Lösungshinweise Moot-Court 2015/2016

Die folgenden Lösungshinweise sollen die rechtlichen Aspekte aufzeigen, die bei der Bearbeitung des Falles eine Rolle spielen können. Sie erheben weder den Anspruch auf Vollständigkeit noch schließen sie andere rechtlich begründete Überlegungen zwingend aus.

Inhalt

Grundfall 1

A. Prozessuale Fragen 1

B. Ansprüche dem Grunde nach 2

I. Ansprüche aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auf 10,00 Euro brutto pro Stunde 2

II. Anspruch auf 10,00 Euro pro Stunde aus § 612 Abs. 2 BGB 6

III. Anspruch auf 8,50 Euro pro Stunde gemäß dem Mindestlohngesetz 12

IV. Anspruch auf angemessene Vergütung nach § 26 iVm § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG 12

C. Anrechnungen auf den Anspruch als Erfüllungsleistung - § 362 Abs. 1 BGB 14

I. Vorüberlegungen 14

II. Erfüllung durch Zahlung der Anerkennungszuwendung von 160,00 Euro netto 14

III. Erfüllung in Höhe von 20,00 Euro netto weiterer Zahlung wegen langer Betreuung von „Boller“ 16

IV. Erfüllung durch Einnahmen aus dem Getränkeverkauf in Höhe von 48,00 Euro netto 18

Fallvariante 21

Grundfall

A. Prozessuale Fragen

Die Zulässigkeit der Klage ist nicht zu problematisieren. Hinsichtlich der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit sind keine vertieften Ausführungen erforderlich. Die Klage soll nach dem Sachverhalt ersichtlich nur auf Ansprüche gestützt werden, die nur ganz oder teilweise begründet sein können, wenn Eifer entweder Arbeitnehmer wäre oder zumindest unter § 26 BBiG fiele. Auch im letzten Fall wäre Eifer Arbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG als „zur Berufsausbildung Beschäftigter“, denn dieser Begriff erfasst jede auf zivilrechtlicher Vereinbarung beruhende Vermittlung beruflicher Kenntnisse und Fähigkeiten auf betrieblicher Ebene.

Müller-Glöge in Germelmann/Matthes/Prütting 8. Aufl. § 5 Rn. 21

Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit folgt deshalb aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe a) ArbGG. Es reicht die bloße Rechtsbehauptung, der Arbeitnehmerbegriff sei erfüllt, wenn dies notwendige Voraussetzung für den Prozesserfolg ist – „sic-non-Fall“.

so z.B. BAG 22. Oktober 2014 – 10 AZB 46/14 – Rn. 21.

B. Ansprüche dem Grunde nach

I. Ansprüche aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auf 10,00 Euro brutto pro Stunde

1. Allgemeine Voraussetzungen

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gebietet der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt wird, dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in gleicher oder vergleichbarer Lage befinden, gleich zu behandeln. Untersagt ist ihm sowohl eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe als auch eine sachfremde Gruppenbildung. Im Bereich der Vergütung gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz nur eingeschränkt. Vorrang hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit für individuell ausgehandelte Gehälter. Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet aber auch im Bereich der Entgeltzahlung Anwendung, wenn der Arbeitgeber die Vergütung nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder bestimmte Zwecke festlegt (statt vieler 15. Mai 2001 - 1 AZR 672/00 - BAGE 98, 1, 4).“

BAG 23.3.2011 – 4 AZR 431/09 – Rn. 49, beispielhaft

„Wird er verletzt, muss der Arbeitgeber die von ihm gesetzte Regel entsprechend korrigieren. Der benachteiligte Arbeitnehmer hat Anspruch auf die vorenthaltene Leistung (BAG 17. März 2010 - 5 AZR 168/09 - Rn. 17; 13. April 2011 - 10 AZR 88/10 - Rn. 14, BAGE 137, 339, jeweils mwN).“

BAG 3. September 2014 – 5 AZR 6/13 – Rn. 18, beispielhaft

2. Voraussetzungen hier vorliegend?

a) Einstiegsüberlegung

Der Vorstand hat die allgemeine Regel aufgestellt, dass Arbeitnehmer des Vereins 10,00 Euro pro Stunde erhalten sollen. Wäre Eifer Arbeitnehmer stünde ihm deshalb aufgrund dieser allgemeinen Regel ebenfalls ein Stundenlohn von 10,00 Euro pro Stunde zu. Ob der Vorstand eine andere Regel hätte aufstellen dürfen, die Eifer vom „Normallohn“ hätte ausschließen können, ist unerheblich. Maßgeblich ist deshalb allein, ob Eifer Arbeitnehmer ist.

b) Ist Eifer Arbeitnehmer?

aa) Allgemeine Voraussetzungen

„Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (BAG 14. März 2007 - 5 AZR 499/06 - Rn. 13 mwN). Dementsprechend ist ein Arbeitsverhältnis anzunehmen, wenn die Leistung von Diensten nach Weisung des Dienstberechtigten und gegen Zahlung von Entgelt Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen (BAG 17. Juli 2007 - 9 AZR 1031/06 - Rn. 19, BAGE 123, 255).

…

Ob ein Arbeitsverhältnis oder ein anderes Rechtsverhältnis vorliegt, ist grundsätzlich anhand einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, wobei der objektive Geschäftsinhalt den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen ist. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgeblich (BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 - Rn. 17 [zur Abgrenzung von Arbeits- und Werkvertrag]; 29. August 2012 - 10 AZR 499/11 - Rn. 15, BAGE 143, 77 [zur Abgrenzung von Arbeitsvertrag und ehrenamtlicher Tätigkeit]). Durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzes nicht eingeschränkt werden (BAG 12. September 1996 - 5 AZR 1066/94 - zu II 2 der Gründe, BAGE 84, 108).

…

Allerdings gelten die dargestellten Grundsätze zur Ermittlung des Rechtsverhältnisses grundsätzlich nur für solche Fälle, in denen die Parteien ihr Rechtsverhältnis gerade nicht als Arbeitsverhältnis bezeichnet haben, sondern etwa als freies Mitarbeiter- oder Dienstverhältnis. Haben die Parteien dagegen … ein Arbeitsverhältnis vereinbart, so ist es auch regelmäßig als solches einzuordnen (BAG 12. September 1996 - 5 AZR 1066/94 - zu II 2 der Gründe mwN, BAGE 84, 108; vgl. auch ErfK/Preis 14. Aufl. § 611 BGB Rn. 36).“

st. Rspr. vgl. BAG 18. März 2014 – 9 AZR 694/12 – Rn. 16 ff.

bb) Vereinsrechtliche Ausnahme?

Auch beim Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen könnte ein Arbeitsverhältnis ausgeschlossen sein, weil § 1 Abs. 3 der Vereinssatzung ausdrücklich die Möglichkeit der Tätigkeit von Vereinsmitgliedern wie Eifer im Interesse der Förderung der Vereinszwecke vorsieht.

Es wäre zu argumentieren:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Dieser Ansatz ist nicht zielführend. Auch bei einer Tätigkeit in einem Verein liegt dem eine	Anerkanntermaßen kann selbst bei fremdbestimmter Abhängigkeit Arbeit auf

Vereinbarung zugrunde, nämlich der Aufnahmeantrag und dessen Annahme, so dass dann, wenn die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses vorliegen, es nicht an der notwendigen Vereinbarung fehlt. *Mestwerdt NZA 2014, 281, 238* Der Arbeitnehmerbegriff selbst enthält das Rechtsmissbrauchsverbot, weil er nicht zur Disposition der Parteien steht. Jedenfalls hier, wo die Tätigkeit nicht von allen Vereinsmitgliedern geleistet wird, ist ihre Grundlage nur die spezielle Vereinbarung, die Satzungsbestimmung dient nur als Hintergrund. So man eine Ausnahme für Tätigkeit auf vereinsrechtlicher Grundlage annähme, griffe sie jedenfalls nicht. Auch hier wurde durch die Anfrage von Eifer und die Antwort des Vorstandes eine solche Vereinbarung, nach deren Inhalt dann verfahren wurde, getroffen.	vereinsrechtlicher Grundlage erbracht werden. Rechtsgrundlage ist dann der selbstbestimmte Vereinsbeitritt und die damit verbundene Pflicht, als Beitrag eine Leistung in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen. Es besteht kein Rechtssatz, wonach in derartigen Fällen ausschließlich ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Vielmehr ist dann entsprechend der durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Vereinsautonomie das Vereinsrecht Rechtsgrundlage, soweit keine arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen umgangen werden. *vgl. BAG 17. März 2015 – 1 ABR 62/12 (A) – Rn. 12* Angesichts der Satzungsregelung liegt eine solche autonome Selbstbestimmung vor, auch wenn es sich nicht um eine Verpflichtung aller Vereinsmitglieder handelt sondern um Sonderleistungen, die aber im Rahmen des Vereins auf besonderer Grundlage stattfinden. Auch darin verwirklicht sich die Vereinsautonomie. Das schließt eine Umgehung von Schutzbestimmungen aus.

cc) Ehrenamtliche Tätigkeit?

Für die Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und Ehrenamt gilt:

„Mit dem Arbeitsverhältnis ist typischerweise die Vereinbarung oder jedenfalls die berechtigte Erwartung einer angemessenen Gegenleistung für die versprochenen Dienste verbunden, wie aus §§ 611, 612 BGB hervorgeht (vgl. HWK/Thüsing 5. Aufl. BGB vor § 611 Rn. 10, § 612 Rn. 8; ErfK/Preis 12. Aufl. § 611 BGB Rn. 20 f.; BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - zu B III 2 c der Gründe, BAGE 109, 87). Wesen des Arbeitsverhältnisses ist der Austausch von Arbeit und Lohn. Der dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrag ist ein gegenseitiger Vertrag (§ 611 BGB). Ob eine berechtigte Vergütungserwartung besteht, richtet sich nach der Art der Arbeit und nach den Umständen, unter denen sie geleistet wird (§ 612 Abs. 1 BGB). Auch wenn die Erwerbsabsicht keine notwendige Bedingung für die Arbeitnehmereigenschaft ist, spricht ihr Fehlen doch im Rahmen einer Gesamtwürdigung gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Denn typischerweise verfolgt ein Arbeitnehmer das Ziel, für seine Arbeit ein Entgelt zu erhalten. Dass neben diesem materiellen Interesse oftmals auch immaterielle Interessen eine Rolle spielen, schließt nicht aus, die Erwerbsabsicht als wesentliches Merkmal zur Abgrenzung von Tätigkeiten heranzuziehen, die vorwiegend auf ideellen Beweggründen beruhen (BAG 26. September 2002 - 5 AZB 19/01 - zu B II 4 a der Gründe, BAGE 103, 20; vgl. auch 28. Juli 1999 - 4 AZR 192/98 - zu 1 a aa der Gründe, BAGE 92, 140). Es ist gerade die durch die Entgeltlichkeit vermittelte Funktion der Sicherung wirtschaftlicher Existenz des Arbeitnehmers, die Gegenstand des grundrechtlichen Schutzes nach Art. 12 Abs. 1 GG ist (BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b aa der Gründe, BVerfGE 97, 169).

…

Außerdem weisen einige gesetzliche Vorschriften darauf hin, dass weisungsgebundene Tätigkeiten, die Gegenstand eines Arbeitsvertrags sein können, auch ehrenamtlich ausgeübt werden können (vgl. zB § 11 Abs. 1 BWahlG). Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, dass Dienste in persönlicher Abhängigkeit ausschließlich aufgrund eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden können (BAG 6. Juli 1995 - 5 AZB 9/93 - zu B I 2 b der Gründe, BAGE 80, 256).

…

Indes darf - wie die Begründung vereinsrechtlicher Arbeitspflichten (BAG 6. Juli 1995 - 5 AZB 9/93 - zu B I 2 b der Gründe, BAGE 80, 256) - auch die Beauftragung zu ehrenamtlicher Tätigkeit nicht zur Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen führen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Rechtsgeschäft gegen §§ 134, 138 BGB verstoßen, wenn es sich als Umgehung zwingender Rechtsnormen darstellt (BAG 26. September 2002 - 5 AZB 19/01 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 103, 20).“

BAG 29. August 2012 – 10 AZR 499/11 – Rn. 16 ff.

Danach wäre zu argumentieren:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Es handelt sich nicht um eine ehrenamtliche Tätigkeit ohne Vergütungserwartung, weil ja einvernehmlich eine Vergütung für die Tätigkeit zugrunde gelegt wurde. Diese sollte der Anerkennung der Tätigkeit von Eifer dienen, war also letztlich Lohn für die Arbeit. Die Tätigkeit war auch von ihrem Inhalt her eine klassische Arbeitstätigkeit und nicht eine inhaltlich gestaltende Vereinstätigkeit.	Es bestand angesichts der geringen Vergütung keine echte Vergütungserwartung, trotz der vom Vorstand freiwillig und nicht etwa auf Forderung von Eifer gewährten Pauschalsumme, die ohnehin mehr dem Spesenersatz diente. Die Tätigkeit war kreativ vereinsbezogen, weil sie ja sonst auch von Vorstandsmitgliedern, also „echten“ Engagierten im Verein geleistet wurde. Beim Verein handelt es sich um eine gemeinnützige Organisation, weil die Voraussetzungen der §§ 51 ff. AO insoweit vorliegen, so dass auch ein ausreichend ideeller Zweck vorliegt.

dd) Lernzweckausnahme - § 26 BBiG

Ein Arbeitsverhältnis könnte weiter ausscheiden, weil bei der Vereinbarung hier der Lernzweck im Vordergrund steht, Inhalt und Schwerpunkt also die Ausbildung für eine spätere qualifiziertere Tätigkeit ist.

BAG 1. Dezember 2004 – 7 AZR 129/04- zu III. 2. b) der Gründe und 29. April 2015 - 9 AZR 78/14 - Rn. 18

Zu argumentieren wäre:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Es ging schwerpunktmäßig um organisatorische Tätigkeiten. Zwar gewann Eifer dadurch auch Erfahrungen, diese standen aber nicht im Mittelpunkt der Tätigkeit.	Eifer war in eine Art Ausbildungsprogramm eingebunden. Seine Tätigkeit war schwerpunktmäßig darauf angelegt, seine Erfahrungen zu reflektieren und in den Vorstandssitzungen einzuordnen.

ee) Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs

Es wäre zu argumentieren:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Es liegt eine Weisungsgebundenheit im Sinne des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs vor. Eifer wurde vom Vereinsvorstand bzw. dem Vorsitzenden angewiesen. Er musste – zumindest zunächst – an den Vorstandssitzungen teilnehmen. Schon im „Einstellungsschreiben“ war eine Verbindlichkeit der Arbeit vorgesehen, so dass er auch zB am 9. Februar 2015 arbeiten musste, obwohl er dies nicht wollte. Auch war es der Vorstand, der ihm seine regelmäßige Tätigkeit zuwies und ihm zudem auch konkrete Arbeitsaufgaben – nicht nur organisatorisch, sondern auch inhaltlich – stellte. Auch hat Wichtig Eifer angewiesen, statt am 8. April am 9. April 2015 zu arbeiten und der Vorstand ihm einseitig zusätzliche Arbeit in Sachen Boller für den 23. April 2015 auferlegt. Soweit überhaupt Rücksicht auf Eifer genommen wurde, ging es nur darum, Tatsachen abzufragen, die der Vorstand bei der Ausübung billigen Ermessens im Zusammenhang mit dem Weisungsrecht - § 106 GewO iVm § 315 BGB – zu berücksichtigen hatte.	Es gab überhaupt keine festen Weisungen, vielmehr wurde alles abgesprochen. Die Zuteilung einer Daueraufgabe erfolgte auf ausdrücklichen Wunsch von Eifer. Dass natürlich bei den Verhandlungen auch die Interessen des Vereins, der Eifer ja die Möglichkeit gab, sich einzusetzen und Erfahrungen zu sammeln, eine gewisse Rolle spielten und Eifer sich im Einzelfall, insbesondere am 9. Februar 2015, auch auf solche Interessen einließ war jedenfalls nicht prägend. Auch hinsichtlich des Tauschs am 8./9. April 2015 hat Eifer ja nicht widersprochen, so dass von einem freiwilligen Tausch auszugehen ist. Die Sache mit Boller war ein echter Knüller, so dass Eifers Einverständnis mit der Tätigkeit ohne weiteres unterstellt werden kann.

II. Anspruch auf 10,00 Euro pro Stunde aus § 612 Abs. 2 BGB

1. Grundüberlegung

Eifer könnte ein Anspruch auf eine übliche Vergütung iHv. 10,00 Euro brutto pro Stunde zustehen, wenn die Entgeltvereinbarung der Parteien unwirksam wäre. Angesichts der Tätigkeiten der anderen Arbeitnehmer beim Verein von 10,00 Euro brutto als üblicher Vergütung auszugehen, liegt zumindest nahe.

2. Unwirksamkeit der Entgeltvereinbarung nach § 134 BGB iVm. § 1 Abs. 2 Satz 1, § 3 Satz 1 MiLoG

Der für Eifer vorgesehene Stundenlohn bleibt, selbst unter Berücksichtigung der Zusatzleistung von 20,00 Euro, hinter den 8,50 Euro zurück, die in § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG ab dem 1. Januar 2015 vorgesehen sind. Sollte das MiLoG für Eifer anwendbar sein, könnte sich die Nichtigkeit der Entgeltvereinbarung aus § 1, § 3 Satz 1 MiLoG ggf. iVm. § 134 BGB ergeben.

a) Anwendbarkeit des MiLoG?

aa) Vorweggenommene Überlegung

Soweit man von einer ehrenamtlichen Tätigkeit ausgeht, entfällt eine Anwendung des Mindestlohngesetzes schon wegen § 22 Abs. 3 Alternative 2 MiLoG unabhängig davon, ob die Voraussetzungen nach § 22 Abs. 1 MiLoG vorliegen oder nicht. Es gelten insoweit keine anderen Überlegungen, als oben bei der Ausnahme zum Arbeitnehmerbegriff anzustellen waren. Lehnt man diese Ausnahme ab und bejaht nach den oben angestellten Überlegungen ein Arbeitsverhältnis, so ist das MiloG ohne weiteres nach § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG anzuwenden.

Nur wenn man die Ehrenamtsausnahme ablehnt aber auch kein Arbeitsverhältnis annimmt, ist zu prüfen, ob nach der Regelung über Praktikanten in § 22 Abs. 1 Sätze 2 und 3 MiLoG die Anwendbarkeit des Gesetzes in Betracht kommt.

Nicht zu problematisieren sind die Ausnahmen nach § 22 Abs. 2 und 4 MiLoG. Absatz 2 kommt nicht zur Anwendung, da Eifer über 18 Jahre alt ist und damit die in § 1 Abs. 1 und 2 JArbSchG genannten Altersgrenzen überschritten hat. Für eine Langzeitarbeitslosigkeit von Eifer gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Auch die Voraussetzungen übergangsweiser Einschränkungen nach § 24 MiLoG sind nicht gegeben.

bb) Praktikantenverhältnis nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 iVm Satz 2 MiLoG?

(1) Anderes Vertragsverhältnis nach § 26 BBiG?

- kein Arbeitsverhältnis

Das ist hier zu unterstellen, weil nur so überhaupt eine Prüfung veranlasst ist.

- Keine Berufsausbildung im Sinne des Berufsbildungsgesetzes

Diese Voraussetzung liegt hier vor, da kein durch Rechtsverordnung geregelter geordneter Ausbildungsgang vorliegt - § 1 Abs. 3 iVm § 4 ff. BBiG. Auch andere die Ausbildung regelnde Gesetze sind nicht einschlägig. Damit scheiden auch die Ausnahmen vom Praktikantenbegriff in § 22 Abs. 1

Satz 3 Alternative 1 der Rückausnahme MiLoG und von der Anwendbarkeit des Mindestlohngesetzes in § 22 Abs. 3 Alternative 1 MiLoG aus.

- Einstellung zum Erwerb beruflicher Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder beruflicher Erfahrungen

Dass die Tätigkeit von Eifer auch dessen Kenntniserwerb dient, ist klar und ergibt sich auch aus dem „Einstellungsschreiben", da Eifer die Möglichkeit einer Aufarbeitung seiner Erfahrungen gegeben werden sollte. Ein solcher Kenntniserwerb kann in unterschiedlicher Form, Identität und Zeitdauer erfolgen.

zur Vorgängerregelung BAG 23. Juni 1983 – 6 AZR 595/80 – zu II. 2. a) bb) der Gründe

Deshalb dürfte § 26 BBiG auch nicht ausscheiden, wenn man nur eine geringe Weisungsintensität annimmt und deshalb ein Arbeitsverhältnis ausschließt. Allerdings – Beklagtenargument - setzt § 26 iVm § 13 Satz 2 Nr. 3 BBiG auch eine Pflicht zur Befolgung von Weisungen voraus. Aber – Klägerargument - nur entsprechend und im Rahmen der Berufsausbildung, also im Rahmen der Vereinbarung nach § 26 BBiG. Ist diese nicht so intensiv, ist auch die Dichte der verbindlichen Weisungen weniger intensiv. Andererseits – Beklagtenargument – sind die Regeln über das Arbeitsverhältnis anwendbar - § 23 iVm § 10 Abs. 2 BBiG; jedoch nur – Klägerargument – soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Erfasst § 26 BBiG also auch eine weniger intensive Ausbildung, so steht dies seiner Anwendung auch nicht entgegen.

Problematisch könnte jedoch sein, ob es sich tatsächlich um „berufliche" Kenntnisse im Sinne der Regelung handelt. Entscheidend ist, ob Eifer nach seiner Tätigkeit qualifizierter ist als vorher.

BAG 1. Dezember 2004 – 7 AZR 129/04- zu III. 2. b) der Gründe

Es ist zu argumentieren:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Es geht um Erfahrungen in der Veranstaltungsorganisation und dem Umgang mit Menschen, die im beruflichen Leben von Bedeutung sind, so dass es sich um berufliche Kenntnisse handelt. Dadurch wird Eifer auch qualifizierter als früher.	Es geht nur um allgemeine Fertigkeiten, die Lebenspraxis vermitteln, aber keine beruflichen Fertigkeiten darstellen und im Übrigen jedenfalls nicht wesentlich zu seinen im Berufsleben nötigen Fertigkeiten beitragen.

- Keine Berufsbildung im Rahmen eines Studiums

Hier ist das Berufsbildungsgesetz nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 BBiG ohnehin nicht anwendbar. Damit diese Regelung greift, muss die Ausbildung aber in einer staatlich anerkannten Studien- oder Prüfungsordnung als Teil des Studiums behandelt werden.

vgl. BAG 18.November 2008 – 3 AZR 192/07 –

Diese negative Voraussetzung ist nicht erfüllt. Die maßgeblich Prüfungsordnung, die „Bachelorprüfungsordnung der Hochschule Bremen für den Internationalen Studiengang Politikmanagement (fachspezifischer Teil)“ vom 15. Januar 2013

Amtsblatt der Freien Hansestadt Bremen 2013 S. 410

sieht nach ihrem § 1 Abs. 2 eine Praxisphase in der Regel im vierten Semester vor, so dass Eifer als Erstsemester noch keine Praxisphase durchführen kann.

Damit entfällt auch die Ausnahme vom Praktikantenbegriff des Mindestlohngesetzes nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG.

(2) Praktikant nach § 22 Abs. 1 Satz 2 und 3 1. Halbsatz MiLoG

Eifer müsste sich danach – unabhängig von der Bezeichnung – nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses für eine begrenzte Dauer zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit unterziehen.

(a) Unproblematische Tatbestandsmerkmale

Es handelt sich hier letztlich trotz der vereinsrechtlichen Absicherung in § 1 Abs. 3 der Satzung um ein Vertragsverhältnis, weil es auf einer Abmachung beruht. Dieses ist auch von begrenzter Dauer, nämlich von (circa) vier Monaten.

Es handelt sich bei der Tätigkeit auch um den Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen in einer betrieblichen – im Gegensatz zu einer schulischen – Tätigkeit. Diese Tätigkeit ist auch bestimmt, weil klar festgelegt.

(b) Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit

Dieser Berufsbezug könnte problematisch sein.

Klägerseitig wäre darauf zu verweisen, dass das Gesetz den Missbrauch von Praktikantenverhältnissen verhindern soll.

BT-Drs. 18/1558 S. 22

Das erfordert eine weite Auslegung. Ein Bezug zu einer beruflichen Tätigkeit ist ja wegen der erworbenen Fertigkeiten gegeben.

Beklagtenseitig ist auch in diesem Zusammenhang mit dem Erwerb bloß allgemeiner Fähigkeiten zu argumentieren.

(3) Ausnahme wegen Volontariat

Die Ausnahme könnte einschlägig sein, weil Eifers Tätigkeit als Volontariat bezeichnet ist.

Der Begriff des Volontärs wird noch in § 82a HGB verwandt. Diese Bestimmung ist jedoch durch den Erlass des BBiG gegenstandslos geworden

Schaub/Vogelsang 15. Aufl. § 15 Rn. 7 f.

und deshalb auch hier nicht von Bedeutung.

In Bezug genommen ist die Rückausnahme von § 22 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbsatz 2. Alt MiLoG. Der historische Gesetzgeber

BT-Drs. 18/2010 (neu) S. 24

geht davon aus, dass Volontariate nicht unter das Mindestlohngesetz fallen, soweit sie einer Berufsausbildung vergleichbar sind.

Klägerseitig wäre darauf zu verweisen, dass nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BBiG eine Berufsausbildung immer mindestens zwei Jahre betragen muss und deshalb auch nur eine zweijährige Ausbildung vergleichbar ist.

ebenso für die Abgrenzung nach § 78a BetrVG: BAG 23.6.1983 – 6 AZR 595/80.

(4) Ausnahmen vom Praktikantenbegriff nach § 22 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz MiLoG

- Die Ausnahme nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG hat sich bereits bei der Prüfung von § 26 BBiG erledigt.

- Ein Orientierungspraktikum nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MiLoG scheidet aus, da sich Eifer nicht orientieren will, welchen Berufsweg er geht und ist deshalb nicht zu problematisieren.

- Auch die Ausnahme nach Nr. 4 der Regelung ist ersichtlich nicht gegeben und deshalb nicht anzusprechen.

- In Betracht kommt nur eine Ausnahme nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MiLoG. Das Praktikum müsste bis zu drei Monaten begleitend zur Hochschulausbildung von Eifer geleistet sein. Die in der Bestimmung genannte Rückausnahme eines „Zuvorpraktikums“ liegt nicht vor und ist nicht zu problematisieren.

Streitig ist, ob ein mehr als drei Monate dauerndes Praktikum insgesamt die Ausnahme ausschließt oder nur, sobald die drei Monate überschritten sind – hier also für Arbeiten nach dem 27. April 2015 (§ 187 Abs. 1 iVm § 188 Abs. 2 BGB).

dazu Riechert/Nimmerjahn § 22 MiLoG Rn. 75 und 63 mwN zum Streitstand

Es ist zu argumentieren:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Das Gesetz stellt – anders als § 22 Abs. 4 MiLoG für Langzeitarbeitslose - nicht die ersten Monate der Tätigkeit mindestlohnfrei, sondern Praktika bis zu dieser Dauer. Längere Praktika sieht es daher insgesamt als missbrauchsanfällig an. *Riechert/Nimmerjahn § 22 MiLoG Rn. 75; Schubert/Jerchel/Düwell Rn. 169*	Wenn schon bei zwei Praktika nach der „Zuvorpraktikumsregelung“ in § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MiLoG erst das zweite Praktikum zum Mindestlohn führt kann für ein einheitliches Praktikum nichts anderes gelten, zumal dadurch Praktika unnötig beeinträchtigt würden. *ErfK-Franzen 15. Aufl. § 22 MiLoG Rn. 12*

Das Praktikum muss zudem „begleitend“ zur Hochschulausbildung stattfinden. Das setzt voraus, dass das Praktikum einen inhaltlichen Bezug zur Ausbildung hat.

BT-Drs. 18/1558 S. 42

Es ist zu argumentieren:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Nach der einschlägigen Bachelorprüfungsordnung zielt das Studium auf internationale Zusammenhänge von Politik und Verwaltung wie sich aus den in der Anlage 1 genannten inhaltlichen Modulen ergibt. Ein inhaltlicher Zusammenhang mit rein lokaler Arbeit in Bremen besteht nicht.	Nach § 2 Abs. 2 der Prüfungsordnung reicht sogar für die vorgeschriebene Praxisphase die Tätigkeit bei einer Nichtregierungsorganisation oder einem Unternehmen aus, soweit dort praktische Politik, Öffentlichkeitsarbeit oder Organisations- und Personalführung betrieben wird oder eine vergleichbare Funktion zum Arbeitsbereich gehört. Eifer war organisatorisch und inhaltlich jedenfalls vergleichbar tätig, wie sich z.B. aus seiner Aufgabe der Bewertung der Buchauswahl im Lesezirkel ergibt sowie allgemein aus der Aufgabenstellung die Ohren offen zu halten. Das reicht für einen inhaltlichen Bezug.

b) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 1 MiLoG

Problematisch ist, ob bei einem angenommenen Verstoß die Entgeltabrede insgesamt nach § 3 Satz 1 MiLoG ggf. iVm. § 134 BGB unwirksam ist, mit der Folge, dass sie dann wegfällt und über § 612 Abs. 2

BGB die übliche Vergütung beansprucht werden kann oder ob die Vereinbarung nur insoweit unwirksam ist, als der Stundensatz von 8,50 brutto unterschritten wird.

vgl. Waltermann AuR 2015, 166, 170 mwN

Nach § 3 Satz 1 MiLoG sind Vereinbarungen, die den Mindestlohn unterschreiten „insoweit" unwirksam.

Es ist zu argumentieren:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
§ 3 MiLoG soll nur sicherstellen, dass nicht das ganze Arbeitsverhältnis unwirksam ist, es gelten aber ansonsten die allgemeinen Regeln.	Wortlaut und Zweck der Vorschrift ergeben, dass nur die Unterschreitung unwirksam ist mit der Folge, dass der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn bestehen bleibt. Es kann auch auf § 306 Abs. 2 BGB hingewiesen werden, der seinerseits auf die gesetzlichen Bestimmungen verweist.

3. Unwirksamkeit der Entgeltvereinbarung nach § 138 BGB?

Nicht ausgeschlossen ist es auch die Nichtigkeit der Vergütungsabrede nach § 138 BGB zu problematisieren. Zwar kann die für den Maßstab des sittenwidrigen Lohnwuchers an die Tarifentgelte des jeweiligen Wirtschaftszweigs anknüpfende Rechtsprechung des BAG (vgl. etwa BAG 17. Oktober 2012 - 5 AZR 792/11 - BAGE 143, 212) mangels Angaben im Sachverhalt nicht angewandt werden. Zu erwägen wäre aber ggf., ob und inwieweit das MiLoG auch die Grenze für den sittenwidrigen Lohnwucher bildet.

III. Anspruch auf 8,50 Euro pro Stunde gemäß dem Mindestlohngesetz

Soweit man das Mindestlohngesetz für anwendbar hält, besteht jedenfalls ein Anspruch auf Zahlung des Mindestlohns von 8,50 Euro gemäß § 1 Abs. 1 iVm. Abs. 2 Satz 1 MiLoG. Ob es sich um einen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch handelt,

dazu Waltermann AuR 2015, 166, 169 f.

ist in diesem Zusammenhang unerheblich und nicht zu problematisieren.

IV. Anspruch auf angemessene Vergütung nach § 26 iVm § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG

1. Grundüberlegung

Ein derartiger Anspruch nach § 26 iVm § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG besteht, falls man für die ersten drei Monate die Ausnahme nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MiLoG greifen lässt, die Anwendbarkeit von § 26 BBiG aber bejaht. Fraglich ist, in welcher Höhe.

2. Anspruch auf 8,50 Euro brutto pro Stunde

Die Aussage in der Entstehungsgeschichte des Mindestlohngesetzes, für Praktikanten sei der Mindestlohn die angemessene Vergütung nach § 26 BBiG

BT-Drs. 18/1558 S. 42

dürfte nur als politische Begründung für die teilweise Einbeziehung von Praktikanten in das Mindestlohngesetz gemeint sein, aber nicht dafür sprechen, dass der Mindestlohn auch in den Fällen gelten soll, die gerade durch das Gesetz ausgenommen sind.

Sagan/Witschen JM 2014, 372, 378; gegenläufig möglicherweise Hilgenstock Rn. 22

§ 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG stellt nur eine Rahmenregelung dar, die einen gewissen Beurteilungsspielraum rechtfertigt. Maßgeblich ist die Verkehrsanschauung. Soweit Tarifverträge bestehen, sind diese danach als angemessen zu betrachten, weil ihnen ein Interessenausgleich von Arbeitnehmers und Arbeitgebern zugrunde liegt. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber dürfen Tarifverträge um 20% unterschreiten.

BAG 26. März 2013 – 3 AZR 89/11 – Rn. 11 f.

Klägerseitig könnte argumentiert werden, dass angesichts der „an sich“ angemessenen Vergütung von Praktikanten mit dem Mindestlohn auch bei nicht dem Mindestlohngesetz unterfallenden Praktikanten nach diesen Grundsätzen nur ein Abschlag von 20% gerechtfertigt, angemessen also ein Anspruch von 6,80 Euro brutto wäre.

Beklagtenseitig wäre anzuführen, dass die Ausnahmeregelung das Mindestlohngesetz gerade aus dem Spiel lässt und damit jedenfalls kein so hoher Lohn als angemessen gerechtfertigt ist.

Folgt man der klägerischen Argumentation folgte aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG, dass nicht nur der angemessene Lohn nach Abschlag sondern der an sich angemessene Richtlohn zu zahlen wäre, hier also der gesetzliche Mindestlohn.

BAG 19. Februar 2008 – 9 AZR 1091/06 –

Auf Besonderheiten beim Beklagten wie Gemeinnützigkeit oder Spendenfinanzierung käme es nur an, wenn dem gerade die Schaffung zusätzlicher Ausbildungsplätze zugrunde läge.

BAG 19. Februar 2008 – 9 AZR 1091/06 - und 17. März 2015 - 9 AZR 732/13 - Rn. 15 f.

Das dürfte hier ausscheiden, weil der Verein die Mitarbeit auch im Vereinsinteresse ermöglichen will.

3. Geringere Vergütung pro Stunde?

Sollte man die Orientierung am Mindestlohn nicht für angebracht halten, wäre auf sonstige Gesichtspunkte zur Ermittlung der Verkehrsanschauung zurückzugreifen. Eine Ausbildungsvergütung hat regelmäßig drei Funktionen: Sie soll den Auszubildenden und seine unterhaltsverpflichteten Eltern bei der Lebenshaltung finanziell unterstützen, die Heranbildung eines ausreichenden Nachwuchses an qualifizierten Fachkräften gewährleisten und die Leistungen des Auszubildenden in gewissem Umfang “entlohnen”.

BAG 19. Februar 2008 – 9 AZR 1091/06 – Rn. 18; ; sowie grundlegend jetzt BAG 29. April 2015 - 9 AZR 108/14 -

Denkbar wäre, zumindest einen Stundensatz von ca. 5,00 Euro brutto für angemessen zu halten.

C. Anrechnungen auf den Anspruch als Erfüllungsleistung - § 362 Abs. 1 BGB

I. Vorüberlegungen

Der Verein wendet – teilweise – Erfüllung ein. Er erklärt keine Aufrechnung. Eine solche ist als Gestaltungserklärung auch im Moot-Court-Verfahren nicht nachholbar: Merkblatt Nr. 5 a)

Anrechnungen hätten, da Eifer die Beträge zugeflossen sind, „netto“ zu erfolgen.

II. Erfüllung durch Zahlung der Anerkennungszuwendung von 160,00 Euro netto

1. Ansprüche auf Gleichbehandlung

Soweit sich ein Anspruch auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützt, bestehen keine Bedenken gegen eine Anrechnung als Erfüllung.

2. Mindestlohnproblematik

a) Anrechnung auf Mindestlohnanteil

Es besteht das Problem, ob die Anrechnung auch auf den Mindestlohnanteil an einer Gesamtforderung von 10,00 Euro brutto pro Stunde, also auf davon 8,50 Euro brutto, erfolgen kann. Nach dem Mindestlohngesetz ist das problematisch, weil der Mindestlohn nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MiLoG spätestens am letzten Bankarbeitstag in Frankfurt am Main des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, zu zahlen ist. Das ist nicht erfüllt, da die Zahlung – wie vorgesehen – erst im Juli 2015 erfolgte und Eifer die Arbeit bis Mai 2015 erbrachte. Ein Arbeitszeitkonto nach § 2 Abs. 2 MiLoG wurde nicht eingerichtet.

Ob dieses Problem einschlägig ist, hängt davon ab, ob das Mindestlohngesetz auch gilt, wenn der Entgeltanspruch höher ist als 8,50 Euro brutto, was der Fall wäre, wenn man aus Gleichbehandlung einen Anspruch auf 10,00 Euro begründete. Rechnerisch ist das relevant, weil der den Mindestlohn übersteigende Teil der Klageforderung nur 121,50 Euro brutto beträgt.

Hier ist zu argumentieren:

Klägerseitig:	Beklagtenseitig:
Das Gesetz hat den Zweck, mit dem Mindestlohn auch eine effektive Leistung in seiner Höhe zu garantieren. Deshalb ist es auf den Mindestlohnanteil voll anwendbar; es wäre absurd schon ab einem Stundenlohn von 8,51 Euro brutto an etwas anderes anzunehmen. *z.B. Lembke NZA 2015, 70, 73* Hinzuweisen ist zudem darauf, dass auch die Beschränkung der Geltendmachung des Mindestlohns nach § 3 Satz 1 MiLoG nicht vereinbart werden kann. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich zudem – entgegen der Gegenauffassung - dasselbe. Dass die Arbeitszeitkontenregelung in § 2 Abs. 2 MiLoG nur für mindestlohnrelevante Arbeitszeitkonten gilt, ergibt sich aus der Einfügung, wonach sie bei Gewährung des Mindestlohns durch verstetigte Entgeltzahlung nicht anwendbar ist. Liegt ein derartiger Fall vor, gelten die Anforderungen an Arbeitszeitkonten auch bei einem höheren Stundenlohn.	Vertragliche Regelungen gehen gesetzlichen vor. Zudem hat der historische Gesetzgeber klargestellt, dass die Arbeitszeitkontenregelung in § 2 Abs. 2 MiLoG nur bei mindestlohnrelevanten Arbeitszeitkonten gelten soll. *zB Lakies AuR 2014, 360, 365 f.* *zur Gesetzesgeschichte BT-Drs. 18/2010 (neu) S. 22*

Das würde dazu führen, dass die Entgeltansprüche des Klägers in Höhe des Mindestlohns durch die Zahlung von 160,00 Euro netto nicht erloschen wären. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MiLoG enthält nicht nur

eine Regelung der Fälligkeit, sondern stellt letztlich eine Definition der möglichen Erfüllungsleistungen dar. Dies wird für Jahressonderleistungen vertreten.

so BT-Drs. 18/1558 S. 67

Lembke NZA 2015, 70, 76

Sittard RdA 2015, 99, 103

Waltermann AuR 2015, 166, 171

Bayreuther NZA 2015, 385, 391

Klägerseitig wäre auf diese Ansicht zu verweisen.

Beklagtenseitig wäre zu argumentieren, dass die 160,00 Euro ja keine Sonderzahlung sondern die alleinige Zahlung darstellen sollten.

Darauf ließe sich klägerseitig argumentieren, dass es sich ja um eine Anerkennung handeln sollte und die Zahlung gegenüber dem angedachten Arbeitsentgelt „Null“ deshalb eine Sonderzahlung darstellt.

b) Alleinige Ansprüche nach dem MiLoG

Soweit ohnehin nur ein Anspruch nach dem MiLoG besteht, würden die Einschränkungen der Anrechnung ohnehin zum Tragen kommen.

3. Ansprüche aus § 26 iVm § 17 Abs. 1 BBiG

Es stellen sich keine Anrechnungsprobleme.

III. Erfüllung in Höhe von 20,00 Euro netto weiterer Zahlung wegen langer Betreuung von „Boller“

1. Ansprüche aus Gleichbehandlung

Es könnte sich die Frage stellen, ob die Zweckangabe der Anrechnung entgegensteht. Sie deutet darauf hin, dass die 20,00 Euro netto für den besonderen Zweck gerade der langen Betreuung von Boller geleistet wurden, die sowohl hinsichtlich der Schichtlänge als auch der Lage der Arbeitszeit in der Nacht von dem abweicht, was an sich die Tätigkeit beim Verein ausmacht. Der Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich aber für die Normalleistung ohne Zusatzbelastung. Das könnte dafür sprechen, den Betrag nicht anzurechnen und ist klägerseitig zu problematisieren. Beklagtenseitig ist gegenzuhalten, dass der Vorstandsbeschluss für jede Tätigkeit nur 10,00 Euro vorsieht und deshalb auch die 20,00 Euro ohne weiteres anrechenbar sind.

2. Mindestlohnproblematik

Es ist zu prüfen, ob eine Anrechnung auf den Mindestlohn in Betracht kommt. Es stellt sich hier – rechnerisch schon deshalb, weil die 160,00 Euro ggf. zunächst auf den den Mindestlohn übersteigenden Anteil der Forderung zu verrechnen sind – die Problematik der Erfassung des Mindestlohnanteils vom Mindestlohngesetz, wenn die Gesamtforderung 8,50 Euro brutto übersteigt. Geht man davon aus, dass Eifer nur Ansprüche nach dem Mindestlohngesetz hat, ist die Anrechenbarkeit ohnehin zu prüfen.

Kein Problem ist hier die verspätete Zahlung, weil der Zahlungszeitpunkt ja nicht vorab vereinbart war. Würde man deshalb diesen Zeitpunkt als Problem sehen, könnte nach dem in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MiLoG festgelegten Zeitpunkt der Anspruch auf Mindestlohn nie erfüllt werden. Dieser Punkt sollte daher nicht angesprochen werden.

Es könnte sich hier aber die Problematik der Anrechnung auf den Mindestlohn stellen, wenn man davon ausgeht, dass nur Zahlungen anzurechnen sind, die die „Normalleistung“ abdecken sollen.

ausführlich zur Problematik Sittard RdA 2015, 99, 100 ff. mwN im Ergebnis für Anrechnung; ebenso Merkel/Götz DB 2015, 1407; skeptisch zur Anrechnung Waltermann AuR 2015, 166, 171 f.; vgl. auch Franzen Jahrbuch des Arbeitsrechts 2014, 67, 73 ff.

unterschiedlich die Rechtsprechung:

tendenziell gegen Anrechenbarkeit von besonderen Leistungen: ArbG Berlin 4. März 2015 - 54 Ca 14420/14 - und LAG Berlin-Brandenburg 11. August 2015 - 19 Sa 819/15 -

tendenziell für Anrechenbarkeit ArbG Düsseldorf 20. April 2015 - 5 Ca 1675/15 -

Klägerseitig könnte auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes

BT-Drs. 18/1558 S. 67 – Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates

BT-Drs. 18/2010 (neu) S. 15, Erklärung zum Willen der der Mehrheitsfraktionen im Ausschuss

und die Rechtsprechung

EuGH 14. April 2005 – C-341/02 – Kommission/Deutschland; EuGH 7. November 2013 – C-522/12 – Isbir

BAG 16. April 2014 – 4 AZR 802/11 –

zu tariflichen Mindestentgeltansprüchen verwiesen werden. Ergänzend wäre anzuführen, dass auch aus der der Zahlung zugrundeliegenden Zweckangabe unter Vertrauensschutzgesichtspunkten eine Verpflichtung erwachsen könnte, den Lohn über den „Allgemeinlohn“ hinaus zu zahlen.

Beklagtenseitig wäre auf den Zweck des Mindestlohngesetzes zu verweisen, gerade den Mindestlohn – und eben nicht mehr – als Arbeitsentgelt „je Zeitstunde“ (§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 MiLoG) zu garantieren ohne Unterschied nach den Besonderheiten der Tätigkeit. Eine Selbstbindung lediglich wegen des Motivs der Leistung müsste abgelehnt werden.

Nicht zu problematisieren ist, ob sich aus § 6 Abs. 5 ArbZG etwas anderes herleiten lässt. Die Bestimmung sieht zwar – soweit keine freien Tage gewährt werden - einen Zuschlag über das „zustehende Bruttoarbeitsentgelt“ hinaus vor. Anknüpfungspunkt ist aber, dass der Arbeitnehmer „Nachtarbeiter“ ist. Das setzt nach § 2 Abs. 5 ArbZG entweder „normalerweise“ Nachtarbeit in Wechselschicht oder aber an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr voraus. Davon ist Eifer weit weg. Dass er mit der Betreuung von Boller einmal auch Nachtarbeit geleistet hat, weil er mehr als zwei Arbeitsstunden zwischen 23 und 6 Uhr gearbeitet hat (§ 2 Abs. 3 und 4 ArbZG), ist unerheblich.

3. Ansprüche aus § 26 iVm § 17 Abs. 1 BBiG

Es stellen sich keine Anrechnungsprobleme.

IV. Erfüllung durch Einnahmen aus dem Getränkeverkauf in Höhe von 48,00 Euro netto

Achtung: Nicht zu problematisieren ist die Trinkgeldfrage, da kein Trinkgeld im Sinne von § 107 Abs. 3 Satz 2 GewO vorliegt: Es geht nicht um eine Leistung ohne Rechtspflicht an den Arbeitnehmer zusätzlich zu einer dem Arbeitgeber geschuldeten Leistung. Durch den Getränkeverkauf besteht natürlich eine Rechtspflicht aus § 433 Abs. 2 BGB der Gäste, den Preis für die Getränke zu zahlen.

1. Gleichbehandlung

Problematisch hinsichtlich der Erfüllungswirkung ist § 107 Abs. 1 GewO. Danach ist das Arbeitsentgelt in Euro zu berechnen und auszuzahlen. Gemeint ist, dass der Arbeitgeber auszahlt, denn Arbeitsentgelt ist der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber. Eine Anrechnung kommt daher nur als Sachbezug nach § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO in Betracht.

Dommermuth-Alhäuser/Heup NZA 2015, 406, 407, dies für die Möglichkeit des Trinkgelderwerbs bejahend

Es ist dabei zu problematisieren:

- Vereinbart

Eine Anrechnung kommt nur aufgrund Vereinbarung in Betracht.

Dommermuth-Alhäuser/Heup NZA 2015, 406, 407 f.

Von einer solchen konkludent geschlossenen kann hier ausgegangen werden: Der Verein hat Eifer eine Erlaubnis erteilt, von der er Gebrauch gemacht hat.

- Sachbezug als Teil des Arbeitsentgelts

zu Argumentieren wäre:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Die Systematik von § 107 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GewO setzt ein in Euro zu berechnendes und vom Arbeitgeber auszuzahlendes, also bar zu leistendes Arbeitsentgelt voraus. Diese Barleistung kann durch Leistungen, die anderer Art sind, nämlich Sachleistungen ersetzt werden. Die Bestimmung lässt die Verantwortung für die Erfüllung des Arbeitsentgeltanspruchs in bar also beim Arbeitgeber und nicht bei Dritten. Nur der Arbeitgeber kann sich von der Barzahlungspflicht durch Sachbezüge als Bezüge anderer Art entlasten, die aber auch vom Arbeitgeber zu leisten sind. Dass die Möglichkeit des Erwerbs anderer Bareinnahmen nicht darunter fällt, ergibt sich aus § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO, der davon ausgeht, dass Sachbezüge zwar einen Wert haben, aber sich nicht als Bareinnahme darstellen. Auch die im Gesetzgebungsverfahren genannten Beispiele *BT-Drs. 14/8796 S. 24* deuten darauf hin. Allenfalls könnte argumentiert werden, bereits die Möglichkeit, Bareinnahmen zu haben, sei als Sachbezug zu werten. Das führte aber dazu, dass diese Chance abstrakt wirtschaftlich zu bewerten und der sich so ergebende Betrag unabhängig von den konkreten Einnahmen zu berechnen und in Ansatz zu bringen wäre. Eine solche Verfahrensweise verstieße gegen den § 107 Abs. 3 GewO zugrundeliegenden Rechtsgedanken, dass das Wirtschaftsrisiko nicht dem Arbeitnehmer auferlegt werden kann. *dazu BT-Drs. 14/9254 S. 14*	Die Möglichkeit, Bareinnahmen zu erhalten, ist Sachbezug iSv. § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO und wirtschaftlich mit den so konkret erzielten Einnahmen zu bewerten. Diese können deshalb auch ohne weiteres angerechnet werden. *Dommermuth-Alhäuser/Heup NZA 2015, 406, 407*

-Interesse des Arbeitnehmers oder Eigenart des Arbeitsverhältnisses

Ein konkretes Interesse des Arbeitnehmers, also von Eifer, an der Art des Sachbezuges ist hier nicht ersichtlich, soweit es um die Einnahme als Teil des regulären Einkommens geht.

Denkbar ist jedoch auf die Eigenart des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Dabei ist dies klägerseitig zu verneinen, weil es sich um eine normale Arbeitstätigkeit handelt und keine Besonderheiten vorliegen. Beklagtenseitig kann angeführt werden, dass der kleine Verein ein Interesse hat, gerade bei einem großen Andrang nicht so viel Geld in der Kasse rumliegen zu lassen und deshalb eine unmittelbare Erfüllung anstrebt; abzurechnen hätte Eifer ja ohnehin.

- Verstoß gegen § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO?

Hier spricht viel für die Ansicht, dass die Regeln zur Begrenzung anhand der Pfändungsschutzvorschriften im Wege der zweckentsprechend einschränkenden Auslegung, teleologischen Reduktion, nicht zur Anwendung kommen, soweit man Sachbezüge bejaht, weil der Barbetrag ja tatsächlich zufließt.

Dommermuth-Alhäuser/Heup NZA 2015, 406, 407

2. Mindestlohnproblematik

Hinsichtlich der Anrechnung auf den Mindestlohn oder Mindestlohnanteil – hier stellen sich die allgemeinen Probleme der Erfassung bei evtl. höherem Gesamtanspruch auch rechnerisch, wenn man die anderen möglicherweise anrechenbaren Zahlungen einbezieht – ergeben sich zwei weitere Probleme:

Zu problematisieren ist zum einen, ob Wortlaut und Zweck des Mindestlohngesetzes, einer Anrechnung entgegenstehen. Nach § 1 Abs. 1 MiLoG hat der Arbeitnehmer Anspruch auf „Zahlung“ eines Mindestlohns. Das könnte für ein Verbot von Sachbezügen und die Nicht-Anwendbarkeit von § 107 Abs. 2 GewO sprechen.

Zur Problematik Dommermuth-Alhäuser/Heup NZA 2015, 406, 408 f. mwN

Ergänzend könnte für den hier vorliegenden Sonderfall von Seiten der Beklagten argumentiert werden, dass der Betrag bar zugeflossen ist. Klägerseitig wäre dem entgegenzusetzen, dass das Mindestlohgesetz einen Anspruch auf Arbeitsentgelt und damit Zahlung durch den Arbeitgeber garantiert.

Es stellt sich zudem folgendes Problem: Da Eifer zudem die Möglichkeit der Einnahme durch den Getränkeverkauf wegen des erwarteten großen Andrangs eingeräumt wurde, spricht einiges dafür, diese Möglichkeit als Erschwerniszulage zu behandeln, was die Problematik der Anrechnung von Zahlungen für mehr als Normalleistung aufwirft.

3. Anspruch aus § 26 iVm § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG

Hier stellen sich Anrechnungsprobleme.

§ 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG gibt dem Ausgebildeten eine Anspruch auf Vergütung. Nach Abs. 2 sind „Sachleistungen“ im Rahmen von § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB IV anrechenbar. Diese Bestimmung regelt eine Verordnungsermächtigung für „Sachbezüge“. Diese Verordnung ist auch ergangen in Form der Sachbezugsverordnung 1994.

Bekanntmachung vom 18. Dezember 1984, BGBl. I S. 1642; zuletzt geändert durch Verordnung vom 10. Dezember 1993, BGBl. I S. 2171; mit Maßgaben für das Gebiet nach Art. 3 des Einigungsvertrages in Verordnung vom 17. Dezember 1990, BGBl. I S. 2914

Klägerseitig wäre zu argumentieren: Aus dieser Verordnung ergibt sich, dass tatsächlich nur Sachleistungen im Sinne von nicht-barwerten Leistungen gemeint sind. Das spricht dafür, einen Umkehrschluss zu ziehen, dass solche Leistungen, die weder Sachleistungen in diesem Sinne sind noch vom Arbeitgeber geleistete Vergütung nicht anrechenbar sind. Dafür spricht auch, dass mit § 107 Abs. 2 GewO zumindest § 10 Abs. 2 Satz 2 BBiG nicht berührt werden sollte.

BT-Drs. 14/8796 S. 25

Gemäß § 26 iVm § 10 Abs. 2 BBiG bestimmt nach dieser Argumentation also das BBiG ggf. etwas anderes als die für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften.

Beklagtenseitig wäre anzuführen: Die Entstehungsgeschichte der Änderung der Gewerbeordnung nimmt letztlich nur § 10 Abs. 2 Satz 2 BBiG in Bezug, der den Mindestgehalt an Barleistungen regelt. Das ist aber nur eine dann vorgehende Regelung zu § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO. Beide Bestimmungen sind ihrem Zweck entsprechend hier aber ohnehin nicht anwendbar. Im Übrigen verbleibt es nach § 26 iVm. § 10 Abs. 2 BBiG beim Arbeitsrecht und damit bei der Möglichkeit der Anrechnung.

Fallvariante

Problematisch ist, ob nicht – die Anwendbarkeit nur des Mindestlohngesetzes unterstellt – Eifer für die Verteilung des Vereinsblatts unter die Übergangsregelung des § 24 Abs. 2 MiLoG für Zeitungszusteller fällt, so dass ihm für die Verteilung nur 75% des Mindestlohns, also 6,38 Euro brutto pro Stunde zustünden. Unerheblich ist, ob Eifer den Mindestlohnanspruch lediglich als Praktikant wegen § 22 Abs. 1 Sätze 2 und 3 MiLoG hat. Denn Praktikantinnen und Praktikanten „gelten“ als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, so dass die für Arbeitnehmer anzuwendenden Einschränkungen zum Mindestlohn anwendbar sind.

Sagan/Witschen JM 2014, 327, 378

Es kommt daher auch nicht darauf an, dass § 24 Abs. 2 MiLoG in Satz 2 von „Arbeitsverhältnis“ spricht.

Es wäre zu argumentieren:

Klägerseite:	Beklagtenseite:
Es sind nur periodische Druckschriften erfasst, dazu gehört kein unregelmäßig erscheinendes Blatt. Das Gesetz soll die Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG schützen und die Versorgung insbesondere des ländlichen Raumes mit Presseorganen verlässlich am Tag des Erscheinens sicherstellen. *BT-Drs. 18/2010 (neu) S. 25* Geschützt ist die Presse als Institution, nicht jede Ausübung von Grundrechten durch das geschriebene Wort, also auch nicht die durch die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG und die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Herausgabe und Verteilung eines Vereinsblatts. Zudem steht entgegen, dass Eifer nicht in seinem Arbeitsverhältnis „ausschließlich“ ausschließlich das Blatt verteilt, sondern noch andere Aufgaben hat.	„Periodisch“ heißt nicht nur innerhalb einer gleichbleibenden Periode, sondern wird auch – wenngleich seltener – im Sinne von „von Zeit zu Zeit, phasenhaft“ verstanden. *so Duden online* Auch der Zweck der Regelung fordert die Anwendbarkeit. Der Verein hat einer pünktlichen und aktuellen Verteilung ein genauso großes Interesse wie klassische Presseerzeugnisse, weil es z.B. auch um aktuelle Berichte aus der Vereinsarbeit geht. Das Wort „ausschließlich“ im Gesetzestext und der insoweit gleichlautenden Begründung *BT-Drs. 18/2010 (neu) S. 25* bezieht sich nicht auf das Arbeitsverhältnis, sondern auf die Verteilung. Es soll *so* *Lakies AuR 2014, 360, 365* *Bayreuther NZA 2014, 865, 872* *aA aber Franzen Jahrbuch des Arbeitsrechts 2014, 67, 85* *und ArbG Nienburg 14. August 2015 - 2 Ca 151/15 -: produkt- und tätigkeitsbezogen* nur den Fall erfassen, dass außer periodischen Zeitschriften noch anderes Material verteilt wird.