

Privilegierte Praktika (§ 22 I 2 Nrn. 1–3 MiLoG)

Kehren wir aus diesem „verfassungsrechtlichen Nebel“²² in die Niederungen des Gesetzesrechts zurück, so findet sich eine Fülle neuer und offener Anwendungsfragen insbesondere im Hinblick auf die privilegierten Praktika (§ 22 I 2 Nrn. 1–3 MiLoG). Hier hat sich der Gesetzgeber offenbar besonders viel Mühe gegeben, anspruchsvolle neue Spielfelder für Wissenschaft und Praxis zu schaffen. Gemeinsame gedankliche Grundlage ist, dass bei allen privilegierten Praktikumsformen die Missbrauchsgefahr bereits aus objektiv feststellbaren Gründen strukturell reduziert ist und daher die Fiktionswirkung des § 22 I 2 Hs. 1 MiLoG nicht greifen soll. Anders gesagt: Eindeutig legitime und sozialpolitisch wünschenswerte Formen des Praktikums sollen auch weiterhin ohne spezifische mindestlohnrechtliche Vorgaben durchgeführt werden können. Für das Vorliegen eines solchen Ausnahmetatbestands trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast.²³

1. Pflichtpraktika (Nr. 1)

Pflichtpraktika iSd Nr. 1 werden per definitionem „verpflichtend auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie“ geleistet. Die zugrundeliegende Entscheidung des Gesetzgebers bzw. (hoch)schulrechtlichen Ordnungsgebers, ein Pflichtpraktikum als Bestandteil oder Voraussetzung des jeweiligen Curriculums²⁴ vorzusehen, stellt sicher, dass die Entscheidung über Durchführung, Ausgestaltung und zeitliche Begrenzung des Praktikums der Einflussnahme durch Praktikant und Praktikumsgeber entzogen ist. Dies begrenzt strukturell die Missbrauchsgefahr. Letztlich sollen weitgefasst alle verbindlich vorgeschriebenen schul-, studien- oder ausbildungsbegleitenden Praktika privilegiert sein²⁵ – auch in dualen oder ausbildungsintegrierten²⁶ Studiengängen. Sinnvolles will der Gesetzgeber nicht ausschließen.

Die Privilegierung nach Nr. 1 ist dennoch mit Risiken für den Praktikumsgeber verbunden: So wird nicht immer hinreichend erkennbar sein, ob der Praktikumsbewerber das nach der einschlägigen Rechtsgrundlage vorgesehene Pflichtpraktikum bereits absolviert hat; die Privilegierung nach Nr. 1 wäre in diesem Fall aber „verbraucht“. Täuscht der Praktikumsbewerber zur Erlangung des Praktikumsplatzes vor, er habe das Pflichtpraktikum noch nicht absolviert, ist die spätere Geltendmachung des Mindestlohnanspruchs treuwidrig (§ 242 BGB, venire contra factum proprium). Im Rahmen der ordnungswidrigkeitsrechtlichen (§ 21 MiLoG) und strafrechtlichen (§ 266 a StGB) Bewertung dürfte ein Verschulden des Arbeitgebers regelmäßig ausgeschlossen sein, wenn er seiner Obliegenheit zur ausdrücklichen Erkundigung belegbar nachgekommen ist und vom Bewerber gleichwohl belogen wurde. Kein Raum ist dagegen für diese Rechtsfolgen, wenn Praktikumsgeber und Praktikant kollusiv handeln, um den (zwingenden, § 3 S. 1 MiLoG) Mindestlohnanspruch durch Pro-forma-Vereinbarung eines Pflichtpraktikums zu umgehen.

Die Privilegierung durch Nr. 1 entfällt nicht rückwirkend, wenn der Praktikant zu einem späteren Zeitpunkt (nach Beendigung des Praktikums) das Studium bzw. die Ausbildung aufgibt oder in den Geltungsbereich einer anderen Rechtsgrundlage wechselt, in der das Pflichtpraktikum nicht vorgesehen ist. Es kommt stets auf die Verhältnisse zu dem Zeitpunkt an, in welchem das Praktikum absolviert wird. Wird das Studium bzw. die Ausbildung dagegen während des laufenden Praktikums abgebrochen, entfällt zeitgleich die mindestlohnrechtliche Privilegierung. Erhält der Praktikumsgeber in diesem Fall allerdings keine Kenntnis von dem Abbruch, greifen die für den Täuschungsfall dargelegten Grundsätze, sodass die Privilegierung weiterhin gilt; auch eine ständige Erkundigungsobliegenheit des Praktikumsgebers besteht nicht. Die Privilegierung durch Nr. 1 entfällt allerdings ex nunc bei einer kollusiven Fortsetzung des vermeintlichen Pflichtpraktikums in Kenntnis des Studien-/Ausbildungsabbruchs.

2. Orientierungspraktika (Nr. 2)

Besonders faszinierende Rechtsfragen, die dem befristungsrechtlich bewanderten Arbeitsrechtler teilweise innig vertraut anmuten, stellen sich bei den nach Nr. 2 privilegierten Orientierungspraktika.

a) Voraussetzungen

Auch bei Nr. 2 zeigt sich aber zunächst der skizzierte Grundgedanke aller Privilegierungstatbestände: Die Missbrauchsgefahr ist bereits dadurch reduziert, dass wirtschaftlich verwertbare Fachkenntnisse bei dem Praktikanten regelmäßig noch nicht vorhanden sind. Dieser Aspekt dürfte als Wertungskriterium in Zweifelsfällen heranzuziehen sein; hierzu ist insbes. der Tätigkeitsinhalt des Praktikanten auszuwerten. Für ein Orientierungspraktikum kommen demnach nur Praktikanten in Betracht, die sich nicht bereits in der Berufsausbildung oder dem Studium befinden, auf dessen Inhalte sich das Praktikum bezieht. Es handelt sich um ein Praktikum im zeitlichen Vorfeld einer beabsichtigten Studien- oder Ausbildungsaufnahme, das allerdings auch in Phasen der Neuorientierung, zB nach einem Studien-/Ausbildungsabbruch sowie vor dem Beginn einer weiteren Ausbildung bzw. eines weiteren Studiums, in Betracht kommt.²⁷ Stets erforderlich ist ein inhaltlicher Bezug zu der beabsichtigten Berufsausbildung bzw. dem beabsichtigten Studium. Der Praktikant muss weiterhin zumindest prognostisch in absehbarer Zeit die Zulassungsvoraussetzungen für den angestrebten Studiengang bzw. die angestrebte Ausbildung erfüllen.²⁸ Ob das angestrebte Studium bzw. die angestrebte Ausbildung später tatsächlich begonnen wird, ist für die Anerkennung als privilegiertes Orientierungspraktikum unerheblich; es kommt – wie bei Nr. 1 (s. o. III 1) – allein auf die Verhältnisse während des Praktikums an.

b) Insbesondere: Vorbeschäftigungsverbot, Karenzregelung.

Die bereits angedeuteten Parallelen zum Befristungsrecht – genauer: der sachgrundlosen Befristung gem. § 14 II TzBfG – ergeben sich daraus, dass Nr. 2 (im Grundsatz ebenso wie Nr. 3) die mindestlohnrechtliche Privilegierung auf eine maximale Praktikumsdauer von drei Monaten beschränkt. Hieraus resultiert das Problem, wie zu verfahren ist, wenn bereits ein Orientierungspraktikum bei einem Unternehmen abgeleistet wurde. Kommt dann (irgendwann, vielleicht nach drei Jahren²⁹) ein erneutes Orientierungspraktikum bei demselben Unternehmen in Betracht oder ist die Privilegierung nach Nr. 2 für immer „verbraucht“?

Eng angelehnt hat sich der Gesetzgeber an das bekannte Vorbeschäftigungsverbot des § 14 II 2 TzBfG bei freiwilligen ausbildungsbegleitenden Praktika iSd Nr. 3 (s. u. III 3), wo er die Privilegierung ausdrücklich davon abhängig macht, dass „*nicht zuvor ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestanden hat*“. In unmittelbarem systematischem Kontext fehlt bei Nr. 2 eine solche Vorbeschäftigungsregel. Nimmt man den Gesetzgeber halbwegs ernst, liegt es sehr nahe, daraus zu schlussfolgern, dass ein Orientierungspraktikum von erneut maximal drei Monaten auch mehrfach bei demselben Unternehmen zulässig sein soll. Diese Ausdifferenzierung scheint sinnvoll, denn Orientierungspraktika sind aus den genannten Gründen weniger missbrauchsanfällig als freiwillige ausbildungsbegleitende Praktika. Für gleichen „Rigorismus“³⁰ wie bei § 14 II TzBfG oder Nr. 3 besteht daher kein Anlass. Allerdings rückt dann der Aspekt der Gesetzesumgehung in den Blick: Könnten Orientierungspraktika bei demselben Unternehmen naht- und unterschiedslos aneinandergereiht werden, würde die Höchstdauer von drei Monaten zur Makulatur. Sie steht aber eindeutig im Gesetz. Letztlich erfordert jede Höchstdauerregelung daher eine – wie auch immer ausgestaltete – Vorbeschäftigungs- bzw. Karenzzeitregelung, soll sie nicht wirkungslos bleiben.

Sinnvoll scheint eine am Zweck des Orientierungspraktikums orientierte Auslegung: Für jedes angestrebte Studium bzw. jede angestrebte Ausbildung soll *einmal* ein Orientierungspraktikum von bis zu drei Monaten im Unternehmen absolviert werden können. Ein erneutes

Orientierungspraktikum im Hinblick auf dasselbe Studium/dieselbe Ausbildung wäre damit zunächst ausgeschlossen. Anderes sollte aber gelten, wenn das Folgepraktikum der Orientierung hins. einer *anderen* Berufsausbildung bzw. eines anderen Studiums dient. Ein Praktikant, der zur Vorbereitung auf ein rechtswissenschaftliches Studium ein Orientierungspraktikum in der Rechtsabteilung eines Chemieunternehmens absolviert hat, könnte dann – zB wenn er in Folge der dort gewonnenen Eindrücke seine Studienabsicht aufgibt und nun die Aufnahme eines Chemiestudiums in Betracht zieht – unmittelbar anschließend im Labor desselben Unternehmens ein erneutes Orientierungspraktikum von bis zu drei Monaten absolvieren. Das Folgepraktikum ist schon durch seine Inhalte hinreichend von dem ersten Orientierungspraktikum abgegrenzt, sodass es auf eine zeitliche Zäsur nicht ankäme.

Fehlt es an dieser inhaltlichen Unterscheidung, sollte wertend entschieden werden, ob dennoch eine hinreichende Zäsur zum ersten Praktikum gegeben ist. Maßgeblich sollte dann eine Gesamtbetrachtung sein, die zeitliche³¹ und „umstandsbezogene“ Komponenten einbezieht. Eine zwischenzeitliche Studien-/Ausbildungsaufnahme sollte regelmäßig eine Zäsurwirkung haben.

Beispiel: Hat der Praktikant im Vorfeld der beabsichtigten Aufnahme eines rechtswissenschaftlichen Studiums ein Praktikum in der Rechtsabteilung eines Unternehmens absolviert, sich dann jedoch entschieden, ein Lehramtsstudium zu beginnen, das er nach drei Jahren abbricht, um sich erneut mit dem Gedanken an die Aufnahme eines Jurastudiums zu tragen, sollte ihm die erneute Durchführung eines nach Nr. 2 privilegierten Orientierungspraktikums von bis zu drei Monaten in der Rechtsabteilung desselben Unternehmens möglich sein. Die durch Zeit- und Umstandsmoment geprägte Zäsur scheint hinreichend ausgeprägt.

c) Anrechnungs- und Verlängerungsfragen

Parallelfragen zur sachgrundlosen Befristung – auch hinsichtlich des Verhältnisses von formaler Strenge und wertender Flexibilität – stellen sich auch im Hinblick auf Anrechnung und Verlängerung: Wurde bereits ein einmonatiges Orientierungspraktikum absolviert, dürfte (ohne hinreichende Zäsur, s. o. III 2 b) für ein weiteres zweimonatiges Orientierungspraktikum kein Raum sein, da Nr. 2 lediglich *ein* maximal drei Monate dauerndes Praktikum privilegiert, nicht dagegen zB drei einmonatige Praktika.³² Anderes gilt aber, wenn schon in der ursprünglichen Praktikumsabrede Aufteilung und Unterbrechung des Praktikums vereinbart werden, also ein erster Praktikumsabschnitt in den Sommer-, ein zweiter in den Wintersemesterferien absolviert werden soll.³³ Dagegen dürfte ein von vornherein auf eine längere Dauer als drei Monate angelegtes Praktikum vom ersten Tag an mindestlohnpflichtig sein, da Nr. 2 nur Praktika von bis zu drei Monaten erfasst.³⁴

Dem „Befristungsrechtler“ erschließt sich ohne weiteres, dass gerade die *Verlängerung* eines – zB zunächst auf einen Monat angelegten – Praktikums diffizile Rechtsfragen aufwirft. Handelt es sich begrifflich nur um eine Verlängerung und führt diese in der Summe zu keinem Überschreiten der dreimonatigen Höchstdauer, sollte die Privilegierung nach Nr. 2 Anwendung finden. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass nur *ein* maximal drei Monate dauerndes Praktikum privilegiert sein soll, nicht dagegen zB drei einmonatige Praktika, stellt sich die Frage nach der Abgrenzung beider Konstellationen. Angesichts der strengen BAG-Judikatur bei § 14 II TzBfG³⁵ dürfte von einer bloßen Verlängerung nur dann sicher auszugehen sein, wenn die Fortsetzungsabrede noch während des laufenden Praktikums getroffen wird und eine Änderung der Inhalte und Zielrichtung des Praktikums unterbleibt. Vorzugswürdig wäre indes auch hier eine weniger schematische Betrachtungsweise, sodass zB eine eintägige Unterbrechung außer Betracht bleiben sollte.

Führt die so verstandene Verlängerung in der Summe zu einem Überschreiten der dreimonatigen Höchstdauer, ist das Praktikum mit Abschluss der Verlängerungsvereinbarung ex nunc als unprivilegiertes Praktikum mit Mindestlohnanspruch fortzuführen. Für die weitergehende

Überlegung, dass in diesem Fall der Mindestlohnanspruch rückwirkend für das gesamte Praktikum anfällt,³⁶ finden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte. Angemessen scheint diese Rechtsfolge nur, wenn sich belegen lässt, dass bereits die ursprüngliche Willensbildung der Parteien auf eine Überschreitung der dreimonatigen Frist durch eine spätere „Pro-forma-Verlängerung“ gerichtet war: Die Aufspaltung der Praktikumsverträge dient dann nur der Gesetzesumgehung. Im Fall einer echten Verlängerung ist diese Umgehung auf Grund der beiderseitigen Neubesetzung des rechtsgeschäftlichen Willens beim Abschluss des Verlängerungsvertrags hingegen nicht erkennbar.

3. Freiwillige ausbildungsbegleitende Praktika (Nr. 3)

Im Grundsatz dieselben Fragen wie bei Nr. 2 stellen sich auch für die freiwilligen studien- oder ausbildungsbegleitenden Praktika iSd Nr. 3, die zwar keine Grundlage in einer Studien- oder Prüfungsordnung haben, aber zeitlich-inhaltlich auf Studium bzw. Ausbildung bezogen sind.³⁷ Das Praktikum darf auch hier eine Maximaldauer von drei Monaten nicht überschreiten. Weil es aber an einer Formalisierung wie bei Nr. 1 fehlt und bei dem Praktikanten in stärkerem Maße wirtschaftlich verwertbare Fachkenntnisse vorhanden sein werden als in Fällen der Nr. 2, sind die Anforderungen weiter geschärft: Nr. 3 enthält nämlich das bereits angesprochene strenge Vorbeschäftigungsverbot. Viel spricht dafür, die „nicht zuvor“-Regel hier streng im Sinne von „niemals zuvor“ auszulegen.³⁸ Die großzügigere Rechtsprechung des 7. *BAG-Senats* zum Vorbeschäftigungsverbot bei der sachgrundlosen Befristung (§ 14 II 2 TzBfG), welche die dortige „bereits zuvor“-Formulierung zu Recht auf einen dreijährigen Karenzzeitraum verengt,³⁹ ist auf Nr. 3 nicht übertragbar. Offenbar um dies zu verdeutlichen, hat der Gesetzgeber hier mit „nicht zuvor“ eine abweichende (allerdings kaum klarere) Formulierung gewählt.⁴⁰ Die Anwendung von Nr. 3 bleibt dagegen durch Praktika anderer Art unberührt: Wurde also zuvor bereits ein Pflichtpraktikum nach Nr. 1, ein Orientierungspraktikum nach Nr. 2 oder ein nicht privilegiertes Praktikum absolviert, bleibt immer noch Raum für ein freiwilliges studienbegleitendes Praktikum nach Nr. 3; dies wurde gesetzgeberisch durch den Wortlaut („ein solches Praktikumsverhältnis“) explizit klargestellt.⁴¹