

KONTAKTPERSONEN:

Dr. Christian Bloth, Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Frankfurt (Editor)  
Roland Weiß, Frankfurt  
Bettina Kreimer, Frankfurt  
Therese Falkjaer Jensen, Berlin  
Dr. Kerstin Kamp-Wigforss, LL.M., Stockholm

E-mail: MannheimerswartlingArbeitsrechts-News@msa.se

FRANKFURT AM MAIN  
Wildunger Straße 9  
D-60487 Frankfurt am Main  
Tel: +49 69 974 01 20  
Fax: +49 69 741 01 43

BERLIN  
Mauerstraße 83-84  
D-10117 Berlin  
Tel: +49 30 22 66 99 0  
Fax: +49 30 22 66 99 10

STOCKHOLM  
Normalmstorg 4  
Box 1711, SE-111 87 Stockholm  
Tel: +46 8 505 765 00  
Fax: +46 8 505 765 01

# Newsletter

## ARBEITSRECHT Deutschland

### EDITORIAL

*Mit dem letzten Newsletter dieses Jahres möchten wir Sie zunächst auf neue Regularien hinweisen, die in der Praxis von Bedeutung sein werden. Zum einen: In Zeiten des Mangels an qualifizierten Arbeitskräften öffnet Deutschland den Arbeitsmarkt für osteuropäische und andere ausländische Fachkräfte. Zum anderen: Bei der Aufhebung von Arbeitsverhältnissen spielen immer wieder Sperrzeiten eine Rolle. Hier sorgt eine neue Richtlinie der Bundesagentur für Arbeit teilweise für größere Klarheit.*

*Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen spielt immer eine große Rolle in unserer Praxis; vor allem auch die Frage: Wann ist eine fristlose Kündigung berechtigt? Einige Fälle sollen die Schwierigkeiten in diesem Bereich illustrieren.*

*Die Gerichtspraxis beschäftigt auch immer wieder Fälle der Kündigung von Geschäftsführern. Wie wichtig eine gute Beratung bei der Änderung eines Arbeitsverhältnisses in ein Geschäftsführerverhältnis ist, zeigt ein von uns besprochener Fall. Schließlich: Auch der „Ein-Euro-Jobber“ gibt arbeitsrechtlich durchaus Anlass zu Fragen, die in der betrieblichen Praxis Beachtung verdienen.*

### NEUE REGULARIEN

#### **Sperrzeiten bei Aufhebungsverträgen neu geregelt**

Im Zusammenhang mit der Aufhebung von Arbeitsverhältnissen verlangen Arbeitnehmer bzw. deren Anwälte häufig, dass diese nicht durch einen einfachen Aufhebungsvertrag, sondern durch eine Abwicklungsvereinbarung umgesetzt, oder eine solche Einigung erst nach Erhebung einer Kündigungsschutzklage in Form eines gerichtlichen Vergleichs getroffen wird. Dies gilt selbst dann, wenn an sich zwischen den Parteien sämtliche Bedingungen der Trennung bereits vereinbart sind, also der Gang über das Gericht eine „Förmlichkeit“ ist. Der Hintergrund ist, dass Arbeitnehmer befürchten, dass gegen sie eine Sperrzeit verhängt wird. Sozialversicherungsrechtlich gesehen wirken sie bei Abschluss eines solchen Vertrages an der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit, was zur Verhängung der Sperrzeit führen kann.

Bedeutung haben in diesem Zusammenhang die Durchführungsrichtlinien der Bundesagentur für Arbeit. Diese hat nunmehr die einschlägigen Richtlinien so geändert, dass in bestimmten Fällen auch „Aufhebungsverträge“ abgeschlossen werden können, ohne

dass Arbeitnehmer die Festsetzung einer Sperrzeit befürchten müssen. Dies soll dann möglich sein, wenn der Arbeitgeber den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung anbietet, die Kündigung für den Fall des Nichtabschlusses mit Bestimmtheit in Aussicht gestellt worden ist, die Kündigung betriebsbedingt wäre, die Kündigung zum Zeitpunkt der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses Wirkung entfaltet hätte, und – dies ist neu – eine Abfindung zwischen 0,25 und 0,5 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr gezahlt wird. Bei der Bemessung dieser Abfindung wird auf § 1a KSchG verwiesen.

Dies bedeutet, dass für den Fall, dass zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine Abfindung in Höhe von 0,25 bis 0,5 Bruttomonatsgehältern pro Jahr der Beschäftigung gezahlt werden soll, sozialversicherungsrechtlich auch der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung möglich ist, sofern die Trennung betriebsbedingt ist und im Rahmen der Kündigungsfrist erfolgen soll. Der Arbeitnehmer muss dann keine Sperrzeit befürchten. Es steht damit zu erwarten, dass der Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen in technischer Hinsicht in vielen Fällen leichter wird, da es einer nur „vorgeschobenen“ Anrufung des Arbeitsgerichts nicht bedarf.

[www.mannheimerswartling.de](http://www.mannheimerswartling.de)

**MANNHEIMER SWARTLING**  
Stockholm Göteborg Malmö Helsingborg New York Frankfurt Berlin St. Petersburg Moskau Brüssel Shanghai Hongkong

## **Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes für ausländische Fachkräfte**

In Deutschland werden die Fachkräfte knapp. Darauf reagierte jetzt die Bundesregierung, die für bestimmte Bereiche Übergangsbestimmungen lockerte, die bislang insbesondere die Tätigkeit mittel- und osteuropäischer EU-Fachkräfte begrenzen. Gemäß der Verordnung über den Zugang ausländischer Hochschulabsolventen zum Arbeitsmarkt vom 9. Oktober 2007 entfällt nunmehr für Maschinen-, Fahrzeugbau- und Elektroingenieure aus zehn neuen mittel- und osteuropäischen EU-Staaten, aber auch für ausländische Absolventen deutscher Universitäten die so genannte Vorrangprüfung, sodass sie unabhängig davon in Deutschland tätig werden dürfen, ob für die Stelle auch deutsche Arbeitssuchende oder ihnen rechtlich gleichgestellte ausländische Arbeitssuchende zur Verfügung stehen. Für ausländische Absolventen deutscher Hochschulen gilt der erleichterte Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt unabhängig von der Fachrichtung und auch dann, wenn der Absolvent kein Neu-EU-Bürger ist, sondern aus einem Drittstaat stammt. Ausländische Fachkräfte erhalten nach der Neuregelung zunächst eine auf ein Jahr befristete „Arbeitserlaubnis-EU“. Nach einem Jahr erwerben sie einen Anspruch auf Erteilung der unbeschränkten „Arbeitsberechnigung-EU“, die ihnen die Ausübung jeder Beschäftigung im gesamten Bundesgebiet ermöglicht.

Anders ist dies zum Beispiel in Schweden: Hier galten für die Neu-EU-Bürger von Anfang an dieselben Regelungen wie für alle anderen EU- und EWR-Bürger. Es besteht dort somit keine Arbeitserlaubnispflicht. Seit dem 30. April 2006 wird auch keine Aufenthaltserlaubnis mehr benötigt, wenn man sich länger als drei Monate in Schweden aufhält. Es ist für EU- und EWR-Bürger ausreichend, ihren Aufenthalt in

Schweden bei der Ausländerbehörde (siehe <http://www.migrationsverket.se/english.jsp>) registrieren zu lassen. EU- und EWR-Bürger werden wie Schweden und bereits in Schweden lebende Ausländer beim Zugang zur Arbeit vor anderen ausländischen Bewerbern vorrangig berücksichtigt.

## **RECHTSPRECHUNG**

### ***Kündigung eines Geschäftsführers – Anwendbarkeit des Arbeitsrechts/Kündigungsschutzrechts***

Immer wieder kommt es im Fall der Kündigung von Geschäftsführern einer GmbH vor, dass der gekündigte Geschäftsführer sich darauf beruft, auf sein Dienstverhältnis sei allgemeines Arbeitsrecht, wie insbesondere auch das Kündigungsschutzrecht, anwendbar. Dieser Gedanke ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn beim Übergang eines vormaligen Angestellten in ein Geschäftsführerdienstverhältnis keine Regelungen getroffen wurden, die den Geschäftsführer hinreichend für die Aufgabe seines arbeitsrechtlichen Schutzes, insbesondere Kündigungsschutzes, kompensieren, und das Geschäftsführerdienstverhältnis, ggf. auch mit kurzer Frist, gekündigt wird.

Das Oberlandesgericht Hamm (Az. 27 U 7/07), hat in einem Urteil vom 26. April 2007 nochmals klargestellt, dass auch auf ein solches Geschäftsführerdienstverhältnis die Bestimmungen des Arbeitsrechts, einschließlich des Betriebsverfassungsrechts, nicht anwendbar sind. Der Kläger, der viele Jahre als Angestellter einer AG tätig war, unterzeichnete mit der AG einen Aufhebungsvertrag und trat sodann – nach Unterzeichnung eines entsprechenden Vertrages – eine Position als Geschäftsführer in einer Tochtergesellschaft an. Nur wenige Monate danach wurde er im Rahmen der regelmäßigen Kündigungsfrist gekündigt.

Der Gekündigte berief sich unter anderem darauf, dass sein Geschäftsführerdienstvertrag als „Arbeitsvertrag“ bezeichnet war und auch darauf, dass er als Geschäftsführer weisungsabhängig agierte. Auch wurde er im Vertrag als „Arbeitnehmer“, nicht als Geschäftsführer bezeichnet. Das Oberlandesgericht wies darauf hin, dass das Geschäftsführerdienstverhältnis dem Gesellschaftsrecht und nicht dem Arbeitsrecht unterstellt sei. Bestimmte Vorschriften des Arbeitsrechts könnten zwar entsprechend anwendbar sein. Dies gelte jedoch nicht für arbeitsrechtliche Kündigungsschutzvorschriften. Da der vorherige Arbeitsvertrag mit der AG ausdrücklich aufgehoben worden war, konnte dem Kläger auch die Berufung auf ein so genanntes „ruhendes Arbeitsverhältnis mit der AG“ nicht weiterhelfen.

In einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Juli 2007 (Az. 5 AZR 774/06), welches Gegenstand des vorangehenden Newsletters war, wurde übrigens vor kurzem klargestellt, dass die Unterzeichnung eines Geschäftsführervertrages – auch ohne ausdrückliche Aufhebung des Arbeitsvertrages – konkludent als eine Aufhebung des vorbestehenden Arbeitsverhältnisses zu werten sei.

### ***Kündigung wegen Krankheit trotz Nichtanwendbarkeit des KSchG unwirksam***

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Thüringen hat mit Urteil vom 19. Juni 2007 (Az. 5 Ta 55/07) entschieden, dass eine arbeitgeberseitige Kündigung wegen Krankheit trotz Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes unwirksam sein kann, wenn es sich dabei um eine „Maßregelung“ handelt. Eine Kündigung, die ausgesprochen wird, um den Eintritt einer Erkrankung zu „bestrafen“, verstößt nach Auffassung des Gerichts nach Treu und Glauben. Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitnehmer sich

[www.mannheimer-swartling.de](http://www.mannheimer-swartling.de)

**MANNHEIMER SWARTLING**  
Stockholm Göteborg Malmö Helsingborg New York Frankfurt Berlin St. Petersburg Moskau Brüssel Shanghai Hongkong

nach einem schweren Verkehrsunfall auf dem Heimweg von der Arbeit krank gemeldet. Der Arbeitgeber hatte bei der Krankmeldung zum Ausdruck gebracht, dass er bei erkrankungsbedingter Hinderung der Erbringung von Arbeitsleistungen grundsätzlich kündigt.

Das LAG Thüringen hat mit seinem Urteil klargestellt, dass Arbeitnehmer nie völlig schutzlos gekündigt werden können. Dort, wo das Kündigungsschutzgesetz nicht gilt, wie zum Beispiel im Kleinbetrieb (bis zu 10 Arbeitnehmer) oder in der Wartezeit, greifen allgemeine zivilrechtliche Prinzipien ein, um einen Mindestschutz zu gewährleisten. Das Verhalten des Arbeitgebers, so das Gericht, enthalte im entschiedenen Fall eine menschenverachtende Komponente.

Dem Arbeitgeber wird es unbenommen sein – auch bei Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzes – zu kündigen, wenn eine nachvollziehbare Einzelfallentscheidung ihn dazu veranlasst, die die Art, die Dauer der Erkrankung, betriebliche Auswirkungen, aber auch Länge des bestehenden Arbeitsverhältnisses, Lebensalter des Mitarbeiters u.ä. mit einbezieht. Dabei dürfen die Anforderungen im Kleinbetrieb natürlich nicht so hoch angesetzt werden, wie sie bei Geltung des Kündigungsschutzgesetzes eingreifen würden.

#### ***Fristlose Kündigung nicht nur „beim Stehlen von goldenen Löffeln“***

Die Anforderungen, die die Arbeitsgerichte an die Wirksamkeit von Kündigungen aus wichtigem Grund („fristlose Kündigungen“) stellen, sind bekanntermaßen sehr streng. Die Unsicherheit, ob ein Vorfall eine solche Kündigung rechtfertigt, ist dementsprechend hoch, denn naturgemäß entziehen sich diese Fälle einer Schematisierung. Somit hängt auch die Entscheidung des Richters von dessen nur schwer vorhersehbaren

Wertung ab. Mehreren jüngeren Urteilen zu diesem Themenkreis kann jedoch entnommen werden, dass die Anforderungen für die Wirksamkeit auch nicht überspannt werden dürfen.

#### ***Abmahnung nicht erforderlich bei grober Missachtung von Sicherheitsvorschriften***

Eine große Unsicherheit besteht bei der Frage, ob bei einer fristlosen Kündigung eine Abmahnung vorausgegangen sein muss. Der Fall: Während einer Spätschicht erhielt der später fristlos gekündigte Arbeitnehmer, ein Maschinenführer, die Weisung, eine Shuttlepresse von alten Belagrückständen zu reinigen. Der Maschinenführer führte die Entleerungsvorgänge zusammen mit einem Kollegen aus. Dieser Kollege hielt sich entgegen den Anweisungen in einem verbotenen „Sicherheitsbereich“ auf. Hierbei geriet er mit der rechten Hand in ein fahrendes Maschinenteil, sodass die Kuppe seines kleinen Fingers abgetrennt wurde. Dem Maschinenführer – und auch seinem Kollegen – wurde wegen Außerachtlassung der Sicherheitsvorschriften fristlos gekündigt.

Hier entschied das LAG Schleswig-Holstein (Urteil vom 14. August 2007, Az. 5 Sa 150/07), dass es sich bei einer Außerachtlassung von elementaren Sicherheitsvorschriften, die zu erheblichen Gesundheitsrisiken führen können, regelmäßig um eine erhebliche arbeitsvertragliche Pflichtverletzung handele, die an sich geeignet sei, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Einer vorherigen Abmahnung bedürfe es dann nicht, wenn der Arbeitnehmer im Einzelfall aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung von vornherein nicht damit rechnen könne, dass der Arbeitgeber dieses Verhalten (noch) toleriere.

Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit

kennt, seine Pflichtverletzung aber gleichwohl „hartnäckig und uneinsichtig“ fortsetzt. Im vorliegenden Fall allerdings wurde der Kündigungsschutzklage des Maschinenführers dennoch stattgegeben, da zum einen die Arbeitsanweisungen unklar waren (und an einer Stelle gerade eine Abmahnung – im Gegensatz zu einer fristlosen Kündigung – androhten) und zum anderen der Arbeitgeber die begründete Behauptung des Maschinenführers, sein Vorgesetzter habe derartige Vorgehensweisen geduldet, nicht widerlegen konnte.

Laut dem Urteil gilt nämlich: „*Sofern die vom Arbeitgeber erlassenen Sicherheitsvorschriften für den konkreten Fall keine klaren und eindeutigen Verhaltensanweisungen enthalten, entfällt das Abmahnungserfordernis indessen auch bei einem folgenreicheren Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften nicht.*“

Es gilt also, dass betriebliche Verhaltensregeln, auch zum Beispiel für den Verzehr von Alkohol, eindeutig und klar definiert sein müssen, um taugliche Grundlage für eine fristlose Kündigung zu sein. Auch eine Deutung des Verhaltens entgegen von Anweisungen kann die Kündigung hinfällig machen.

#### ***Fristlose Kündigung ohne Abmahnung bei „Einschmuggeln von Privatpost“***

Für entbehrlich wurde eine Abmahnung im folgenden, durch das Hessische Landesarbeitsgericht (Urteil vom 14. Mai 2007, Az. 16 Sa 1885/06, noch nicht rechtskräftig) entschiedenen Fall, gehalten. Ein „Backoffice-Kundenbetreuer“ bei einem Versicherungsmakler mit 52 Mitarbeitern hatte private Post in den Postlauf des Arbeitgebers in der Absicht gegeben, dass diese von dem Arbeitgeber frankiert und versandt würde. Vom Arbeitgeber zur Rede gestellt, erwiderte der Arbeitnehmer sinngemäß: „Das ist

doch nichts Besonderes. Was ist schon dabei.“ Das Landesarbeitsgericht hielt entgegen der Auffassung des Arbeitnehmers dessen Verhalten sehr wohl „für etwas besonderes“ und die fristlose Kündigung ohne vorangegangene Abmahnung für wirksam. Dies, obwohl der Schaden bei einem Wert der Frankierung von unter 5 Euro als sehr gering anzusehen war. Die von dem Arbeitnehmer begangene Vertragspflichtverletzung sei erheblich. Denn durch die private Nutzung von Betriebsmitteln verhalte sich der Arbeitnehmer nicht nur objektiv vertragswidrig, sondern er breche, unabhängig vom Wert eines möglichen Schadens, in erheblicher Weise das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit. Auch eine geringe Schadenshöhe ändere nichts daran. Die für eine fristlose Kündigung erforderliche „Negativprognose“ für zukünftiges Verhalten ergebe sich hier auch ohne Abmahnung durch die Schwere der Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer.

#### ***Fristlose Kündigung ohne Abmahnung bei „alkoholbedingten Ausfallerscheinungen über das vertragliche Maß hinaus“***

Auch in dem folgenden Fall hielt das Gericht (Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 3. Mai 2007, Az. 4 Sa 529/06) eine Abmahnung für entbehrlich. In dem Fall kündigte eine Reisebürokauffrau fristlos, nachdem sie während einer Informationsreise eines Reiseveranstalters mehrfach Alkohol zu sich genommen hatte, und zwar „über das zu akzeptierende und vertragliche Maß hinaus mit den Folgen alkoholbedingter Ausfallerscheinungen“, unter anderem auch tagsüber im Rahmen des Besuchs- und Besichtigungsprogramms. Hier war eine fristlose Kündigung ohne vorangehende Abmahnung wirksam, so das Gericht. Eine Abmahnung wäre allenfalls dann erforderlich gewesen, „wenn es während der Reise einen einmaligen ‚Aussetzer‘ gegeben hätte.“

#### ***Keine Kündigung per SMS***

Unwirksam wären alle vorangegangenen Kündigungen übrigens gewesen, wenn sie per SMS ausgesprochen worden wären. Kündigungen durch SMS fehle es an der gemäß § 623 BGB erforderlichen Schriftform unter Ausschluss der elektronischen Form; die erforderliche eigenhändige Unterzeichnung werde durch eine SMS nicht gewahrt, so das Landesarbeitsgericht Hamm – wenig überraschend – in einem Urteil vom 17. August 2007 (Az. 10 Sa 512/07).

#### ***„Ein-Euro-Jobber“ I***

#### ***Ein-Euro-Job grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis – auch bei Nichterfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen***

Mit Urteil vom 26. September 2007 (Az. 5 AZR 857/06) hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) der Klage einer „Ein-Euro-Jobberin“ auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses und Zahlung regulärer Arbeitsvergütung eine Absage erteilt. Die Klägerin war der beklagten Gemeinde von der Agentur für Arbeit als so genannte „erwerbsfähige Hilfsbedürftige“ zur Unterstützung einer Raumpflegerin zugewiesen worden. Die Tätigkeit erfolgte zeitlich befristet. Neben dem Arbeitslosengeld erhielt die Ein-Euro-Jobberin für ihre Tätigkeit eine Mehraufwandsentschädigung in Höhe von EUR 1,25 pro Stunde. Die Klägerin war der Ansicht, es sei ein Anstellungsverhältnis mit der beklagten Gemeinde zustande gekommen, da sie keine wettbewerbsneutralen, zusätzlichen Aufgaben habe verrichten müssen, wie es in § 16 Abs. 2 SGB II vorgesehen ist. Vielmehr sei sie regulär beschäftigt gewesen. Auch für die Befristung habe es keinen sachlichen Grund gegeben, weswegen ihr die übliche Bruttovergütung nachzuzahlen sei. Das BAG wies die Klage ab. Zwischen den Parteien sei durch die Zuweisung kein Arbeitsvertrag entstanden,

da es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen einem Ein-Euro-Jobber und der Leistungserbringerin um eines öffentlich rechtlicher Natur handele. Daran ändere sich auch dann nichts, wenn die Anforderungen des § 16 Abs. 2 SGB II tatsächlich nicht erfüllt worden sein sollten.

#### ***„Ein-Euro-Jobber“ II***

#### ***Aber: Der Betriebsrat bestimmt mit bei der Einstellung von „Ein-Euro-Jobbern“***

Auch wenn das oben besprochene Urteil noch einmal deutlich gemacht hat, dass Ein-Euro-Jobber grundsätzlich nicht als Arbeitnehmer einzuordnen sind, so ist doch zu beachten, dass das Gesetz in vielen für das Arbeitsverhältnis relevanten Regelungen nicht ausdrücklich an den Arbeitnehmerbegriff anknüpft. So auch § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, wonach dem Betriebsrat in Unternehmen mit mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern bei der Einstellung von Arbeitnehmern ein Mitbestimmungsrecht zusteht. Dieses Mitbestimmungsrecht gilt laut BAG auch für die Einstellung von Ein-Euro-Jobbern (Beschluss vom 2. Oktober 2007, Az. 1 ABR 60/06). Diese seien zwar keine Arbeitnehmer, würden aber in den Betrieb eingegliedert und verrichteten dort mit den übrigen Arbeitnehmern zur Verwirklichung des Betriebszwecks weisungsgebundene Tätigkeiten. Dies genüge für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, so die Erfurter Richter. Auch wenn also durch Zuweisung ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis mit dem „Ein-Euro-Jobber“ nicht entsteht, so ist die Beschäftigung doch eine mitbestimmungspflichtige Beschäftigung, zu der der Betriebsrat zu hören ist.