

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Arbeitsverhältnis
3. Aushilfsarbeitsverhältnis
4. Einfühlungsverhältnis
5. Praktikum
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Arbeitsverhältnis
 - 6.2 Darlegungs- und Beweislast
 - 6.3 Einfühlungsverhältnis - 1
 - 6.4 Einfühlungsverhältnis - 2
 - 6.5 Einfühlungsverhältnis - 3
 - 6.6 Im Zweifel: unbefristetes Arbeitsverhältnis

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber hat für den Abschluss von Arbeitsverträgen eine Menge Möglichkeiten. Die Vereinbarung eines Probearbeitsverhältnisses ist eine davon. Das Arbeitsrecht gewährt ihm - wie das allgemeine Zivilrecht - zwar grundsätzlich Vertragsfreiheit. Es sagt damit aber nicht, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer machen und vereinbaren können, was sie wollen. Sie bekommen von der Rechtsordnung Grenzen gezogen: Vertragsfreiheit gibt es nur im Rahmen des rechtlich Zulässigen.

Praxistipp:

Bestimmend für die Einordnung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis ist nicht allein die Bezeichnung des Vertrags oder der Maßnahme. Es kommt auch nicht darauf an, was die Parteien (regeln oder vermeiden) wollen. Entscheidend ist, was tatsächlich passiert und gelebt wird: So ist ein "Praktikant", der wirklich arbeiten soll und auf einer Stelle beschäftigt wird, auf der sonst "echte" Arbeitnehmer tätig sind, Arbeitnehmer - und muss auch wie ein Arbeitnehmer bezahlt und behandelt werden.

Die Probezeit, egal ob befristet oder einem unbefristeten Arbeitsverhältnis vorgeschaltet, ist ein **richtiges Arbeitsverhältnis**. Der Arbeitnehmer schuldet Arbeit, der Arbeitgeber Arbeitsentgelt. Aushilfsarbeitsverhältnisse sind keine Probearbeitsverhältnisse, sie haben einen anderen Zweck: das Überbrücken von Personalengpässen. Bei einem bloßen Einfühlungsverhältnis oder "Schnupperpraktikum" besteht - im Gegensatz zum Aushilfs- und/oder Probearbeitsverhältnis - keine Arbeitspflicht. Und ein Praktikum unterscheidet sich von der Probezeit dadurch, dass dem Praktikanten vorrangig Wissen vermittelt werden soll, das er für seine eigentliche Berufsausbildung braucht.

2. Arbeitsverhältnis

Ein Arbeitsverhältnis ist zivilrechtlich ein **Dienstvertrag** im Sinne des § 611 Abs. 1 BGB. Dieser Dienstvertrag **verpflichtet**

- den Arbeitnehmer, der die Leistung **Arbeit** zusagt, diese Arbeit **zu leisten**, und
- den Arbeitgeber, der die Leistung Arbeit entgegennimmt, die dafür vereinbarte Gegenleistung, das **Arbeitsentgelt, zu zahlen**.

Der **Arbeitgeber** hat bei einem Arbeitsverhältnis ein aus § 106 GewO folgendes **Direktionsrecht**. Er kann nach billigem Ermessen

- Inhalt,
- Ort und
- Zeit

der **Arbeitsleistung bestimmen**, wenn *"diese Arbeitsbedingungen nicht [schon] durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind"* (§ 106 Satz 1 GewO).

Ein **Probearbeitsverhältnis** ist ein **echtes Arbeitsverhältnis**. Die gegenseitigen **Hauptpflichten** sind in § 611 Abs. 1 BGB festgelegt. Der Arbeitgeber darf seinem (Probe)Mitarbeiter nach § 106 Satz 1 GewO Weisungen erteilen. Der Arbeitnehmer zur Arbeit verpflichtet.

Praxistipp:

Auch für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gilt: Man kann im Leben nicht alles haben. Sie müssen sich entscheiden. Ein vages Rechtsverhältnis, das nichts vernünftig und abschließend regelt, wird von der (Arbeits)Rechtsordnung nicht anerkannt. Die Probezeit begründet ein echtes Arbeitsverhältnis. In diesem echten Arbeitsverhältnis entstehen wechselseitige Ansprüche. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Leistung Arbeit abzufordern, der Arbeitnehmer ist berechtigt, die Gegenleistung Arbeitsentgelt zu verlangen. Ein echtes (Probe)Arbeitsverhältnis gibt es nicht zum Nulltarif.

Die **Vereinbarung** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, dass eine 14-tägige *"Probezeit"* nur dann vergütet werden soll, wenn nach Ablauf dieser 14 Tage ein endgültiger Arbeitsvertrag geschlossen wird, ist **sittenwidrig** (LAG Köln, 18.03.1998 - 8 Sa 1662/97).

3. Aushilfsarbeitsverhältnis

Das **Probearbeitsverhältnis** ist dem **Hauptarbeitsverhältnis** - sei es befristet oder unbefristet - **vorgeschalet**. Es hat den **Zweck**, den neu eingestellten Mitarbeiter zu **erproben**. Aushilfsarbeitsverhältnisse sollen dem Arbeitgeber dagegen die Möglichkeit geben, einen kurzfristigen Arbeitnehmerbedarf zu decken. Sie sind in der Regel von Anfang an ein Hauptarbeitsverhältnis, obwohl auch bei ihnen eine Probezeit vereinbart und vorgeschaltet werden kann.

Beispiel:

Die Owerneydt & Gastrow GmbH sucht für die Sommermonate vom 01.06. bis zum 31.08. mehrere Aushilfskräfte, die sie im Bedien- und Servicebereich ihrer Hotels einsetzen möchte: a) wegen des saisonalen Mehrbedarfs, b) zur Vertretung einiger Stammmitarbeiter. Die Owerneydt & Gastrow GmbH kann mit diesen Aushilfen auf drei Monate befristete Aushilfsarbeitsverhältnisse schließen. Sie kann für die ersten Wochen dieser befristeten Aushilfsarbeitsverträge eine Probezeit vorsehen - aber nicht für die ganzen drei Monate: sind die Aushilfsarbeitsverhältnisse doch ohnehin nur auf drei Monate befristet.

§ 622 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BGB erlaubt für Aushilfsarbeitsverhältnisse, die **nicht über drei Monate** hinausgehen, eine **ganz kurze Kündigungsfrist** - sogar eine Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnis von jetzt auf gleich.

Praxistipp:

Viele Arbeitgeber wollen sich auch bei Aushilfsarbeitsverhältnissen durch Vereinbarung einer Probezeit (vermeintliche) kündigungsrechtliche Vorteile sichern. Das ist kaum nötig. Nach sechs Monaten beginnt auch nach einem früheren Aushilfsarbeitsverhältnis der Kündigungsschutz und die 2-wöchige Probezeitkündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB ist immer länger als die Frist, die § 622 Abs. 5 Satz 1

Nr. 1 BGB für Aushilfsarbeitsverhältnisse zulässt. Daher ist es das Sinnvollste, Aushilfsarbeitsverhältnisse, die die Dauer von drei Monaten nicht überschreiten, zu befristen und für die Kündigung dieser Aushilfsarbeitsverhältnisse nach § 622 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BGB eine kurze Kündigungsfrist unterhalb der 2-Wochen-Frist des § 622 Abs. 3 BGB zu vereinbaren. BGB -rechtlich ist bei Aushilfsarbeitsverhältnissen ohnehin keine Probezeit erforderlich.

Soweit **Tarifverträge** für Aushilfsarbeitsverhältnisse eine Probezeit und besondere Kündigungsfristen vorsehen, sind diese Regelungen natürlich vorrangig. Mehr zu Aushilfsarbeitsverhältnissen in den Stichwörtern Aushilfskräfte - Allgemeines , Aushilfskräfte - Beschäftigungsmöglichkeiten und Aushilfskräfte - Besonderheiten .

4. Einfühlungsverhältnis

Bei einem Einfühlungsverhältnissen wird dem Interessenten von Seiten des Arbeitgebers die **Möglichkeit** gegeben, sich

- **im Betrieb umzusehen** und
- mit den betrieblichen Verhältnissen vertraut zu machen,
- um so seinen **zukünftigen Arbeitsplatz kennenzulernen** und
- festzustellen, ob ihm **Arbeitgeber und Betrieb so gefallen**,
- dass er mit dem Arbeitgeber ein (Probe)Arbeitsverhältnis schließen möchte.

Das Einfühlungsverhältnis ist ein **Rechtsverhältnis eigener Art**, bei dem im Gegensatz zum (Probe)Arbeitsverhältnis

- **kein Direktionsrecht** ,
- **keine Arbeits-** und
- **keine Vergütungspflicht**

bestehen. Es kann von beiden Vertragspartnern jederzeit beendet werden. Einfühlungsverhältnisse sollten auch **nur über einen kurzen Zeitraum** - ein bis zwei Wochen - eingegangen werden.

Der Abschluss eines Einfühlungsverhältnisses wird durch die zivilrechtliche **Vertragsfreiheit** gedeckt. Eine vereinbarte **Unentgeltlichkeit** ist nur dann nicht zu beanstanden, wenn der Interessent nicht verpflichtet ist, Arbeit zu leisten (LAG Schleswig-Holstein, 17.03.2005 - 4 Sa 11/05).

Beispiel:

Buffetkraft Gisela Gamber-Schrimpp war bisher nur in kleinen, feinen Hotels und Restaurants angestellt. Ihrem letzten Engagement folgte eine 2-monatige Arbeitslosigkeit, die sie nun beenden möchte. Sie meldet sich auf eine Stellenanzeige der Owerneydt & Gastrow GmbH. Beim Vorstellungsgespräch sagt sie, dass sie nicht wisse, ob ihr das Arbeiten in einem Großbetrieb gefallen werde. Der Personalchef der Owerneydt & Gastrow GmbH bietet Frau Gamber-Schrimpp an, dass sie sich den Betrieb mal unverbindlich für eine Woche ansehen könne. Man erwarte von ihr in dieser Zeit keine Arbeitsleistung, sie bekomme für diese Woche auch kein Arbeitsentgelt und könne jederzeit gehen, wenn ihr Arbeit, Betrieb und zukünftige Kollegen nicht zusagen. Gisela schließt mit der Owerneydt & Gastrow GmbH ein klassisches Einfühlungsverhältnis - kein (Probe)Arbeitsverhältnis.

An Stelle des Begriffs Einfühlungsverhältnis wird oft auch der Begriff "**Schnupperpraktikum**" verwendet (mehr dazu im Stichwort Stolpersteine - Einfühlungsverhältnis).

5. Praktikum

Der Begriff "Praktikum" wird oft falsch oder zweckentfremdet gebraucht. Ein **Praktikum ist kein (Probe)Arbeitsverhältnis**. Ein Praktikum ist ein Rechtsverhältnis eigener Art. Der wesentliche Unterschied zum (Probe)Arbeitsverhältnis: Es besteht **keine Arbeitspflicht**. Praktika dienen dem **Erwerb beruflicher**

Fähigkeiten und Fertigkeiten. Die Bezeichnung eines Mitarbeiters als "Praktikant" ist für die rechtliche Einordnung seines Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag unerheblich (BAG, 13.03.2003 - 6 AZR 564/01).

Beispiel:

Die Beth & Breckvest KG gibt jungen Leuten gerne die Chance, einmal - wie sie es nennt - in die Arbeitswelt "hineinzuriechen". Sie schließt mit ihnen 6- oder 12-monatige "Praktikantenverträge". Darin verpflichtet sie sich, den jungen Menschen Einblicke ins Berufsleben bei einem mittelständischen Hotelbetrieb zu vermitteln. Eine gesonderte Vergütung des Praktikums erfolgt nicht - die Praktikanten dürfen aber am Gemeinschaftsessen der Mitarbeiter teilnehmen. Wie diese bekommen sie ihre Arbeitszeiten und ihre Tätigkeiten vorgegeben. Würde die Beth & Breckvest KG keine Praktikanten einsetzen, müsste sie auf den "Praktikantenstellen" Arbeitnehmer beschäftigen. Mit dem Ergebnis, dass es sich hier um echte Arbeitsverhältnisse handelt, bei denen die "Praktikanten" in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert sind und unter dessen Weisungsrecht stehen.

Es gibt

- **vorgeschriebene** und
- **nicht vorgeschriebene**

Praktika. Nicht vorgeschriebene Praktika werden freiwillig gemacht. Vorgeschriebene Praktika sind **Teil einer** durch

- Ausbildungs-,
- Prüfungs- oder
- Studienordnung

vorgegebenen **Ausbildung**.

Beispiel:

Marie Nahde absolviert ein Management-Studium, dessen Studienordnung vorsieht, dass die Studenten in den Semesterferien zwischen dem zweiten und dritten Semester ein 4-wöchiges Praktikum in einem Hotel- oder Gastronomiebetrieb machen. Frau Nahde bewirbt sich bei der Owerneydt & Gastrow GmbH, die ihr sofort einen Praktikumsplatz zur Verfügung stellt. Marie braucht in diesen vier Wochen nicht zu arbeiten, sondern erhält die Möglichkeit, in vier unterschiedliche Bereiche der GmbH hineinzuschauen, um so für ihr Studium etwas aus dem Berufsleben zu erfahren: ein klassisches vorgeschriebenes Praktikum, das kein (Probe)Arbeitsverhältnis ist.

Ähnlich ist es bei einem **Volontariat**. Weitere Informationen zum Thema Praktikum sind in den Stichwörtern Praktikum - Allgemeines und Stolpersteine - Praktikanten hinterlegt.

6. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Abgrenzung von Probearbeitsverhältnissen **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

6.1 Arbeitsverhältnis

Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses setzt zunächst voraus, dass die beteiligten Parteien einen **Arbeitsvertrag** schließen. In diesem Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber auf privatrechtlicher Basis (= Austausch deckungsgleicher Willenserklärungen, §§ 145 ff. BGB), **in persönlicher Abhängigkeit** weisungsgebundene, **fremdbestimmte Arbeit** zu leisten. Dabei kann das Weisungsrecht des Vertragspartners Arbeitgeber Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. "Arbeitnehmer ist [dann] derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann." Bei der Bewertung eines Vertrags als Arbeitsverhältnis sind

alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen (= Gesamtbetrachtung).

Die ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und die **praktische Durchführung** des Vertrags bestimmen den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts. So können die Parteien zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse nicht dadurch abbedingen, dass sie ihrem Rechtsverhältnis Arbeitsvertrag einen anderen Namen geben (s. dazu BAG, 09.04.2014 - 10 AZR 590/13). Bei einem **Widerspruch** zwischen Vereinbarung und tatsächlicher Durchführung entscheidet Letztere. Aus "der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen [lassen sich] am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen .., von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also **wirklich gewollt** haben" (s. dazu BAG, 14.06.2016 - 9 AZR 305/15 und BAG, 11.08.2015 - 9 AZR 98/14). Es gibt keine abstrakten, für alle Arbeitsverhältnisse geltenden Merkmale (BAG, 17.01.2017 - 9 AZR 76/16 - mit Hinweis auf BAG, 14.06.2016 - 9 AZR 305/15 und BAG, 21.07.2015 - 9 AZR 484/14).

6.2 Darlegungs- und Beweislast

Behauptet die klagende Partei, das zwischen ihr und der beklagten Partei ein **Arbeitsverhältnis** zustande gekommen ist, muss sie dieses Arbeitsverhältnis darlegen und unter Beweis stellen. Wendet die beklagte Partei ein, es sei kein Arbeits-, sondern lediglich ein sog. **Einfühlungsverhältnis** gegeben, dann führt das nicht dazu, dass sie nun das Vorliegen dieses Einfühlungsverhältnisses darlegen und beweisen muss. Aus der Tatsache, dass die klagende Partei tatsächlich gearbeitet hat, folgt nicht zwingend, dass diese Arbeit auf Grundlage eines Arbeitsverhältnisses erfolgte. *"Für die Vereinbarung des Arbeitsverhältnisses ist .., da es sich um eine **anspruchs begründende Tatsache** handelt, die Klägerin voll umfänglich darlegungs- und beweisbelastet"* (LAG Rheinland-Pfalz, 24.05.2007 - 2 Sa 87/07).

6.3 Einfühlungsverhältnis - 1

Einfühlungsverhältnis ist ein **ganz loses Rechtsverhältnis** eigener Art, das sich von einem Arbeitsverhältnis, *"insbesondere auch von einem Probearbeitsverhältnis, dadurch unterscheidet, dass der in den Betrieb aufgenommene potenzielle Arbeitnehmer während der Einfühlungsphase **keine Pflichten** übernimmt (...), insbesondere keine Arbeitspflicht hat (...), daher nicht dem Direktions- oder Weisungsrecht des potenziellen Arbeitgebers unterliegt (...), sondern lediglich dem **Hausrecht des Betriebsinhabers** untersteht"* (LAG Hamm, 24.05.1989 - 15 Sa 18/89).

6.4 Einfühlungsverhältnis - 2

Die **Vereinbarung einer unbezahlten Kennenlernphase** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist durchaus zulässig. Soll ein Interessent nach einer unstreitigen Vereinbarung **lediglich vier Tage** im Betrieb des Arbeitgebers tätig sein und greift er danach - ebenso unstreitig - erst die Vergütungsfrage auf, spricht das alles *"für den Abschluss eines - unbezahlten - Einfühlungsverhältnisses und gegen die Vereinbarung eines - bezahlten - Probearbeits-, Praktikums- oder Volontärverhältnisses. Der Arbeitnehmer trägt .. die **Darlegungs- und Beweislast** für die Behauptung, es sei eine Bezahlung des Einfühlungsverhältnisses vereinbart gewesen"*. Während kurzer Einfühlungsverhältnisse erwerben Interessenten in der Regel keinen Entgeltanspruch (LAG Bremen, 25.07.2002 - 3 Sa 83/02).

6.5 Einfühlungsverhältnis - 3

Ein Einfühlungsverhältnis *"liegt insbesondere vor, wenn einem Auszubildenden oder einem in Aussicht genommenen Arbeitnehmer vor Eintritt in den Betrieb erst einmal Gelegenheit gegeben werden soll, sich einen **Überblick** zu verschaffen. Dazu gehören auch die Fälle, den Arbeitnehmern, die längere Zeit keine abhängige Arbeit geleistet haben oder fachfremd sind, auf diese Weise die Möglichkeit zu geben, sich mit den Verhältnissen eines Betriebes vertraut zu machen, um danach zu prüfen, ob ein Arbeits- oder Probearbeitsverhältnis abgeschlossen werden soll. (...) Die **Zulässigkeit der Vereinbarung** eines Einfühlungsverhältnisses unter solchen Umständen folgt aus dem **Grundsatz der Vertragsfreiheit**. Dies berechtigt die Parteien, auch eine unbezahlte Einführungsphase zu vereinbaren, in der der Arbeitnehmer keine Pflichten, insbesondere keine Arbeitspflicht hat"* (LAG Sachsen, 05.03.2004 - 2 Sa 386/03).

6.6 Im Zweifel: unbefristetes Arbeitsverhältnis

Probearbeitsverhältnisse gibt es als befristete oder unbefristete Arbeitsverhältnisse mit vorgeschalteter Probezeit. Im Zweifel ist *"die **Probezeit als Beginn** eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnis anzusehen"*. Dabei folgt aus dem **Zweck der Erprobung**, dass das Arbeitsverhältnis grundsätzlich fortgesetzt werden soll, wenn sich der **Mitarbeiter bewährt** hat. Insoweit sind befristete Probearbeitsverhältnisse die Ausnahme - mit der Voraussetzung, dass sich *"aus der vereinbarten Regelung ausdrücklich und eindeutig ergeben [muss], dass das Arbeitsverhältnis befristet sein soll"* (LAG Düsseldorf, 04.09.1996 - 12 (5) Sa 881/96) .