversicherung) für die Folgen einer Pflegebedürftigkeit aufgrund einer Verletzung aufkommen muss. Die beiden wichtigsten Anwendungsfälle sind die Folgen eines Verkehrsunfalls und eines ärztlichen Kunstfehlers.

### 2. Gretchenfrage: Ist ein solcher Service leistbar?

Die Gretchenfrage in den geschilderten Konstellationen lautet: Einen solchen Service, nämlich die Pflege in den eigenen vier Wänden, wünschen sich viele; für wen ist er aber auch leistbar? Ab wann kann ein Schädiger einwenden, dass die Kosten unzumutbar bzw unverhältnismäßig sind? Wie wirkt es sich aus, dass es nicht inländische Pflegekräfte sind (weil man solche für diesen Bedarf mittlerweile kaum noch findet), sondern solche aus dem Ausland, namentlich aus Osteuropa, wo das Lohnniveau (noch) deutlich geringer ist?

### 3. Ein Geschäftsmodell, das kein Einzelfall sein dürfte

Das deutsche Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte sich jüngst mit einem solchen Fall zu beschäftigen. Nach dem Sachverhalt der Entscheidung wurde die "Quadratur des Kreises" versucht oder anders ausgedrückt - eine Dienstleistung erbracht, bei der Innen- und Außenverhältnis nicht deckungsgleich waren. Im Klartext wurde der bulgarischen Pflegeperson das in Deutschland geschuldete Mindestentgelt vorenthalten. Wie war es genau? Eine bulgarische GmbH stellte eine bulgarische Staatsbürgerin mit Wohnsitz in Bulgarien für 30 Stunden pro Woche an und entsandte diese für einen bestimmten Zeitraum nach Deutschland. Die Arbeitszeit war vertraglich mit sechs Stunden pro Tag begrenzt. Zugesichert wurden zwei

freie Tage, nämlich Samstag und Sonntag. Vereinbart war ausdrücklich, dass die Pflegeperson keine Überstunden machen durfte. Als Entlohnung waren 950 € netto pro Monat samt freier Station (Zimmer und Verpflegung) vereinbart.

Die bulgarische GmbH arbeitete mit einer deutschen Agentur zusammen, die zu pflegende Personen in Deutschland vermittelte, wofür die bulgarische GmbH eine monatliche Provision erhielt. Die deutsche Agentur warb mit einer Rund-um-die-Uhr-Betreuung; lediglich im Kleingedruckten wurde darauf hingewiesen, dass man

Seite 367

das nicht wörtlich, sondern als Marketingbezeichnung verstehen möge. Eine 90-jährige Person aus Berlin, die im Rollstuhl saß und auf einen Rollator angewiesen war, schloss über Vermittlung der deutschen Agentur mit der bulgarischen GmbH einen Dienstleistungsvertrag ab, der im Wesentlichen drei Bereiche umfasste: Haushaltsführung, Grundversorgung (wie Hilfe bei der Hygiene und beim Ankleiden) und soziale Aufgaben (Gesellschaft leisten, Ansprache, gemeinsame Interessenverfolgung). Dieser Vertrag beinhaltete den Passus, dass die zu pflegende Person bezüglich der zu erledigenden Aufgaben der Pflegeperson keine Weisungen erteilen durfte. Freilich fand sich im Vertrag die Klausel, dass die Freizeit-/Pausenregelung nach gegenseitiger Absprache erfolgen solle. Im Arbeitszeugnis wurde bestätigt, dass die Pflegekraft ihr Zimmer auch während der Nacht geöffnet halten musste, um der zu pflegenden Person bei Toilettengängen behilflich zu sein.

Gegenüber dem Sohn der zu pflegenden 90-Jährigen äußerte sich die beklagte bulgarische GmbH in der Weise, dass die Pflegeperson einen freien Tag in der Woche habe, der aber auch stundenweise durch die ganze Woche verteilt sein könne. Der Sohn wies die Pflegekraft (und spätere Klägerin) darauf hin, dass sie die Funktion einer für das Wohl und Wehe zuständigen Aufsichtsperson für die zu pflegende Mutter habe. Ein freier Tag sei aufgrund der Gegebenheiten nicht möglich.

#### **4. Das dicke Ende kommt immer zum Schluss**

Rund-um-die-Uhr-Betreuung für 950 € netto pro Monat oder 52,07 € brutto pro Tag - das konnte nicht lange gut gehen. Mit gewerkschaftlicher Hilfe machte die Pflegerin aus Bulgarien schlussendlich für den Zeitraum von Mai bis August 2015 und von Oktober bis Dezember 2015 einen Differenzlohn von insgesamt 47.124 € brutto geltend, abzüglich der gezahlten 6.680 € netto. Das ArbG Berlin sprach 42.636 € zu, das LArbG Berlin immerhin noch 38.377,50 €. Das BAG verwies die Rechtssache an das Gericht zweiter Instanz zurück, weil es Defizite bei der Beweiswürdigung als gegeben ansah, ließ aber durchblicken, dass von der Größenordnung her die von den Tatgerichten zugesprochenen Beträge einigermaßen zutreffend sein dürften. Ob es nun 42.636 € oder 38.377,50 € sind oder allenfalls noch etwas weniger, eines steht fest: Im Verhältnis zu den gezahlten 6.680 € ist das eine andere Größenordnung, selbst wenn es sich einmal um Brutto- und das andere Mal um Nettobeträge handelt.

Was den österreichischen Leser (hoffentlich) interessiert, das sind die Begründungen: Da diese vielfach auf unionsrechtliche Normen und die Grundrechte Bezug nehmen, ist von einer zumindest vergleichbaren Rechtslage in Österreich auszugehen.

#### **5. Die maßgeblichen Begründungen**

##### **5.1. Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und anwendbares Recht**

Im Ausgangspunkt handelt es sich um einen Arbeitsvertrag zwischen einer bulgarischen GmbH und einer bulgarischen Arbeitnehmerin. Ein Bezug zu Deutschland ist freilich insoweit gegeben, als die Dienstleistung in Deutschland erbracht wurde.

Die internationale Zuständigkeit für die Klage gegen die bulgarische GmbH leitete das Berliner Arbeitsgericht aus Art 6 der [RL 96/71/EG](#) (Entsende-RL) ab. Darin ist festgelegt, dass ein Differenzlohnanspruch eines entsandten Arbeitnehmers in dem Mitgliedstaat erhoben werden kann, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt worden ist.

Seite 2

Zudem hat das LAG Berlin die Zuständigkeit auf Art 21 Abs 1 lit b Brüssel-Ia-VO gestützt, was das BAG dahingestellt sein ließ. Die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts ist für die inhaltliche Beurteilung vermutlich von zentraler Bedeutung, ist doch nicht auszuschließen, dass die Heranziehung unionsrechtlicher Normen sowie die Durchdringung des einfachen Gesetzesrechts mit grundrechtlichen Wertungen in Deutschland wahrscheinlich intensiver ist als in Bulgarien. Auch könnte ein solcher Zivilprozess durch drei Instanzen in Bulgarien länger dauern als in Deutschland.

### **5.2. Deutsches Mindestlohngesetz als Eingriffsnorm iSd Art 9 Abs 1 Rom I-VO**

Mag auch das Arbeitsverhältnis zwischen einer bulgarischen Arbeitgeberin und einer bulgarischen Arbeitnehmerin bulgarischem Recht unterliegen, so hat § 20 des deutschen Mindestlohngesetz zwingende Wirkung als Eingriffsnorm iSd Art 9 Abs 1 Rom I-VO. Ein solches Verständnis gebietet zudem Art 3 Abs 1 der Entsende-RL.

Bei diesen Normen geht es nicht nur um den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer, sondern zumindest auch um öffentliche Gemeinwohlinteressen. So ist es jedenfalls beim Mindestlohngesetz, das alle abhängig Beschäftigten vor den Folgen einer unangemessen niedrigen Vergütung schützen will; dies ist Ausdruck der Menschenwürde (Art 1 Abs 1 S 1 GG). Zugleich dient das der Entlastung sozialer Sicherungssysteme.

Das LAG Berlin verwies zusätzlich auf Art 31 Abs 1 GRC, wonach das Abdrängen von Arbeitnehmern in unbezahlte Arbeit als unwürdig verboten wurde. Bemüht wurde auch der ordre public des Art 21 Rom I-VO.

### **5.3. Inhaltliche Reichweite des deutschen MindestlohnG**

Für den Mindestlohn ist auf den Betrag abzustellen, der tatsächlich ausgezahlt wird. Die freie Station ist dabei auszublenden, spricht doch der Wortlaut von "Zahlung" und weist auf einen (Brutto-)Eurobetrag hin. Das ist nur iZm einer Geldleistung möglich. In § 1 Abs 1 MindestlohnG ist ein die vertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Anspruch geregelt, der eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen

Seite 368

Entgeltanspruch tritt. Absprachen des ausländischen Arbeitgebers mit seinem ausländischen Arbeitnehmer, die den deutschen Mindestlohn unterschreiten, sind im Fall der Entsendung des Arbeitnehmers nach Deutschland nach § 3 S 1 MindestlohnG unwirksam.

Bedeutsam ist, dass aufgrund der Entsende-[RL 96/71/EG](#) sowie deren Nachfolgerin ([RL 2018/957/EU](#)) zwar der Begriff "Mindestentgeltsätze" verwendet wird, die Vorgaben aber nicht bloß die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns erfassen, sondern auch die Modalitäten, nach denen der gesetzliche Mindestlohn zu zahlen ist. Verwiesen wird auf die Judikatur des EuGH, wonach der Begriff "Mindestlohnsätze" weit auszulegen ist.

Mit der mit dem Mindestlohn zu vergütenden Arbeit ist nach deutschem Recht nicht nur die Vollarbeit, sondern auch die Bereitschaft zu solcher erfasst. Das sind Zeiten, in denen der Arbeitnehmer von sich aus (Arbeitsbereitschaft) oder auf Anforderung (Bereitschaftsdienst) die Arbeit aufzunehmen hat. Insoweit handelt es sich um vergütungspflichtige Arbeit. Das trifft für diejenigen Zeiten zu, in denen der Arbeitnehmer zwar untätig ist, aber nicht frei über die Nutzung dieses Zeitraums verfügen kann, er also weder eine Pause noch Freizeit hat.

Die gesetzliche Vergütungspflicht des Mindestlohngesetzes differenziert nicht zwischen dem Grad der tatsächlichen Inanspruchnahme und gibt somit auch für die Bereitschaft einen ungeschmälernten Anspruch auf den Mindestlohn. Ohne eine im Gesetz selbst niedergelegte Staffelung fehlt es für das BAG an einer Legitimation, geleistete Arbeit mit weniger als dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten. An sich kann zwar für Sonderformen der Arbeit wie Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst ein geringeres Entgelt als für Vollarbeit vorgesehen werden; es ist aber allein Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, ob solche Arbeitsformen aus der Mindestlohnspflicht herausgenommen werden können.

Seite 3

#### **5.4. Zurückverweisungsbeschluss des BAG**

Das BAG hat an das LAG zurückverwiesen, weil dieses eine tägliche Arbeitszeit von 21 Stunden angenommen hatte; nur in einem Ausmaß von drei Stunden war es der bulgarischen Pflegerin nach Ansicht des LAG möglich, dass sie sich ihren Pflichten entziehen und autonom über ihre Zeit verfügen konnte. Diese Feststellungen erfolgten nach Ansicht des BAG auf einer nicht ausreichenden Beweiswürdigung. Auch würde die Schätzung völlig in der Luft hängen, sodass die richterliche Schätzung nach § 287 dZPO (der Entsprechung zu § 273 öZPO) nicht möglich sei. Es finden sich darin freilich folgende Hinweise:

Die Annahme des LAG Berlin, die Klägerin habe mehr als die im Arbeitsvertrag angegebenen 30 Wochenstunden arbeiten müssen, ist "nach der Aktenlage nicht fernliegend". Festzustellen wird sein, ob die 30 Arbeitsstunden pro Woche wirklich gewollt waren. Welche Bedeutung einer täglichen Ruhezeit von 60 Minuten bei einem Sechs-Stunden-Alltag zukommen soll, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Das LAG Berlin wird auch die Antwort der Beklagten auf eine Nachfrage des Sohnes zu würdigen haben, wonach der Klägerin nur ein freier Tag pro Woche zustehe, der freilich auch stundenweise gewährt werden könne. Das steht im Widerspruch zur getroffenen Vereinbarung, wonach Samstag und Sonntag arbeitsfrei sein sollten. Dass faktisch auch nur ein Tag pro Woche arbeitsfrei war, hat die Beklagte nicht einmal behauptet.

Zu würdigen wird auch die Zusage einer 24-Stunden-Betreuung im Vertrag zwischen der betreuten Person und der Beklagten sein. Darin war auch von sozialen Aufgaben sowie Nachtwachen die Rede. Bei "gebotener lebenspraktischer Betrachtungsweise" musste allen Beteiligten klar sein, dass angesichts des Alters der betreuten Person und des mit ihr vereinbarten Leistungsumfangs eine Arbeitszeit von 30 Wochenstunden objektiv nicht ausreichend war. Wie das möglich sein hätte sollen, hat die Beklagte im bisherigen Verfahren nicht substantiiert dargelegt.

Es wird zu prüfen sein, ob die Beklagte die Mehrarbeit veranlasst hat; und zudem konkludent auch den Bereitschaftsdienst. Auch "dafür dürfte einiges sprechen". Weder der Arbeitsvertrag noch der Dienstleistungsvertrag zwischen der pflegebedürftigen Frau und der Beklagten weisen bestimmte Zeiten aus, in denen sich die Klägerin zurückziehen konnte, ohne auf die möglichen Bedürfnisse der zu betreuenden Person Rücksicht zu nehmen.

### **6. Würdigung**

#### **6.1. Pflegefall alter und gebrechlicher Menschen**

*Haan/Schmieder* verweisen darauf, dass als Folge des Urteils des BAG künftig die Beschäftigung ausländischer Pflegekräfte auf Basis einer selbstständigen Tätigkeit erfolgen werde, weil für diese dann der Mindestlohn nicht gelte. Allerdings gilt gleichwohl der Maßstab der Scheinselbstständigkeit, somit die Prüfung, ob derjenige, der seine Dienstleistung anbietet, tatsächlich selbstständig tätig ist oder ob nach der realen Gestaltung nicht doch ein Arbeitsvertrag gegeben ist. Lobend hervorgehoben wird dabei Österreich, wo es eine finanzielle Unterstützung für Pflegebedürftige gebe, die solche Leistungen in Anspruch nehmen. Erwähnt wird freilich auch, dass es in Österreich nur wenige gesetzliche Vorgaben gebe, die qualitativen Anforderungen für die Rund-um-die-Uhr-Betreuung niedrig seien und es keine regelmäßigen Qualitätskontrollen gebe. Ob in der Alpenrepublik - im Gegensatz zu Deutschland - tatsächlich alles zum Besten steht? Allein, mir fehlt der Glaube. Mag die innerstaatliche gesetzliche Determinierung auch anders (dünner?) sein, die unionsrechtlichen Vorgaben können sich in Österreich nicht anders stellen als in Deutschland.

#### **6.2. Auswirkungen für die Bemessung von Schadenersatzansprüchen**

Lediglich einen (ganz) kleinen Ausschnitt betreffen die Fälle, in denen die Pflege verletzter Menschen deshalb erfolgen muss,

Seite 369

weil ein Ersatzpflichtiger die Verletzung zu verantworten hat. Umstritten ist das Ausmaß des Ersatzes namentlich dann, wenn die verletzte Person in den eigenen vier Wänden verbleibt und

Seite 4

Familienangehörige einspringen. Maßstab ist dabei, so jedenfalls das Postulat des OGH, die wirtschaftliche Lage bei Einstellung einer fremden Ersatzkraft. Die Höhe der ausgerichteten Ersatzbeträge bleibt freilich - nicht nur wegen des mitunter unzureichenden klägerischen Vorbringens - häufig deutlich unter dem Betrag, der einer fremden Ersatzkraft zu zahlen wäre. Bei aller Zurückgenommenheit wird man postulieren dürfen, dass eine familiäre Pflegekraft nicht geringer zu entlohnen ist als eine aus Osteuropa, die noch dazu in bestimmten Zeitabständen durch eine andere abgelöst wird.

Namentlich die Abgeltung von Bereitschaftszeiten ist dabei häufig ein Zankapfel. Der OGH billigte eine Abgeltung, wenn durch die Bereitschaft eine Erwerbsarbeit oder Outdoor-Aktivitäten vereitelt wurden. Um es prototypisch auszudrücken, ist diese Voraussetzung gegeben, wenn ein Tiroler durch die Pflege eines Angehörigen auf das Bergsteigen verzichten muss und der Wiener auf den Besuch der Staatsoper. Ich habe das als "anwaltschaftliche Kreativitätsprämie" gegeistert. Die Folge ist, dass deshalb der dreimal unterbrochene Nachtschlaf - abgesehen von den 3 x 10 Minuten Einsatz - unentschädigt bleibt, weil die allermeisten Menschen während der Nacht auch nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind, sieht man bspw. von Schichtarbeitern oder Prostituierten ab. Das BAG legt insoweit einen sehr viel strengeren Maßstab an, der den OGH zum Nachdenken anregen sollte - und noch mehr den BGH, der insoweit noch engherziger ist.

Das Ergebnis dieses Nachdenkprozesses würde dazu führen, dass die Ersatzbeträge für solche Pflegeleistungen bei schwerstverletzten Personen signifikant steigen müssten, mag die Steigerung auch nicht das Ausmaß erreichen wie im Fall des BAG, wo sich eine enorme Differenz zwischen dem gezahlten Betrag von 6.680 € und dem von den Vorinstanzen zugebilligten Betrag von rund 40.000 € ergab; somit eine Steigerung von mehreren hundert Prozent. Erwähnt sei schließlich, dass es im Fall des BAG um allereinfachste Tätigkeiten der Haushaltsführung und Grundversorgung ging und nicht um pflegerische Tätigkeiten, für die eine gewisse Ausbildung erforderlich ist. Für Letztere wird mehr als der Mindestlohn geschuldet.

---

<sup>1</sup> Die Werte für Österreich betragen häufig ein Zehntel.

<sup>2</sup> Haan/Schmieder, Die privat bereitgestellte Pflege braucht sichere Rahmenbedingungen, ZEIT ONLINE vom 2. 7. 2021, [https://www.zeit.de/wirtschaft/2021-06/urteil-bundesarbeitsgericht-pflegepolitik-pflegesystem-demographischer-wandel?wt\\_zmc=sm.ext.zonaudev.mail.ref.zeitde.share.link.x](https://www.zeit.de/wirtschaft/2021-06/urteil-bundesarbeitsgericht-pflegepolitik-pflegesystem-demographischer-wandel?wt_zmc=sm.ext.zonaudev.mail.ref.zeitde.share.link.x) (22. 11. 2021).

<sup>3</sup> Zur Ersatzfähigkeit der Pflegeleistungen bei Verletzung der Schwägerin bei Betreuung des Schwagers im gleichen Haushalt 2 Ob 179/18i = EvBl 2019/147 (S. Gruber) = RZ 2019/14, 114 (Spending) = Zak 2019/367, 198 = ZVR 2020/99 (Ch. Huber).

<sup>4</sup> Zur Ersatzfähigkeit der Pflegeleistungen bei Verletzung des Sohnes bei Betreuung der betagten Eltern außerhalb des gleichen Haushalts 2 Ob 43/21v = Zak 2021/540, 298; dazu demnächst Ch. Huber in ÖJZ.

<sup>5</sup> Haan/Schmieder, ZEIT ONLINE (FN 2).

<sup>6</sup> BAG 5 AZR 505/20 = NZA 2021, 1398.

<sup>7</sup> Zur Besprechung dieser Entscheidung Ch. Huber, Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thönneßen (Hrsg), Fachtagung Personenschaden 2021, 179 (187 ff).

<sup>8</sup> Haan/Schmieder, ZEIT ONLINE (FN 2).

<sup>9</sup> Nachweise bei Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom § 1325 Rz 45 ff.

<sup>10</sup> Dazu Ch. Huber, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse einer verletzten Person, in FS G. Müller (2009) 35 ff.

<sup>11</sup> *Ch. Huber*, Das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr, ÖJZ 2007, 625 (632).

<sup>12</sup> Und das jede Nacht ohne Aussicht auf Besserung, wie sie bei einem heranwachsenden Kind in frühen Lebensetappen erwartet werden kann.



**Christian Huber 17.11.2022**