

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Der Aushilfsarbeitsvertrag
3. Kollektivrechtliche Fragen
4. Individualrechtliche Fragen
 - 4.1 Arbeitsentgelt
 - 4.2 Arbeitsunfähigkeit
 - 4.3 Kündigungsfrist
 - 4.4 Mindestlohn
 - 4.5 Nachweis
 - 4.6 Probezeit
 - 4.7 Urlaub
5. Rechtsprechungs-ABC
 - 5.1 Diskriminierungsverbot
 - 5.2 Gelegenheitsarbeitsvertrag
 - 5.3 Schadensersatz
 - 5.4 Sittenwidrige Vergütung

Information

1. Allgemeines

Aushilfskräfte sind **Arbeitnehmer**. Für sie gelten grundsätzlich die gleichen **Rechte und Pflichten** wie für alle Arbeitnehmer. Grundsätzlich bedeutet allerdings, dass auch **Ausnahmen** vorkommen. Diese Ausnahmen ergeben sich einmal aus der **Natur von Aushilfsarbeitsverhältnissen**. Zum anderen können aber auch Gesetze und kollektivvertragliche Vereinbarungen Sonderregeln enthalten.

2. Der Aushilfsarbeitsvertrag

Für den Arbeitsvertrag mit Aushilfskräften gelten keine wesentlichen Besonderheiten. Da jedoch einige **Rechtsfolgen** (z.B. Befristung - Allgemeines, Entgeltfortzahlung - Allgemeines, Kündigung - Kündigungsfristen, Urlaub - Allgemeines) von **Art und Dauer der Tätigkeit** abhängen, ist es sinnvoll, diese Tätigkeit im Aushilfsarbeitsvertrag **ausdrücklich** als Aushilfstätigkeit zu **bezeichnen** und den zeitlichen Beschäftigungsrahmen festzulegen.

Praxistipp:

Im Fall einer Aushilfsverkäuferin für eine Boutique lautet die richtige Formulierung im Arbeitsvertrag beispielsweise:

"Frau Nelly Lüders wird für die Zeit des Weihnachtsgeschäfts 2021 in der Zeit vom 01.12.2021 bis einschließlich 15.01.2022 befristet als Aushilfe im Verkauf eingestellt."

Im Übrigen kommt es für die Bestimmung der sich aus dem Aushilfsarbeitsverhältnis ergebenden Rechtsfolgen nicht auf die **bloße Bezeichnung** als Aushilfe an. Der Arbeitgeber kann sich also nicht dadurch vor der Anwendung bestimmter Vorschriften drücken, dass er seine Mitarbeiter als "Aushilfen" bezeichnet. Im **Streitfall** prüfen die Arbeitsgerichte selbstständig, ob die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung eine echte

Aushilfstätigkeit ist. Hier entscheidet, wie die **tatsächliche Tätigkeit** ausgestaltet ist. So kann es beispielsweise passieren, dass die Vereinbarung eines Aushilfsarbeitsvertrages unwirksam ist, weil gar kein **Aushilfsbedarf** vorliegt. Im Ergebnis wird dann ein unbefristetes **Dauerarbeitsverhältnis** angenommen.

3. Kollektivrechtliche Fragen

Auch betriebsverfassungsrechtlich sind Aushilfskräfte Arbeitnehmer wie alle anderen. Der **Betriebsrat** muss bei ihrer **Einstellung** nach Maßgabe des § 99 BetrVG beteiligt werden und ist vor einer **Kündigung** nach § 102 BetrVG anzuhören.

Aushilfskräfte sind **wahlberechtigt** i.S.d. § 7 BetrVG . Das gilt allerdings **dann nicht**, wenn sie nur hin und wieder beschäftigt werden und ihnen außerhalb der vereinbarten Einsatzzeit die Betriebszugehörigkeit unter dem Gesichtspunkt einer arbeitsvertraglichen Bindung fehlt, weil ihre Arbeitsverträge immer nur für die Dauer des jeweiligen Einsatzes geschlossen werden (BAG, 29.01.1992 - 7 ABR 27/91).

Wählbar sind Aushilfskräfte nach Maßgabe des § 8 Abs. 1 BetrVG , wenn sie dem Betrieb sechs Monate angehört haben. Wobei die insgesamt nur **kurze Beschäftigungsdauer** auch hier berücksichtigt werden sollte. Sie führt faktisch dazu, dass eine in den Betriebsrat gewählte Aushilfe ihr Amt nach Ablauf des befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses gar nicht mehr ausüben kann. Da nur Wahlberechtigte wählbar sind, werden Aushilfskräfte **ohne betriebliche Bindung** kein Betriebsratsamt ausüben können.

4. Individualrechtliche Fragen

Das **Arbeitsrecht der Bundesrepublik** gilt ganz selbstverständlich auch für Aushilfskräfte. Sie haben, wenn nicht besondere Ausnahmen vorgesehen sind, die gleichen Rechte und Pflichten wie alle anderen Arbeitnehmer auch. Ein Tarifvertrag kann **Ausnahmeregelungen** vorsehen, die aber in der Regel nur dann wirksam sind, wenn ein **sachlicher Grund** sie rechtfertigt und sie nicht gegen die Grundsätze von Gleichbehandlung und Gleichberechtigung verstoßen (Einzelheiten zu diesem Punkt auch bei den Stichwörtern Geringfügige Beschäftigung - Allgemeines und Teilzeitarbeit - Allgemeines). Soweit Aushilfskräfte teilzeitbeschäftigt sind oder befristet eingestellt werden, sind vor allem die **Diskriminierungsverbote** des § 4 TzBfG zu beachten.

§ 1 AGG will verhindern, dass **Menschen** wegen

- der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft
- des Geschlechts
- der Religion oder Weltanschauung
- einer Behinderung
- des Alters
- oder der sexuellen Identität

benachteiligt werden.

§ 1 AGG gilt auch für **Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen**, § 2 Abs. 1 AGG . Speziell für **Beschäftigte** gelten die §§ 6 ff. AGG . Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine unterschiedliche Behandlung sogar **gerechtfertigt** (s. dazu §§ 5 , 8 , 9 und 10 AGG). Soweit **die allgemeinen Diskriminierungsverbote** nicht greifen, ist also immer zu prüfen, ob auf Aushilfen zielende **Maßnahmen** des Arbeitgebers **AGG-konform** sind.

Fünf arbeitsrechtliche Besonderheiten sollen hier hervorgehoben werden:

4.1 Arbeitsentgelt

Aushilfskräfte haben **grundsätzlich die gleichen Vergütungsansprüche** wie vergleichbare Voll- und Teilzeitmitarbeiter des Betriebs. Betrifft ihre Tätigkeit nur einen Ausschnitt der Tätigkeit vergleichbarer Kollegen, darf der Arbeitgeber ihnen eine - sachlich gerechtfertigte - **geringere Vergütung** zahlen.

Beispiel:

Der Arbeitgeber stellt Aushilfen für das Verladen von Warte auf Lkw ein. Die Stammmitarbeiter verstauen zwar auch Ladung, sie kontrollieren aber zusätzlich Warenein- und -ausgang und erledigen den gesamten "Papierkram". Sie prüfen die Lieferscheine, füllen die Zollpapiere aus und geben den Warenabfluss in die EDV. Tätigkeiten, die die Aushilfen nicht ausüben. Hier ist es gerechtfertigt, ihnen eine geringere Vergütung zu zahlen. Ihre Tätigkeit ist geringer qualifiziert.

Wichtig:

Der Gesetzgeber hat mit dem MiLoG ab dem 01.01.2015 einen gesetzlichen Mindestlohn eingeführt. Auf diesen gesetzlichen Mindestlohn haben auch die **Aushilfen Anspruch**. Soweit Tarifverträge eine geringere Vergütung vorsahen, konnte diese geringere Vergütung noch bis zum 31.12.2016 weitergezahlt werden. Ab dem 01.01.2017 mussten auch die abweichenden Regelungen mindestens ein Entgelt in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns vorsehen (§ 24 Abs. 1 MiLoG). Besondere Regelungen gab es bis zum 31.12.2017 auch für Zeitungszusteller (§ 24 Abs. 2 MiLoG).

Die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns:

- bis 31.12.2016 8,50 EUR,
- bis 31.12.2018 8,84 EUR,
- bis 31.12.2019 9,19 EUR,
- bis 31.12.2020 9,35 EUR,
- ab 01.01.2021 9,50 EUR,
- ab 01.07.2021 9,60 EUR,
- ab 01.01.2022 9,82 EUR und
- ab 01.07.2022 10,45 EUR.

4.2 Arbeitsunfähigkeit

Nach § 3 Abs. 3 EFZG haben Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit erst dann einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung , wenn sie **länger als vier Wochen** ununterbrochen beschäftigt sind. Aushilfen, die nur innerhalb eines 4-Wochen-Zeitraums eingesetzt werden und keinen Tag länger, haben damit keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

4.3 Kündigungsfrist

Für Aushilfen gelten besondere Kündigungsfristen . § 622 Abs. 5 BGB erlaubt für den Fall, dass ein "Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist", arbeitsvertraglich kürzere als die gesetzlichen Kündigungsfristen vereinbart werden dürfen. Das kann sogar eine 1-Tages-Frist sein. Dabei wird von Gesetzes wegen allerdings vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer nicht länger als drei Monate beschäftigt wird. In einem **Tarifvertrag** sind entsprechende Regelungen ohnehin zulässig (vgl. zur Kündigung § 622 Abs. 4 BGB). Die Tarifvertragsparteien dürfen darüber hinaus auch beim Urlaub und bei der Arbeitsunfähigkeit andere Regelungen vorsehen (z.B. die Entgeltfortzahlung bereits ab Beginn des Arbeitsverhältnisses).

4.4 Mindestlohn

"Bei der Anrechnung von Leistungen auf tariflich begründete Forderungen ist darauf abzustellen, ob die vom Arbeitgeber erbrachte Leistung ihrem Zweck nach diejenige **Arbeitsleistung des Arbeitnehmers** entgelten soll, die mit der tariflich begründeten Zahlung zu vergüten ist. Daher ist dem erkennbaren **Zweck des tariflichen Mindestlohns**, den der Arbeitnehmer als unmittelbare Leistung für die verrichtete Tätigkeit begehrt, der zu ermittelnde Zweck der jeweiligen Leistung des Arbeitgebers, die dieser aufgrund anderer (individual- oder kollektivrechtlicher) Regelungen erbracht hat, gegenüberzustellen. Besteht danach - ähnlich wie bei einem **Günstigkeitsvergleich** mit Sachgruppenbildung nach § 4 Abs. 3 TVG - eine funktionale Gleichwertigkeit der zu vergleichenden Leistungen (...), ist die erbrachte Leistung auf den zu erfüllenden Anspruch anzurechnen" (BAG, 16.04.2014 - 4 AZR 802/11).

4.5 Nachweis

§ 2 Abs. 1 NachwG verpflichtet Arbeitgeber, bestimmte **Arbeitsbedingungen** nachzuweisen (s. auch das Stichwort Arbeitsverhältnis - Nachweis). Das NachwG gilt seinem § 1 zu Folge ausdrücklich für alle Arbeitnehmer, "es sei denn, dass sie nur zur vorübergehenden Aushilfe von höchstens einem Monat eingestellt werden."

4.6 Probezeit

Bei der oft nur kurzen **Dauer eines Aushilfsarbeitsverhältnisses** stellt sich die Frage, ob man überhaupt eine Probezeit vereinbaren soll. Natürlich ist das bei einem Aushilfsarbeitsverhältnis **genauso möglich** wie bei einem anderen Arbeitsverhältnis (s. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG). Es wird aber als unzulässig angesehen, wenn nach einem Aushilfsarbeitsverhältnis, in dem sich der Mitarbeiter schon bewährt hat, noch ein Probearbeitsvertrag geschlossen wird. Ebenso falsch ist es, an Stelle eines Probearbeitsverhältnisses ein Aushilfsarbeitsverhältnis zu schließen, um damit **die verkürzten Kündigungsfristen** aus § 622 Abs. 5 BGB in den Vertrag zu bekommen.

4.7 Urlaub

Ansprüche auf **Teilurlaub** ergeben sich nach § 5 Abs. 1 BUrlG für jeden vollen Beschäftigungsmonat. Daraus ist zu folgern, dass Beschäftigungszeiten unter einem Monat keine Urlaubsansprüche auslösen. Der Kellner aus dem ersten Beispielsfall des Stichworts Aushilfskräfte - Allgemeines hätte demnach aufgrund seiner dreimonatigen Tätigkeit einen Urlaubsanspruch, die nur für zwei Wochen beschäftigte Verkäuferin dagegen nicht.

5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Besonderheiten bei Aushilfskräften **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

5.1 Diskriminierungsverbot

" 1. Der Begriff '**befristet beschäftigter Arbeitnehmer**' im Sinne von Paragraph 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18. März 1999, die im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge enthalten ist, ist dahin auszulegen, dass er auf einen Arbeitnehmer wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens Anwendung findet. 2. Paragraph 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die **ohne Rechtfertigung durch sachliche Gründe** das Aushilfspersonal vom Anspruch auf die **Dreijahresdienstalterszulagen**, die u.a. den Berufsbeamten gewährt werden, ausschließt, dann entgegensteht, wenn sich diese beiden Kategorien von Arbeitnehmern im Hinblick auf den Erhalt dieser Zulage in einer vergleichbaren Lage befinden, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist" (EuGH, 09.07.2015 - C-177/14 - Leitsätze - Spanien).

5.2 Gelegenheitsarbeitsvertrag

"Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie Art. 2 Abs. 1 , Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der **Gleichbehandlung** in Beschäftigung und Beruf sind dahin auszulegen, dass sie einer Bestimmung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, wonach ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer, der noch nicht das **25. Lebensjahr** vollendet hat, unabhängig von der Art der zu erbringenden Leistungen einen Gelegenheitsarbeitsvertrag schließen und diesen Arbeitnehmer entlassen kann, sobald er das 25. Lebensjahr vollendet, nicht entgegenstehen, sofern mit dieser Bestimmung ein **legitimes Ziel** der Beschäftigungs- und der Arbeitsmarktpolitik verfolgt wird und die zur Erreichung diese Ziels vorgesehenen Mittel angemessen und erforderlich sind" (EuGH, 19.07.2017 - C-143/16 - Leitsatz - Italien).

5.3 Schadensersatz

Bei "Aushilfen" kommt es schon mal vor, dass Arbeitgeber bei ihren **Angaben gegenüber den Sozialversicherern** etwas - sagen wir mal - "kreativ" sind. § 266a Abs. 2 StGB sieht vor: Mit Freiheitsstrafe

bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe "wird bestraft, wer als Arbeitgeber 1. der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen **unrichtige oder unvollständige** Angaben macht oder 2. die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen **in Unkenntnis lässt** und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält." Und § 823 Abs. 2 BGB verpflichtet denjenigen zu Schadensersatz, der "gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt."

Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB "ist jede Rechtsnorm, die zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die **Verletzung eines bestimmten Rechtsguts** zu schützen". Bei der Beurteilung eines Gesetzes als Schutzgesetz entscheiden zunächst Inhalt und Zweck dieses Gesetzes. Dann kommt es darauf an, "dass gerade der Rechtsschutz zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt ist." Dabei wiederum muss erkennbar sein, dass ein individueller Schadensersatzanspruch geschaffen werden sollte oder so ein Anspruch "zumindest **im Rahmen des haftungsrechtlichen Gesamtsystems** sinnvoll und tragbar" erscheint (s. dazu BGH, 19.02.2008 - XI ZR 170/07 - und BGH, 13.12.2011 - XI ZR 51/10). Das heißt: Bei dem durch das "2. WiKG 2004 vom 23.07.2004 neu eingeführten § 266a Abs. 2 StGB , der zusätzlich die Strafbarkeit von nicht abgeführten sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgeberbeiträgen durch Arbeitgeber vorsieht", handelt es sich um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB " (OLG Saarbrücken, 27.05.2015 - 1 U 89/14 - zur Haftung eines Geschäftsführers gegenüber einer gesetzlichen Krankenkasse).

5.4 Sittenwidrige Vergütung

Zahlt der Arbeitgeber so genannten "**Auspackhilfen**" im Supermarkt nur einen **Stundenlohn von 5 EUR**, ist das eine sittenwidrige Vergütung. Dieser Stundenlohn liegt ein Drittel unter dem Entgelt, das für den Wirtschaftszweig Einzelhandel im Wirtschaftsgebiet - hier: Bremen und Bremerhaven - tariflich vorgesehen ist (9,70 EUR für gewerbliche Arbeitnehmer). Der Arbeitgeber ist in diesem Fall verpflichtet, seinen Auspackhilfen den **branchenüblichen Tariflohn** nachzuzahlen (LAG Bremen, 17.06.2008 - 1 Sa 29/08).