

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 12. Dezember 2018
- 5 AZR 588/17 -
ECLI:DE:BAG:2018:121218.U.5AZR588.17.0

I. Arbeitsgericht Bielefeld

Urteil vom 13. Juni 2017
- 7 Ca 449/17 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 22. November 2017
- 3 Sa 1094/17 -

Entscheidungsstichworte:

Mindestentgelt in der Pflegebranche - Bereitschaftsdienst

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer Parallelsache

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 588/17
3 Sa 1094/17
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. Dezember 2018

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2018 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Volk sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Röth-Ehrmann und Christen für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. November 2017 - 3 Sa 1094/17 - aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung für Bereitschaftsdienste in der durch die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (PflegeArbbV) vom 15. Juli 2010 (*BAnz. 2010 Nr. 110 S. 2571*) und der 2. PflegeArbbV vom 27. November 2014 (*BAnz. AT 28. November 2014 V1*) bestimmten Höhe. 1

Die Klägerin ist beim Beklagten seit März 2012 im Pflegedienst beschäftigt. Im Arbeitsvertrag der Parteien heißt es ua.: 2

„... wird ein Teilzeitarbeitsverhältnis mit dem Recht zum Abruf der Arbeitsleistung in Form von Bereitschaftsdiensten ... abgeschlossen.

§ 1

Einstellung / ...

Der/die Arbeitnehmer/in wird mit Wirkung vom 08.03.2012 für die Tätigkeit einer Nachtbereitschaft beim Kreisverband der Arbeiterwohlfahrt eingestellt.

...

§ 2

Arbeitszeit

Die monatliche Arbeitszeit beträgt mindestens - Bereitschaftsdienste, höchstens 5 Bereitschaftsdienste.

...

Der/die Arbeitnehmer/in ist berechtigt, Bereitschaftsdienste abzulehnen, die der Arbeitgeber ihm/ihr nicht mindestens drei Tage im Voraus mitgeteilt hat.

Der/die Arbeitnehmerin ist verpflichtet, auf Verlangen Mehrarbeit zu leisten, soweit ihm/ihr dieses zumutbar ist.

...

§ 4

Dauer und Vergütung

Der Bereitschaftsdienst beginnt um 19:45 Uhr und endet am nächsten Morgen um 07:45 Uhr.

Drei Stunden des Bereitschaftsdienstes gelten arbeitsrechtlich als normale Arbeitszeit. Sie werden mit EG KR 7 a, Stufe 2 pro Stunde vergütet. Es erfolgt keine gesonderte Auszahlung von Zeitzuschlägen, da diese in die Berechnung des Stundensatzes mit eingeflossen sind.

Die übrigen neun Stunden gelten als reiner Bereitschaftsdienst und werden insgesamt pauschal mit je 45,00 € vergütet.

...“

Die Parteien waren im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgrund beiderseitiger Verbandszugehörigkeit an den Tarifvertrag für die Arbeiterwohlfahrt in Nordrhein-Westfalen vom 5. Januar 2008 idF des 3. Änderungstarifvertrags vom 17. Dezember 2010 (im Folgenden TV AWO NRW) gebunden. Dort ist ua. bestimmt:

3

„§ 13a Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft

- (1) ¹Beschäftigte in Heimen, die überwiegend pflegerische Tätigkeiten ausüben, oder denen überwiegend die Betreuung oder Erziehung der untergebrachten Personen obliegt, sind verpflichtet, sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfalle die Arbeit aufzunehmen (Bereitschaftsdienst).

²Der Arbeitgeber darf Bereitschaftsdienst nur anordnen, wenn zu erwarten ist, dass zwar Arbeit anfällt, erfahrungsgemäß aber die Zeit ohne Arbeitsleistung überwiegt. ³Bereitschaftsdienst darf höchstens zehn Mal im Monat angeordnet werden.

...

- (1.1) ¹Der Bereitschaftsdienst einschließlich der geleisteten Arbeit wird zum Zwecke der Entgeltberechnung mit 25 v.H. als Arbeitszeit bewertet. ...
- (1.2) Wenn die durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit überschritten wird, ist die Überstundenvergütung (§ 14) zu zahlen.
- (2) Zum Zwecke der Vergütungsberechnung wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit wie folgt als Arbeitszeit gewertet:
 - a) Nach dem Maß der während des Bereitschaftsdienstes erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallenden Arbeitsleistungen wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes wie folgt als Arbeitszeit gewertet:

Stufe	Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes	Bewertung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit
A	0 bis 10 v.H.	15 v.H.
B	mehr als 10 bis 25 v.H.	25 v.H.
C	mehr als 25 bis 40 v.H.	40 v.H.
D	mehr als 40 bis 49 v.H.	55 v.H.

Ein hiernach der Stufe A zugeordneter Bereitschaftsdienst wird Stufe B zugeteilt, wenn der Beschäftigte während des Bereitschaftsdienstes in der Zeit von 22.00 bis 06.00 Uhr erfahrungsgemäß durchschnittlich mehr als dreimal dienstlich in Anspruch genommen wird.

- b) Entsprechend der Zahl der vom dem/der Beschäftigten je Kalendermonat abgeleisteten Bereitschaftsdienste wird die Zeit eines jeden Bereitschaftsdienstes zusätzlich wie folgt als Arbeitszeit gewertet:

Zahl der Bereitschaftsdienste	Bewertung im Kalendermonat als Arbeitszeit
1. bis 8. Bereitschaftsdienst	25 v.H.
9. bis 12. Bereitschaftsdienst	35 v.H.
13. und folgende Bereitschaftsdienste	45 v.H.

...“

Mit Schreiben vom 24. Juni 2015 begehrte die Klägerin vom Beklagten weitere Vergütung in Höhe von 646,00 Euro brutto. Sie habe in der Zeit von Juni bis Dezember 2014 161,5 Bereitschaftsdienststunden geleistet, wofür ihr nach § 2 Abs. 1 PflegeArbbV statt gezahlter (umgerechnet) 5,00 Euro brutto je Stunde ein Mindestentgelt in Höhe von 9,00 Euro brutto je Stunde zustehe. Mit weiterem Schreiben vom 2. Februar 2017 hat sie zusätzlich für das Jahr 2015 hinsichtlich 342 Bereitschaftsdienststunden Differenzvergütung von 4,40 Euro brutto je Stunde, insgesamt 1.504,80 Euro brutto, und für das Jahr 2016 hinsichtlich 288 Bereitschaftsdienststunden Differenzvergütung von 4,75 Euro je Stunde, insgesamt 1.368,00 Euro brutto, verlangt, die ihr nach der 2. PflegeArbbV zustehe.

4

Mit ihrer dem Beklagten am 6. März 2017 zugestellten Klage hat die Klägerin die Ansprüche weiterverfolgt. Im Berufungsverfahren hat sie zur Berechnung ihrer Forderungen die Gesamtzahl der jeweils innerhalb eines Monats geleisteten Stunden mit dem Mindestentgelt nach der jeweils gültigen PflegeArbbV - von 9,00, 9,40 bzw. 9,75 Euro brutto - multipliziert. Von der sich hieraus berechnenden Gesamtvergütung hat sie den in den jeweiligen Monatsabrechnungen ausgewiesenen Bruttoverdienst in Abzug gebracht. Auf dieser Grundlage hat sie Differenzvergütung für Juni 2014 bis Dezember 2016 hin-

5

sichtlich solcher Monate begehrt, in denen sich zu ihren Gunsten ein Saldo ergab.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der Beklagte schulde das Mindestentgelt für jede der von ihr geleisteten Dienststunden. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 2 Abs. 3 2. PflegeArbbV die Zeit des Bereitschaftsdienstes zum Zwecke der Entgeltberechnung in geringerem Umfang als Arbeitszeit bewertet werden könne, lägen nicht vor. Als Bereitschaftsdienst im Sinne der Bestimmung sei die jeweilige 12-stündige Nachtbereitschaft anzusehen. Innerhalb der Schichten habe sie regelmäßig vier Stunden und 40 Minuten Vollarbeit geleistet. Danach habe die Zeit ohne Arbeitsleistung nicht, wie von § 2 Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV gefordert, erfahrungsgemäß mindestens 75 Prozent betragen.

Die Klägerin hat zuletzt - zusammengefasst - beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 1.997,71 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 732,66 Euro seit dem 16. Januar 2015, aus weiteren 550,02 Euro seit dem 16. Januar 2016 und aus weiteren 715,03 Euro seit dem 2. Januar 2017 zu zahlen;
2. den Beklagten zu verurteilen, an sie eine Schadensersatzpauschale in Höhe von 40,00 Euro zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende erstinstanzliche Urteil zu Unrecht zurückgewiesen.

- I. Die Klage ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Sachantrag bedarf allerdings der Auslegung. 11
1. Die Klägerin hat zuletzt für geleistete Nachtschichten zu je 12 Stunden in den Monaten Juni, September und Dezember 2014, für Februar, März, August bis Oktober sowie Dezember 2015 und für Februar bis Mai sowie September 2016 das Mindestentgelt nach der jeweils maßgeblichen PflegeArbbV verlangt, wobei sie die Zahl der monatlich geleisteten Nachtschichten einschließlich darauf entfallender Stunden angegeben hat. Auf dieser Grundlage hat sie unter Berücksichtigung monatlicher Zahlungen des Beklagten neben Differenzvergütung für das Jahr 2014 von insgesamt 732,66 Euro brutto - bei sachgerechtem Verständnis ihrer Ausführungen im Schriftsatz vom 21. September 2017 (Berufungsbegründung) - weitere Vergütung für das Jahr 2015 von insgesamt 801,75 Euro brutto sowie für das Jahr 2016 von insgesamt 715,12 Euro brutto verlangt. Das ergibt die Addition der in der Berufungsbegründung bezeichneten Monatsdifferenzen. Soweit die Klägerin in den Klageantrag geringere Beträge - 550,02 Euro brutto für das Jahr 2015 und 715,03 Euro brutto für das Jahr 2016 - aufgenommen hat, beruhte dies offenbar auf einem Versehen. Das hat der Beklagte ersichtlich nicht anders gesehen. Soweit er sich in der Berufungserwiderung auf Erfüllung berufen hat, hat er seinen Berechnungen nicht etwa die von der Klägerin fehlerhaft ermittelten Summen, sondern die sich bei richtiger Addition errechnenden Forderungsbeträge zugrunde gelegt. 12
2. Die Klage richtet sich somit auf Zahlung der gesamten, für den Streitzeitraum berechneten Differenzvergütung und nicht nur auf einen Teil hiervon. Sie ist dementsprechend als abschließende Gesamtklage zu verstehen (*vgl. BAG 17. Oktober 2018 - 5 AZR 553/17 - Rn. 10*). 13
3. Ob eine Klageänderung in der Berufungsinstanz vorliegt, kann dahinstehen. Deren Zulässigkeit nach § 533 ZPO ist in der Revision analog § 268 ZPO nicht mehr zu prüfen, wenn das Landesarbeitsgericht - wie im Streitfall - in der Sache entschieden hat (*vgl. BAG 19. Mai 2016 - 3 AZR 766/14 - Rn. 16*). 14

- II. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen zu Unrecht angenommen, Ansprüche der Klägerin auf Differenzvergütung für das Jahr 2014 seien jedenfalls nach § 4 PflegeArbbV verfallen. Ebenso unzutreffend hat es angenommen, die Klage sei bezüglich der für die Jahre 2015 und 2016 verlangten Differenzvergütung unbegründet, weil die Klägerin nur zu den Zeiten Bereitschaftsdienst geleistet habe, während derer sie nicht zur Vollarbeit verpflichtet gewesen sei. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen ist der Senat an einer eigenen Sachentscheidung gehindert (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). 15
1. Der Geltungsbereich der PflegeArbbV und der 2. PflegeArbbV ist eröffnet. Das steht zwischen den Parteien außer Streit. Davon geht auch das Landesarbeitsgericht aus. Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht zu erkennen. 16
2. Die Klägerin hat für die im Jahr 2014 geleisteten Arbeitsstunden dem Grunde nach Anspruch auf das Mindestentgelt nach § 2 Abs. 1 PflegeArbbV. 17
- a) Für ihre Arbeitsleistungen im Jahr 2014 stand der Klägerin je Stunde das Mindestentgelt nach § 2 Abs. 1 PflegeArbbV unabhängig davon zu, ob es sich bei der Tätigkeit um Vollarbeit oder Bereitschaftsdienst handelte (*BAG 18. November 2015 - 5 AZR 761/13 - Rn. 13, BAGE 153, 248; 19. November 2014 - 5 AZR 1101/12 - Rn. 15, BAGE 150, 82*). Von der Möglichkeit, für den Bereitschaftsdienst als Sonderform der Arbeit eine gesonderte Vergütungsregelung zu treffen, hat der Verordnungsgeber im Bereich der Pflege für den Zeitraum bis 31. Dezember 2014 weder in § 2 noch in den übrigen Bestimmungen der PflegeArbbV Gebrauch gemacht (*BAG 19. November 2014 - 5 AZR 1101/12 - Rn. 16, aaO*). Darauf, ob die Klägerin nach § 13a TV AWO NRW oder § 4 Arbeitsvertrag für den Bereitschaftsdienst eine geringere Vergütung zu beanspruchen hätte, kommt es nicht an. Solche Vereinbarungen sind im Geltungsbereich der PflegeArbbV wegen Verstoßes gegen § 2 PflegeArbbV unwirksam, § 134 BGB, §§ 13, 11 Abs. 1, § 9 Satz 1 AEntG. 18

b) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, etwaige Entgeltansprüche der Klägerin aus dem Jahr 2014 seien verfallen. Mit seiner Annahme, die Klägerin habe hinsichtlich der zuletzt für 2014 erhobenen Forderungen die Ausschlussfrist nach § 4 PflegeArbbV nicht gewahrt, weil sie den im Berufungsverfahren erhobenen Ansprüchen andere Berechnungstatsachen zugrunde gelegt habe als im Geltendmachungsschreiben vom 24. Juni 2015 und der erstinstanzlichen Klagebegründung angegeben, hat das Berufungsgericht die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Geltendmachung der Ansprüche überspannt. 19

aa) Gemäß § 4 PflegeArbbV verfallen die Ansprüche auf das Mindestentgelt, wenn sie nicht innerhalb von zwölf Monaten nach ihrer Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Diese den Vorgaben von § 13 iVm. § 9 Satz 3 AEntG genügende Ausschlussfrist dient ebenso wie tarifliche Ausschlussklauseln der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Der Anspruchsgegner soll sich innerhalb eines Zeitraums, in dem noch alles überschaubar ist, auf die aus Sicht des Anspruchstellers offene Forderung einstellen, Beweise sichern und ggf. Rücklagen bilden können (*vgl. BAG 28. Februar 2018 - 4 AZR 816/16 - Rn. 50, BAGE 162, 81*). Für eine ordnungsgemäße Geltendmachung ist daher erforderlich, dass die in Anspruch genommene Partei erkennen kann, um welche Forderung es sich handelt. Der Anspruch ist dem Grunde nach hinreichend deutlich zu bezeichnen. Seine Höhe und der Zeitraum, für den er verfolgt wird, müssen ersichtlich sein. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist eine Bezifferung nicht zwingend geboten (*BAG 22. September 2016 - 6 AZR 432/15 - Rn. 13 mwN*). 20

bb) Diesen Anforderungen wird das Schreiben vom 24. Juni 2015 in Höhe einer beanspruchten Differenzvergütung von 646,00 Euro brutto gerecht. Die Klägerin hat als Anspruchsgrund das Mindestentgelt nach der PflegeArbbV und mit dem bezeichneten Betrag von 9,00 Euro brutto je Stunde auch dessen Höhe benannt. Sie hat zudem klargestellt, dass sie das Mindestentgelt für 161,5 Bereitschaftsdienststunden verlange, die sie im Zeitraum Juni bis Dezember 2014 geleistet habe. Soweit sie nunmehr die zuletzt beanspruchte Differenzvergütung auf der Grundlage der Zahl der im jeweiligen Monat geleisteten 21

Gesamtstunden und der zugeflossenen Monatsvergütung berechnet, hat sie weder die Art des Anspruchs noch die anspruchsbegründenden Tatsachen wesentlich geändert. Die Klägerin hat hinsichtlich der Berechnung der beanspruchten Differenzvergütung lediglich statt der im Geltendmachungsschreiben vorgenommenen stundenweisen Betrachtung eine monatsbezogene Berechnung vorgenommen. Dies hat aber nichts daran geändert, dass sich der Beklagte aufgrund des Schreibens vom 24. Juni 2015 - soweit ihm dieses innerhalb der Ausschlussfrist zugegangen ist - darauf einstellen konnte, hinsichtlich des bezeichneten Zeitraums wegen nicht vollständig geleisteten Mindestentgelts in der Pflegebranche in Anspruch genommen zu werden.

3. Das Landesarbeitsgericht hat ebenso zu Unrecht angenommen, die 22
Klage sei bezüglich der von der Klägerin für die Jahre 2015 und 2016 verlangten Differenzvergütung unbegründet. Das Berufungsgericht ist auf der Grundlage einer unvollständigen Auslegung des Arbeitsvertrags der Parteien und der dadurch bedingten fehlerhaften Anwendung von § 2 Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV zu dem unzutreffenden Ergebnis gelangt, Bereitschaftsdienst habe die Klägerin nur zu den Zeiten geleistet, während derer sie nicht zur Vollarbeit verpflichtet gewesen sei. Es hat dabei außer Acht gelassen, dass die Klägerin nach dem Arbeitsvertrag ausschließlich Bereitschaftsdienste schuldet, und angesichts des Umfangs der innerhalb ihrer Dienste geleisteten Vollarbeit die Voraussetzungen von § 2 Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV nicht vorlagen.

a) Das Mindestentgelt für Arbeitnehmer in Pflegebetrieben richtete sich in 23
der Zeit vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Oktober 2017 nach § 2 2. PflegeArbbV. Darin ist anders als in der vorhergehenden Verordnung die Vergütung von Bereitschaftsdienstzeiten in Abs. 3 spezifisch geregelt. Danach leisten Bereitschaftsdienste im Sinne der Verordnung Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, 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 Prozent beträgt. Gemäß Satz 4 der Bestimmung kann zum Zwecke der Ent-

geltberechnung die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit auf der Grundlage einer kollektivrechtlichen oder einer einzelvertraglichen Regelung mit mindestens 25 Prozent als Arbeitszeit bewertet werden. Für die Ableistung von mehr als acht Bereitschaftsdiensten im Monat und/oder den Fall, dass die Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes mehr als 25 Prozent umfasst, ist zusätzlich Vergütung nach den in § 2 Abs. 3 Satz 5 bzw. Satz 6 2. PflegeArbbV festgelegten Grundsätzen zu leisten.

b) Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, die Klägerin habe Bereitschaftsdienst nur zu den Zeiten geleistet, während derer sie nicht zur Vollarbeit verpflichtet gewesen sei. Die Auslegung des Arbeitsvertrags ergibt vielmehr, dass die Klägerin nach den getroffenen Vereinbarungen ausschließlich die Leistung von Bereitschaftsdiensten schuldete. Die Zeit ohne Arbeitsleistung betrug dabei weniger als 75 Prozent. Eine Bewertung der Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit gemäß § 2 Abs. 3 Satz 4 2. PflegeArbbV mit (wenigstens) 25 Prozent als Arbeitszeit kommt deshalb nicht in Betracht. Die Klägerin hat für jede geleistete Arbeitsstunde Anspruch auf das Mindestentgelt nach § 2 Abs. 1 2. PflegeArbbV. 24

aa) Nach den mit der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 Abs. 2 ZPO) handelt es sich bei den Klauseln des Arbeitsvertrags um Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB). Diese sind - ausgehend vom Vertragswortlaut - nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von rechtskundigen, verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (*st. Rspr., zB BAG 11. Oktober 2017 - 5 AZR 621/16 - Rn. 26 mwN*). Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts unterliegt der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung (*st. Rspr., vgl. BAG 24. Mai 2017 - 5 AZR 251/16 - Rn. 58 mwN*). Das Revisionsgericht kann die Auslegung deshalb, soweit das Berufungsgericht sie unterlassen oder 25

nur unvollständig vorgenommen hat, selbst vornehmen (*BAG 11. Oktober 2017 - 5 AZR 621/16 - aaO*).

bb) Die Auslegung des Arbeitsvertrags macht hinreichend deutlich, dass die Klägerin ausschließlich eine Tätigkeit in Form von Bereitschaftsdiensten schuldet. 26

(1) Hierfür spricht neben dem Einleitungssatz, wonach die Parteien ein „Teilzeitarbeitsverhältnis [...] in Form von Bereitschaftsdiensten“ begründeten, § 1 Abs. 1 Arbeitsvertrag, der die vereinbarte Tätigkeit als die einer „Nachtbereitschaft“ beschreibt. Weiter heißt es in § 2 Abs. 1 Arbeitsvertrag, dass die monatliche Arbeitszeit „höchstens fünf Bereitschaftsdienste“ beträgt. Daran knüpft § 4 Arbeitsvertrag sprachlich unmittelbar an, soweit in Satz 1 der Bestimmung vereinbart ist, dass „der Bereitschaftsdienst“ „um 19:45 Uhr beginnt und am nächsten Morgen um 07:45 Uhr“ endet, und es daran anschließend in Satz 2 heißt, dass „Drei Stunden des Bereitschaftsdienstes“ „arbeitsrechtlich als normale Arbeitszeit“ gelten. 27

(2) Die Regelung in § 4 Satz 2 Arbeitsvertrag ist zudem im Lichte der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Bindung des Beklagten an den TV AWO NRW und der in § 13a (1) Satz 2 TV AWO NRW enthaltenen Vorgabe zu verstehen, wonach der Arbeitgeber Bereitschaftsdienst nur anordnen darf, wenn zu erwarten ist, dass zwar Arbeit anfällt, erfahrungsgemäß aber die Zeit ohne Arbeitsleistung überwiegt. Ein verständiger und redlicher Erklärungsempfänger kann § 4 Satz 2 Arbeitsvertrag deshalb nur so verstehen, dass damit auf die erfahrungsgemäß während des Bereitschaftsdienstes anfallende Vollarbeit abgestellt werden sollte, die gemäß § 4 Satz 3 Arbeitsvertrag nach der EG KR 7a Stufe 2 pro Stunde vergütet werden sollte. Demgegenüber sollte ersichtlich mit der - allerdings sprachlich missglückten - Regelung in § 4 Satz 5 Arbeitsvertrag, wonach die „übrigen neun Stunden [...] als reiner Bereitschaftsdienst [gelten] und [...] insgesamt pauschal mit je 45 Euro vergütet werden“, zum Ausdruck gebracht werden, dass die Parteien im betreffenden Umfang erwartungsgemäß von einer Zeit ohne Arbeitsleistung ausgehen. 28

(3) Ein solches Verständnis des vertraglich Vereinbarten liegt auch deshalb 29
nahe, weil branchenüblich die Tarifierung der Zeit des Bereitschaftsdienstes
nach dem Maß der voraussichtlichen Belastung erfolgt. So regelt beispielsweise
§ 13a (2) Buchst. a) TV AWO NRW, dass die Zeit des Bereitschaftsdienstes je
nach durchschnittlicher Arbeitsleistung innerhalb des Dienstes mit unterschied-
lichen Prozentsätzen (15 vH bis 55 vH) als Arbeitszeit bewertet wird, wobei
gemäß § 13a (2) Buchst. b) TV AWO NRW, abhängig von der Zahl der
von dem/der Beschäftigten je Kalendermonat abgeleisteten Bereitschaftsdien-
ste, die Zeit der Dienste zusätzlich mit einem bestimmten Anteil an der Vergü-
tung (25 vH [bei 1 bis 8 Bereitschaftsdiensten] bis zu 45 vH [ab dem
13. Bereitschaftsdienst]) zu bewerten ist.

(4) Die vertraglichen Vereinbarungen mögen - wie der Beklagte ausgeführt 30
hat - zum Ausdruck bringen, dass während der jeweiligen „Nachtbereitschaft“
für bestimmte Tätigkeiten der Klägerin von vorneherein ein Bedarf bestehen
werde. Das steht indes der Annahme, diese habe ausschließlich Arbeit in Form
von Bereitschaftsdiensten geschuldet, nicht entgegen. Auch wenn Bereit-
schaftsdienst dadurch gekennzeichnet ist, dass die Arbeit „im Bedarfsfall“ auf-
zunehmen ist, setzt dieses Merkmal nicht voraus, dass während des Dienstes
nur unvorhergesehene Arbeiten anfallen und nur für solche die Arbeitskraft ab-
gerufen wird. Es ist auch erfüllt, wenn von vorneherein feststeht, dass für be-
stimmte Vollarbeit ein Bedarf besteht (*vgl. BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR
918/11 - Rn. 21 mwN*).

(5) Dieses Verständnis, wonach der Bereitschaftsdienst absehbar zu 31
leistende Vollarbeit umfassen kann, liegt auch der 2. PflegeArbbV zugrunde.
Der Ordnungsgeber hat, soweit er den Bereitschaftsdienst in § 2 Abs. 3
Satz 2 2. PflegeArbbV an die Voraussetzung geknüpft hat, dass die Arbeit „im
Bedarfsfalle“ aufzunehmen ist, auf eine Formulierung zurückgegriffen, die nach
ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für den Bereitschafts-
dienst kennzeichnend ist und vielfältig in Tarifverträgen gebraucht wird. Es ist
deshalb davon auszugehen, dass er mit dem Begriff den im Recht üblichen
Sinn verbinden wollte. Anhaltspunkte dafür, dass Bereitschaftsdienst iSv. § 2

Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV nur zu Zeiten vorliegt, in denen unvorhergesehene Arbeiten anfallen und nur für solche die volle Arbeitsleistung abgerufen wird, sind nicht erkennbar.

cc) Hiervon ausgehend erfüllt der im Streitzeitraum geleistete Bereitschaftsdienst der Klägerin nicht die Voraussetzungen von § 2 Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV. Die vertraglichen Abreden entsprachen zwar den Anforderungen der Verordnung. Die Parteien haben einen zwölfstündigen Bereitschaftsdienst vereinbart und zugleich festgelegt, dass drei Stunden dieses Dienstes „als normale Arbeitszeit“ gelten und entsprechend mit dem tariflichen Entgelt zu vergüten sind. Damit haben sie zugleich bestimmt, dass 75 Prozent des Bereitschaftsdienstes Zeiten ohne Arbeitsleistung sind. Die Vereinbarungen deckten sich aber nicht mit der praktischen Durchführung des Vertrags, auf die es bei der Anwendung von § 2 Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV, der auf den „geleisteten“ Bereitschaftsdienst abstellt, maßgeblich ankommt. Bereits nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten betrug tatsächlich die Zeit der Vollarbeit der Klägerin während der im Streitzeitraum geleisteten Dienste regelmäßig 3,5 Stunden, was rund 70,8 Prozent der Arbeitszeit sind. Die Prognose, dass während der Dienste der Klägerin die Zeit ohne Arbeitsleistung mindestens 75 Prozent betragen werde, war damit - von Anfang an - objektiv falsch. Die Klägerin hat deshalb im Streitzeitraum keinen Bereitschaftsdienst im Sinne der Verordnung geleistet. Es liegt auch kein Anwendungsfall von § 2 Abs. 3 Satz 6 2. PflegeArbbV vor. Die Bestimmung, nach der die über 25 Prozent hinausgehende Arbeitsleistung zusätzlich mit dem Mindestentgelt nach § 2 Abs. 1 2. PflegeArbbV zu vergüten ist, greift nur ein, wenn die Voraussetzungen eines Bereitschaftsdienstes nach § 2 Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV gegeben sind. Sie erfasst nur solche Fälle, in denen die tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ausnahmsweise 25 Prozent der Zeit des Bereitschaftsdienstes übersteigt.

32

III. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht Folgendes zu beachten haben:

33

1. Die Klägerin hat unstreitig in den Monaten Juni, September und Dezember 2014 insgesamt vierzehn Nachtbereitschaften mit jeweils zwölf Stunden geleistet. Dafür stand ihr - wie oben gezeigt (*Rn. 18*) - das Mindestentgelt nach § 2 Abs. 1 PflegeArbbV in Höhe von 9,00 Euro brutto je Stunde zu. 34

2. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die Klägerin in den Monaten Februar, März, August bis Oktober sowie Dezember 2015 insgesamt 24 Nachtbereitschaften sowie in den Monaten Februar bis Mai und September 2016 insgesamt 17 Nachtbereitschaften - im Umfang von je zwölf Stunden - geleistet hat. Da der Bereitschaftsdienst die Anforderungen von § 2 Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV nicht erfüllte, gilt für die Vergütung der geleisteten Arbeitsstunden nichts anderes als unter Geltung der - bis 31. Dezember 2014 geltenden - PflegeArbbV. Der Verordnungsgeber der 2. PflegeArbbV hat von der Möglichkeit, für den Bereitschaftsdienst als Sonderform der Arbeit eine gesonderte Vergütungsregelung zu treffen, in § 2 Abs. 3 2. PflegeArbbV Gebrauch gemacht und die Voraussetzungen für das Eingreifen dieser Entgeltregelungen abschließend bestimmt. Liegt, wie im Streitfall, kein Bereitschaftsdienst iSv. § 2 Abs. 3 Satz 2 2. PflegeArbbV vor, bleibt es dabei, dass jede in der Zeit des Dienstes geleistete Arbeitsstunde mit dem Mindestentgelt nach § 2 Abs. 1 2. PflegeArbbV - von 9,40 Euro brutto in 2015 und von 9,75 Euro brutto in 2016 - zu vergüten ist. Abweichende tarifvertragliche oder einzelvertragliche Regelungen zum Nachteil des Arbeitnehmers sind auch im Geltungsbereich der 2. PflegeArbbV unwirksam, § 134 BGB iVm. §§ 13, 11 Abs. 1, § 9 Satz 1 AEntG. 35

3. Ob und ggf. in welchem Umfang der Beklagte die sich daraus ergebenden Ansprüche der Klägerin auf das Mindestentgelt erfüllt hat (§ 362 Abs. 1 BGB), ist zwischen den Parteien streitig. Das Landesarbeitsgericht hat dazu - von seinem Standpunkt aus konsequent - keine Feststellungen getroffen. Diese wird es nachzuholen haben. 36

- a) Dabei wird das Berufungsgericht von den Grundsätzen auszugehen haben, die für die Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns nach § 1 MiLoG gel- 37

ten. Danach ist der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn erfüllt, wenn die vom Arbeitgeber für einen Kalendermonat gezahlte Bruttovergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden multipliziert mit dem Mindestentgelt ergibt (*BAG 17. Januar 2018 - 5 AZR 69/17 - Rn. 24; 8. November 2017 - 5 AZR 692/16 - Rn. 15*). Zur Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns sind alle im Synallagma stehenden Geldleistungen des Arbeitgebers geeignet. Von den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen des Arbeitgebers fehlt nur solchen Zahlungen die Erfüllungswirkung, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen (*BAG 6. Dezember 2017 - 5 AZR 864/16 - Rn. 26; 8. November 2017 - 5 AZR 692/16 - Rn. 16*). Längere Berechnungszeiträume als ein Kalendermonat scheiden für die Frage, ob ein Anspruch auf Differenzvergütung entstanden ist, aus (*BAG 6. September 2017 - 5 AZR 441/16 - Rn. 19*). Allerdings können auch verspätete Zahlungen Erfüllungswirkung haben (*BAG 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 26, BAGE 155, 202*).

b) Diese Maßstäbe gelten nach dem Zweck der Verordnungen, in ihrem Geltungsbereich den Arbeitnehmern eine Mindestvergütung zu sichern, uneingeschränkt auch für das Mindestentgelt nach § 2 Abs. 1 PflegeArbbV und grundsätzlich ebenso für das Mindestentgelt nach § 2 Abs. 1 2. PflegeArbbV. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 PflegeArbbV ist das Mindestentgelt zum 15. des Monats fällig, der auf den Monat folgt, für den es zu zahlen ist. Entsprechendes gilt gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 2. PflegeArbbV für das Mindestentgelt nach § 2 2. PflegeArbbV, soweit es für die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit geschuldet ist. Danach ist hinsichtlich der Beurteilung, ob Ansprüche auf das Mindestentgelt erfüllt sind, im Anwendungsbereich der Verordnungen - wie im Geltungsbereich des MiLoG - grundsätzlich eine monatsbezogene Betrachtung anzustellen. Soweit der Arbeitgeber nach § 3 2. PflegeArbbV unter bestimmten, dort geregelten Voraussetzungen Arbeitsstunden, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehen, in ein Arbeitszeitkonto einstellen kann, ist weder

38

festgestellt noch vorgetragen, dass der Beklagte für die Klägerin ein solches Konto geführt hat. Auf die Regelungen in § 3 Abs. 2 Satz 2 2. PflegeArbbV, die sich auf die Fälligkeit eines Guthabens aus einem Arbeitszeitkonto beziehen, kommt es deshalb nicht an.

4. Sollte sich erweisen, dass der Klägerin für den Streitzeitraum Ansprüche auf Differenzvergütung zustanden, wird das Landesarbeitsgericht weiter zu prüfen haben, ob die Ausschlussfrist nach § 4 PflegeArbbV bzw. § 4 2. PflegeArbbV eingehalten ist. 39

a) Durch das Schreiben der Klägerin vom 24. Juni 2015 ist die Ausschlussfrist hinsichtlich der für Juni, September und Dezember 2014 beanspruchten Differenzvergütung nur gewahrt, wenn das Schriftstück dem Beklagten binnen zwölf Monaten nach Fälligkeit des jeweiligen Anspruchs - hinsichtlich des Monats Juni 2014 also bis zum 15. Juli 2015 - zugegangen ist. Dazu hat die Klägerin, die für die rechtzeitige Geltendmachung ihrer Ansprüche die Darlegungs- und Beweislast trägt, bisher keinen hinreichenden Vortrag geleistet. Eine dahingehende Substantiierung ihres Vorbringens war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Beklagte, der sich auf den Verfall der Ansprüche beruft, einen zeitnahen Empfang des Schreibens nicht in Abrede gestellt hat. Zur schlüssigen Darlegung einer rechtzeitigen schriftlichen Geltendmachung im Sinne einer Ausschlussfrist reicht es nicht aus, dass sich der Gläubiger auf ein von ihm innerhalb der Frist verfasstes Schreiben beruft. Er muss außerdem zumindest darlegen, dass er das Schriftstück dem Schuldner so rechtzeitig übermittelt hat, dass - ggf. unter Berücksichtigung üblicher Postlaufzeiten - mit einem Zugang vor Ablauf der Ausschlussfrist zu rechnen war. Erst auf einen solchen Vortrag ist der Schuldner - im Rahmen einer ihn treffenden, abgestuften Darlegungslast - gehalten, sich zu den Behauptungen des Gläubigers zu erklären. 40

Der Klägerin wird Gelegenheit zu geben sein, das Vorbringen zum Zugang des Schreibens vom 24. Juni 2015 zu ergänzen. Im Übrigen wird, soweit es für die neue Entscheidung auf die Wahrung der Ausschlussfrist ankommt, zu berücksichtigen sein, dass die für das Jahr 2014 zuletzt gestellte Forderung die 41

mit Schreiben vom 24. Juni 2015 beanspruchte Differenzvergütung um 86,66 Euro brutto übersteigt. In diesem Umfang dürfte, soweit ersichtlich, eine Geltendmachung erst in der Berufungsinstanz und damit außerhalb der Ausschlussfrist erfolgt sein. Da es jedoch an entsprechenden Hinweisen der Vorinstanzen fehlt, wird der Klägerin auch diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben sein.

b) Hinsichtlich der zuletzt für die Zeit von Februar 2015 bis September 2016 beanspruchten Differenzvergütung liegt zwar eine Geltendmachung durch das Schreiben der Klägerin vom 2. Februar 2017 vor, die auch inhaltlich ausreichend war; insoweit gilt das zum Geltendmachungsschreiben vom 24. Juni 2015 Gesagte (*Rn. 19 - 21*) entsprechend. Den Zugang des Schreibens spätestens am 6. Februar 2017 hat der Beklagte mittelbar bestätigt, indem er die Ansprüche unter diesem Datum schriftlich zurückgewiesen hat. Die Ausschlussfrist von zwölf Monaten ist durch das Schreiben aber nur hinsichtlich solcher Ansprüche gewahrt, die am 15. Februar 2016 und später fällig geworden sind. Das trifft auf Forderungen zu, die die Klägerin für 2016 erhebt, nicht aber auf solche, die sie für 2015 beansprucht. Auch insoweit erscheint ein Hinweis zu ergänzendem Vorbringen angezeigt. 42

5. Der Antrag auf Zahlung einer Pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag als unechten Hilfsantrag für den Fall ausgelegt, dass die Klägerin mit ihren Entgeltforderungen zumindest teilweise obsiegt. Dieses Antragsverständnis hat sich die Klägerin ausdrücklich zu eigen gemacht, soweit sie in der Revisionsbegründung ausgeführt hat, über den Antrag sei zu entscheiden, „wenn die Hauptforderung zugesprochen wird“. 43

6. Sollte der Antrag im neuen Berufungsverfahren zu bescheiden sein, unterliegt er der Abweisung. 44

a) Das folgt, soweit die Klägerin die Pauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB wegen Verzugs des Beklagten mit der Begleichung von Entgeltforderungen für Bereitschaftsdienste begehrt, die sie in der Zeit bis zum 30. Juni 2016 45

geleistet hat, schon aus Art. 229 § 34 EGBGB. Hiernach ist § 288 Abs. 5 BGB in zeitlicher Hinsicht nur auf ein Schuldverhältnis anzuwenden, das nach dem 28. Juli 2014 entstanden ist. Abweichend hiervon ist die Vorschrift auch auf ein vorher entstandenes Dauerschuldverhältnis anzuwenden, soweit die Gegenleistung nach dem 30. Juni 2016 erbracht wird. Das ursprünglich bis zum 7. März 2013 befristete Arbeitsverhältnis der Parteien wurde - soweit ersichtlich - nahtlos über diesen Termin hinaus zu den bisherigen Bedingungen fortgesetzt. Selbst ausgehend davon, das Arbeitsverhältnis wäre iSv. Art. 229 § 34 EGBGB erst am 8. März 2013 „entstanden“, findet § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB nur unter der Prämisse eines Verzugs des Beklagten mit Entgeltforderungen für Bereitschaftsdienste Anwendung, die die Klägerin nach dem 30. Juni 2016 erbracht hat. Das trifft lediglich auf die im Monat September 2016 geleisteten Nachtbereitschaften der Klägerin zu.

b) Auch hinsichtlich der für September 2016 erhobenen Entgeltforderungen steht der Klägerin die sog. Verzugspauschale nicht zu. § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG verdrängt nach seinem Normzweck den aus § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB folgenden Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40,00 Euro. 46

aa) § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB ist an sich auch auf Arbeitsverhältnisse anwendbar, weil der Arbeitnehmer als Gläubiger der Arbeitsvergütung Verbraucher ist und der Arbeitgeber als Schuldner Nichtverbraucher (*BAG 25. September 2018 - 8 AZR 26/18 - Rn. 19 ff.*). Dem Anspruch der Klägerin aus § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB steht jedoch § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG entgegen. Der erkennende Senat schließt sich insoweit der Rechtsprechung des Achten Senats des Bundesarbeitsgerichts an (*BAG 25. September 2018 - 8 AZR 26/18 - Rn. 23 ff.*). 47

(1) § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG schließt nicht nur einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch, sondern auch einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch unabhängig von seiner Anspruchsgrundlage, und damit grundsätzlich auch einen Anspruch auf Erstattung vor- bzw. außergerichtlicher Kos- 48

ten aus (vgl. BAG 25. September 2018 - 8 AZR 26/18 - Rn. 25 ff.; näher zum Umfang des Ausschlusses Schleusener/Kühn NZA 2008, 147). Gemeint ist damit der Ausschluss der Erstattungsfähigkeit bestimmter Kostenpositionen (Ulrici jurisPR-ArbR 8/2018 Anm. 7 zu C II 3). Auch wenn dieser Ausschluss nicht allumfassend ist (vgl. hierzu BAG 17. August 2015 - 10 AZB 27/15 - Rn. 14; GK-ArbGG/Schleusener Stand November 2017 § 12a Rn. 19 ff.), erfasst er doch die bei typisierender Betrachtung letztlich wirtschaftlich bedeutsamen Kostenpositionen des eigenen Zeitverlustes der Partei und des Aufwands für die Zuziehung eines Rechtsanwalts (Lembke NZA 2016, 1501, 1502; Ulrici jurisPR-ArbR 8/2018 Anm. 7 zu C II 3).

(2) Der Anspruch nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB betrifft gerade solche Rechtsverfolgungskosten. Hierzu gehören nach der Gesetzesbegründung insbesondere sog. Beitreibungskosten. Diese umfassen ua. die Kosten, die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens entstehen (BT-Drs. 18/1309 S. 19). Dieses Verständnis vom Gegenstand des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB ist unionsrechtskonform. Art. 6 der Richtlinie 2011/7/EU, deren Umsetzung die Neuregelung der Verzugs pauschale dient (BT-Drs. 18/1309 S. 11), soll eine Entschädigung für die dem Gläubiger entstandenen Beitreibungskosten gewährleisten, wenn Verzugszinsen nach dieser Richtlinie zu zahlen sind (EuGH 13. September 2018 - C-287/17 - Rn. 18). Wenn aber § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG die Erstattungsfähigkeit der kausal bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens entstandenen, bei typisierender Betrachtung wirtschaftlich bedeutsamen Kostenpositionen des eigenen Zeitverlustes der Partei und des Aufwands für die Zuziehung eines Rechtsanwalts ausschließt, betrifft er notwendig auch die Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB, die genau diese Kosten pauschaliert. Dass § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG nur einzelne Kostenpositionen (Zeitversäumnis, Beauftragung eines Prozessbevollmächtigten) betrifft, dagegen aber zB nicht die Erstattung von der Partei entstandenen Porto- oder Reisekosten ausschließt und § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB auch solche Aufwendungen nachweisunabhängig abgelten soll, steht dem nicht entgegen (zutr. Ulrici jurisPR-ArbR 44/2016 Anm. 2

49

zu C III 1). Maßgebend ist vielmehr, dass beide Vorschriften im Wege einer generalisierenden Betrachtung dieselben Kosten erfassen, die typischerweise für die Rechtsverfolgung entstehen. Dies sind ausgehend vom Betrag von 40,00 Euro nicht in erster Linie Porto- und Reisekosten zum Anwalt vor Ort, sondern Rechtsberaterkosten und vor allem eigener Zeitaufwand. Gerade diese Kostenpositionen sind aber nach § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG nicht ersatzfähig (*Ulrici jurisPR-ArbR 44/2016 Anm. 2 zu C III 1*).

bb) Der hiergegen erhobene Einwand (*zuletzt ArbG Bremen-Bremerhaven 20. November 2018 - 6 Ca 6390/17 - zu II 3 b aa 5 der Gründe mwN; Jesgarzewski BB 2018, 2876*), § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB müsse als nachträgliche Regelung einer eventuell vorher bestehenden Sonderregelung vorgehen (*lex posterior derogat legi priori*), übersieht, dass dieser Grundsatz nur dann gilt, wenn sich aus den Normzwecken der beiden Regelungen nichts anderes ergibt. Dies ist - wie ausgeführt - indes der Fall. Hinzu kommt, dass das Gesetzgebungsverfahren und die Gesetzesbegründung keine Auseinandersetzung mit den Auswirkungen auf das Arbeitsrecht erkennen lassen. Soweit es dort heißt, die Pauschale umfasse ua. die Kosten, die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens entstehen, was der geltenden Rechtslage in Deutschland zum Ersatz von Rechtsverfolgungskosten entspreche (*BT-Drs. 18/1309 S. 19*), trifft dies für das allgemeine Zivilrecht zu. Dort sind Kosten, die dem Gläubiger durch die nach Eintritt des Verzugs erfolgte Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der Forderungsdurchsetzung entstehen, ein in Kosten der Rechtsverfolgung begründeter Schaden, dessen Ersatz der Gläubiger gemäß § 280 Abs. 2 iVm. § 286 BGB verlangen kann (*BGH 18. Januar 2018 - III ZR 174/17 - Rn. 18*). Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten gilt dies allerdings - wie dargelegt (*Rn. 48*) - gerade nicht. Das Schweigen des Gesetzgebers zu den sich aus § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG ergebenden Besonderheiten der Erstattungsfähigkeit von Beitreibungskosten im Arbeitsrecht und der allgemeine Hinweis auf die Erstattungsfähigkeit der Beitreibungskosten in allgemeinen zivilrechtlichen Streitigkeiten deuten danach darauf hin, dass der Gesetzgeber die Rechtsfolgen des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG gerade nicht än-

50

dern wollte. Anderenfalls hätte sich eine nähere Befassung mit der beabsichtigten Änderung der Rechtsfolgen des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG aufgedrängt.

IV. Das Landesarbeitsgericht wird über die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben. 51

Linck

Volk

Berger

S. Röth-Ehrmann

A. Christen