

fms

Freiburger Medizinerseminare
Fortbildungsinstitut für Betriebswirtschaft,
Recht und Steuern in der ärztlichen Praxis



Freiburger Medizinerseminare

07. November 2012

Vortrag

Arbeitsrecht in der Arztpraxis

**Stellenausschreibung – Arbeitsvertrag – Mitarbeiterführung –
Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Referent:

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Sascha Berst

lübbert rechtsanwälte

Wallstr. 15, 79100 Freiburg

I. Einleitung

Ein Arzt mit eigener Praxis ist nicht nur mehr Arzt, er ist zugleich Unternehmer und Arbeitgeber. Zu den vielen Aufgaben, die ihn allein schon als Arzt treffen, und auf die er durch das Studium vorbereitet wurde, treten damit kaufmännische und administrative Tätigkeiten, von denen an der Universität keine Rede war. Der richtige Umgang mit Personal ist dabei kaum zu überschätzen. Gutes Personal kann dem Arzt den Rücken freihalten, schlechtes fällt ihm in den Rücken. Es ist deswegen sinnvoll, sich ein paar grundsätzliche Gedanken über Personalauswahl, Einstellung, Führung und ggf. auch Entlassung zu machen.

II. Stellenausschreibung

Kleinanzeige:

„Frisch eröffnete Freiburger Arztpraxis sucht flotte Arzthelferin mit flinkem Köpfchen. Angenehme Arbeitsatmosphäre und gute Bezahlung garantiert. Blondinen bevorzugt.“

Wer sich nicht allein auf eine Vermittlungstätigkeit des Arbeitsamtes verlassen will, beginnt die Suche nach neuem Personal mit der Stellenausschreibung. Da wir in einer völlig verrechtlichten Gesellschaft leben, ist diese schon nicht mehr frei. Insbesondere hat die Stellenausschreibung die Vorgaben des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu berücksichtigen und damit diskriminierungsfrei zu erfolgen. Das AGG verbietet nahezu ausnahmslos jede Benachteiligung aus Gründen der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, wegen einer Behinderung, wegen des Alters oder der sexuellen Identität. Dieses Verbot gilt sowohl für die Auswahl- und die Einstellungsbedingungen als auch für die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts. Verstößt der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot, drohen ihm nach § 15 AGG Schadenersatzansprüche, die sogar den Ersatz von Nichtvermögensschäden umfassen. Verweigert ein Arbeitgeber diskriminierungswidrig eine Anstellung, kann der Bewerber allein schon wegen der damit verbundenen nichtvermögensrechtlichen Schäden eine Entschädigung in Höhe von bis zu drei Monatsgehältern fordern. Natürlich muss der Bewerber beweisen, dass er diskriminiert wurde, er also

nur deswegen nicht angestellt worden ist, weil bei ihm ein Merkmal nach dem AGG vorliegt. Diese Beweisführung ist nach der Rechtsprechung aber deutlich erleichtert, wenn schon die Ausschreibung nicht neutral erfolgt ist. Der Bewerber muss nämlich lediglich Hilfstatsachen darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung wahrscheinlich machen. Gelingt ihm dies – der Hinweis auf eine diskriminierende Stellenausschreibung genügt – obliegt dem Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Benachteiligung *nicht* vorlag. Dabei gibt es zwischenzeitlich durchaus eine nicht zu unterschätzende Gruppe von „Benachteiligungsklägern“, die sich bewusst auf nicht neutral ausgeschriebene Stellen bewerben, um im Falle ihrer Ablehnung eine Schadenersatzklage anzustrengen.

Auch für den eher von Frauen ausgeübten Beruf der Arzthelferin muss daher eine geschlechtsneutrale Ausschreibung erfolgen und empfiehlt sich ein Hinweis darauf, auch die Einstellung von Behinderten wohlwollend zu prüfen.

Kleinanzeige:

„Neue Freiburger Arztpraxis sucht Arzthelfer/in im Bereich ... Vorausgesetzt wird eine Ausbildung als ... Behinderte mit gleicher Qualifikation werden ermutigt, sich gleichfalls auf die Stelle zu bewerben.“

III.

Vorstellungsgespräche und Fragerecht

Allein aufgrund der schriftlichen Bewerbung wird niemand eingestellt. Entscheidendes Mittel, einen Bewerber kennenzulernen und auszuwählen, ist und bleibt das Vorstellungsgespräch. Was aber darf der Arzt die Bewerberin (oder den Bewerber ...) hierbei fragen?

Hierzu gibt es zwischenzeitlich eine fast unüberschaubare Rechtsprechung. Allgemein wird man sagen können, dass Fragen nach den allgemein Zugänglichen und sich üblicherweise aus den Bewerbungsunterlagen ergebenden persönlichen Daten (Geburtsdatum, Anschrift), dem schulischen und beruflichen Werdegang, nach Schulnoten, Ausbildung, Sprachkenntnissen etc. jederzeit zulässig sind. Zulässig ist auch die Frage nach dem Geburtsort, dem Familienstand und eventuellen Kindern. Auch die Frage nach der Nationalität wird man weiterhin stellen dürfen, um abzuklären, ob für die Beschäftigung der Helferin eine Arbeitserlaubnis erforderlich ist.

Während im allgemeinen Arbeitsrecht die Frage nach Erkrankungen häufig als unzulässig gilt, erkennt die Rechtsprechung ein Interesse des Arztes als Arbeitgeber an, von ansteckenden Krankheiten des Arbeitnehmers zu erfahren. Hierbei spielt der Schutz von Patienten die entscheidende Rolle. Aus diesem Grund ist auch die Frage nach einer HIV-Infektion zulässig, die in Betrieben außerhalb des Gesundheitswesens tabu ist. Geklärt ist zwischenzeitlich, dass die Frage nach einer bestehenden *Schwangerschaft* in Arztpraxen auch dann *unzulässig* ist, wenn die Beschäftigung einer schwangeren Arzthelferin von vornherein ausgeschlossen wäre, insbesondere in Arztpraxen mit Röntgengeräten. Diese Entscheidung verdanken wir dem Europäischen Gerichtshof, der den Schutz der Schwangeren vor Diskriminierung hierdurch extrem erweitert hat. Ist die Frage nämlich unzulässig, hat die Bewerberin ein *Recht zur Lüge*. Sie darf also die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft wahrheitswidrig verneinen, ohne dass sich hieraus für sie irgendwelche rechtliche Konsequenzen ergeben. Offenbart sie dem Arbeitgeber dann *nach* der Einstellung die Schwangerschaft, kann er den Arbeitsvertrag weder wegen arglistiger Täuschung anfechten noch ist er zur Kündigung berechtigt. Schwangere genießen schon mit Arbeitsantritt Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG und die berechtigte Lüge gilt nicht als arglistige Täuschung.

Ob die Frage nach einer bestehenden *Schwerbehinderung* zulässig ist, ist nach der Verabschiedung des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes offen. Das Bundesarbeitsgericht hat das Problem in einer Entscheidung angesprochen, aber umgehen können. Tendenziell dürfte die Frage nach der Schwerbehinderung bei der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses unzulässig sein, nach Abschluss des Vertrages aber zulässig werden.

Unzulässig sind Fragen nach der Religionszugehörigkeit, nach der Mitgliedschaft in politischen Parteien oder Gewerkschaften, Fragen nach bestehenden Heiratsabsichten oder einem etwaigen Kinderwunsch. Ebenso tabu sind Fragen nach geschiedenen Ehen und dergleichen.

IV. Der Arbeitsvertrag

Hat man eine geeignete Arzthelferin gefunden, empfiehlt es sich dringend, mit ihr einen schriftlichen Arbeitsvertrag zu schließen. Zwar macht das Gesetz die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags nicht von der Einhaltung der Schriftform abhängig (wohl aber dessen Aufhebung), nach dem Nachweisgesetz hat der Arbeitgeber jedoch spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses eine Niederschrift über die wesentlichen Arbeitsbedingungen anzufertigen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. In die Niederschrift sind Name und Anschrift der Vertragsparteien, der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses, eine eventuelle Befristung, der Arbeitsort, die Art der Tätigkeit, Urlaub, Lohn, Arbeitszeit sowie ein Hinweis auf Tarifverträge aufzunehmen. Erfolgt dies nicht, kann sich hieraus für den Arbeitnehmer ein Schadenersatzanspruch ergeben, was insbesondere bei der Geltung von tariflichen Ausschlussfristen relevant wird. Daher empfiehlt es sich, sogleich einen schriftlichen Arbeitsvertrag zu schließen, der die oben genannten Informationen enthält.

Um die Abfassung von Arbeitsverträgen zu erleichtern, stellt die Kammer einen Musterarbeitsvertrag für Arzthelferinnen zur Verfügung. Er hat Stärken und Schwächen, die wir im Folgenden erörtern.

§ 1 Arbeitsverhältnis, Probezeit

- a) Der Musterarbeitsvertrag ist nicht geschlechtsneutral formuliert. Dies ist seine erste Schwäche. Immerhin eröffnet er aber die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu befristen. Eine solche Befristung ist in vielen Fällen sinnvoll, um für die Dauer der Befristung zu beobachten, wie die Arzthelferin sich macht. Allerdings bedeutet eine *vereinbarte* Befristung noch lange nicht, dass die Befristung auch *wirksam* ist. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die Voraussetzungen nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz eingehalten sind. Hier muss im Wesentlichen unterschieden werden, ob mit der Arbeitnehmerin bereits früher ein Arbeitsverhältnis bestand oder nicht. Bestand während der letzten *drei* Jahre *kein* Arbeitsverhältnis

mit der Mitarbeiterin, dann ist eine Befristung bis zur Höchstdauer von zwei Jahren ohne sachlichen Grund zulässig. Die Befristung muss allerdings schriftlich vereinbart werden, und zwar *vor Arbeitsantritt*. War die Arbeitnehmerin innerhalb der letzten drei Jahre bereits für die Arztpraxis tätig, besteht die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung nicht. In diesem Fall bedarf es eines die Befristung rechtfertigenden Grundes, z.B. die Vertretung einer kranken Kollegin. Auch diese Befristung muss selbstverständlich vereinbart werden, bevor das Arbeitsverhältnis in Vollzug gesetzt wird. Befristungen ohne juristischen Beistand zu vereinbaren, ist schon nicht wenig riskant. Wir empfehlen es nicht.

- b) Sinnvollerweise enthält der Arbeitsvertrag eine Regelung zur Probezeit, begrenzt diese jedoch auf drei Monate. Das Gesetz stellt hier einen Zeitraum von *sechs* Monaten zur Verfügung. Wieso dieser nicht ausgenutzt wird, ist unklar. Entgegen einer landläufig anzutreffenden Auffassung ist die Vereinbarung der Probezeit jedoch nicht so wichtig, wie es scheint. Ist eine Probezeit vereinbart, ist das Arbeitsverhältnis in der Probezeit mit einer Frist von nur zwei Wochen kündbar, andernfalls sind es vier Wochen zum 15. eines Monats oder zum Monatsende. Ob diese Kündigung eines rechtfertigenden Grundes bedarf, ist keine Frage der *Probezeit*, sondern der sogenannten *Wartezeit* nach dem Kündigungsschutzgesetz. Danach beginnt der Kündigungsschutz in Betrieben mit mehr als zehn Mitarbeitern erst dann, wenn der Arbeitnehmer länger als sechs Monate eingestellt ist. Auch wenn man eine kürzere oder gar keine Probezeit vereinbart hat, ist diese Wartezeit stets zu beachten.

§ 2-3 Art der Tätigkeiten, Pflichten der medizinischen Fachangestellten

Die §§ 2 und 3 des Musterarbeitsvertrags für medizinische Fachangestellte sind in Ordnung, wir vermissen jedoch die nähere Bestimmung des Berufsbildes der medizinischen Fachangestellten. Hiervon hängt nämlich ab, welche Tätigkeiten der Fachangestellten im Einzelnen übertragen werden dürfen und welche nicht. Gehört das (gelegentliche, nicht regelmäßige) Reinigen der Praxis zum Berufsbild der Fachangestellten? Über die Frage lässt sich diskutieren. Es hätte sich empfohlen, hier entweder eine Konkretisierung vorzunehm-

men oder in den Vertrag aufzunehmen, dass auch die gelegentliche Übertragung niederwertigerer Arbeiten wie die Praxisreinigung noch zu den Pflichten der Angestellten gehört.

Richtig und sinnvoll ist der Hinweis auf die sogar strafrechtlich sanktionierte Schweigepflicht der medizinischen Fachangestellten. Dieser Hinweis kann nach unserer Einschätzung gar nicht deutlich genug formuliert werden.

§ 4 **Nebentätigkeit**

Nach dem Musterarbeitsvertrag hängt die Nebentätigkeit einer medizinischen Fachangestellten von der Genehmigung des Arbeitgebers ab. Dies ist als Regelung sinnvoll. Allerdings muss man wissen, dass die Arbeitnehmerin grundsätzlich ein Recht auf Genehmigung der Nebentätigkeit besitzt, sofern diese Nebentätigkeit das Hauptarbeitsverhältnis nicht beeinträchtigt. Unzulässig sind Tätigkeiten für einen konkurrierenden Arzt, Tätigkeiten die zeitlich über die gesetzliche Wochenarbeitsgrenze von 48 Stunden hinausgehen oder mit dem Ansehen medizinischer Berufe nicht in Einklang zu bringen sind. Die Tätigkeit in einer Nachtbar wird also nach wie vor unzulässig sein.

§ 5 **Arbeitszeit**

Das Muster ist an dieser Stelle nicht glücklich, entsprechend ist beim Ausfüllen Vorsicht angebracht. Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 des Vertrages haben einen anderen Inhalt als Abs. 2 S. 2 und eine völlig andere Bedeutung. Man kann nur empfehlen, Abs. 2 S. 2 gänzlich zu streichen, weil der Arbeitgeber sich durch die Vereinbarung von Anfang und Endzeiten der Arbeiten gänzlich bindet. Dies ist eine durch den Musterarbeitsvertrag sicherlich nicht beabsichtigte „Falle“, in die man nicht geraten sollte.

§ 6 **Überstunden, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft**

Auch diese Vorschrift ist nicht geglückt. § 6 Abs. 1 beschreibt einen denkbar weiten Begriff der Mehrarbeit, der über die Vorgaben der Rechtsprechung

hinausgeht. Der Arbeitsvertrag definiert Mehrarbeit als über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeitszeit. Hierfür wird ein Freizeitausgleich vorgesehen. Besser wäre es gewesen, hier an die Definition der *Überstunden* anzuknüpfen, die nur dann vorliegen, wenn die Mehrarbeit speziell vom Arbeitgeber *angeordnet* wurde. Durch die im Mustervertrag vorgegebene Regelung wird der Arbeitnehmer praktisch in den Stand gesetzt, sich ein Arbeitszeitkonto zu erarbeiten, das er bei Gelegenheit wieder abfeiern kann. Eine Regelung zur Berechtigung des Arbeitgebers, Überstunden anzudordnen fehlt ganz. Das ist verfehlt.

§ 7 **Fernbleiben vom Dienst, Arbeitsunfähigkeit**

Die hier im Musterarbeitsvertrag vorgeschlagenen Bestimmungen sind aus unserer Sicht sinnvoll.

§ 8 **Entgeltfortzahlung**

Entsprechendes gilt für die Regelung zur Entgeltfortzahlung. Ganz spitzfindige Juristen würden allerdings sagen, dass es besser wäre, hier allein auf das Entgeltfortzahlungsgesetz zu verweisen.

§ 9 **Urlaub**

Die Vorschrift zum Urlaub ist insoweit nicht ganz glücklich, als hier der Urlaub in *Arbeitstagen* gerechnet wird und nicht in *Werktagen*. Ist die medizinische Fachangestellte lediglich teilzeitbeschäftigt, muss man bei der Berechnung des Urlaubs in Arbeitstagen vorsichtig sein. Gewährt ein Arzt in der Regel fünf Wochen Urlaub pro Jahr, entspricht dies bei einer 5-Tagewoche 25 Arbeitstagen, bei einer 3-Tagewoche aber lediglich 15 Arbeitstagen. Dies wäre konkret in den Arbeitsvertrag aufzunehmen.

Der Gesetzgeber ist hier ein wenig eleganter. Im Urlaubsgesetz wird der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch mit 24 *Werktagen* bezeichnet. Werktage sind alle Tage zwischen Montag und Samstag, auch wenn an diesen Tagen

nicht gearbeitet wird. So erreicht der Gesetzgeber, dass jeder Arbeitnehmer den gleichen gesetzlichen Grundurlaubsanspruch von vier Wochen hat, was bei einer Vollzeitkraft 20 Arbeitstagen und bei einem Arbeitnehmer, der lediglich einen Tag pro Woche arbeitet, vier Arbeitstagen entspricht. Diese gesetzliche Untergrenze hat auch der Arzt zu respektieren. Der tarifliche Urlaub von 26 Arbeitstagen (31 Werktagen) ist dagegen nicht verbindlich.

§ 10 Gehalt

Der Musterarbeitsvertrag für medizinische Fachangestellte eröffnet die Möglichkeit, das Gehalt frei auszuhandeln. Eine Bindung an den Gehaltstarifvertrag für medizinische Fachangestellte besteht grundsätzlich nicht, gleichwohl bietet dieser eine gute erste Orientierung, weshalb wir diesem Skript einen aktuellen Auszug aus dem Gehaltstarifvertrag beigelegt haben. Wir raten allerdings davon ab, auf den Gehaltstarifvertrag insgesamt zu verweisen. Es ist vielmehr sinnvoll, das Gehalt konkret anzugeben, wie dies auch der Musterarbeitsvertrag vorsieht.

§ 11 Kündigung

§ 11 hat die gesetzlichen Regelungen übernommen. Dies ist auch sinnvoll. Allerdings ist die Bestimmung, wonach bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer die Zeiten, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres der Fachangestellten liegen, nicht berücksichtigt werden, europarechtswidrig. Es handelt sich hier um eine unzulässige Diskriminierung aufgrund des Alters bzw. der Jugend.

§ 12-14 Schlussregeln (Zeugnis, Personalbogen, Sonstiges)

Die §§ 12 - 14 kombinieren überflüssige, unwirksame und gefährliche Regelungen.

Überflüssig ist die sogenannte Salvatorische Klausel, weil diese bei einem Musterarbeitsvertrag Selbstverständliches anordnet. Entsprechendes gilt für die Regelung zum Zeugnis. Rechtlich gänzlich unwirksam ist die sogenannte Schriftformvereinbarung, sie mag vielleicht psychologisch von Vorteil sein. Gefährlich, zumindest sehr problematisch ist allerdings der allgemeine Verweis in § 14 Abs. 1 auf die von der Arbeitsgemeinschaft zur Regelung der Arbeitsbedingungen der Arzthelferinnen jeweils vereinbarten Tarifverträge. Hierdurch werden nicht nur Bestandteile des Manteltarifvertrags, sondern auch des Lohn- und Gehaltstarifvertrages in Bezug genommen, was erhebliche Konsequenzen hat. So begründet beispielsweise der Manteltarifvertrag einen Anspruch auf Zahlung eines 13. Monatsgehalts und vermögenswirksamer Leistungen.

Um solchen Forderungen auszuweichen, kann man an sich nur empfehlen, § 14 Abs. 1 gänzlich zu streichen.

§ 14 Abs. 4 Sonstiges

Weitere wichtige Regelungen enthält der Musterarbeitsvertrag für medizinische Fachangestellte nicht, weshalb man nur empfehlen kann, diese unter der Rubrik „Sonstiges“ nachzutragen.

a) Hier ist zunächst eine Regelung zur Zulässigkeit der Anordnung von Überstunden nachzutragen. Wir schlagen folgenden Text vor:

„Der Arbeitgeber ist berechtigt, bei Bedarf bis zu vier Überstunden wöchentlich anzuordnen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Praxisbetrieb nicht ohne Anordnung der Überstunden aufrechterhalten werden könnte.“

b) Weiter fehlt eine Vorschrift zur Freiwilligkeit von Zahlungen, die über das normale Gehalt hinausgehen. Hintergrund hierfür ist die Rechtsprechung zur betrieblichen Übung. Danach erwächst aus der dreimaligen Wiederholung einer an sich nicht geschuldeten Zahlung, beispielsweise einer Gratifikation zu Weihnachten, eine sogenannte betriebliche Übung, die für die Zukunft einen Rechtsanspruch begründet. Es geht dem Arbeitgeber hier ein

wenig wie Mephisto in Goethes Faust. Er ist zunächst frei, dann aber wird er Sklave. Um dies zu vermeiden, ist dringend zu empfehlen, folgende Zusatzregelung in den Arbeitsvertrag aufzunehmen:

„Gratifikationen:

Alle über das in § 10 genannte Gehalt hinausgehende Zahlungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Gratifikationen oder Boni sind rein freiwillig und begründen auch bei Wiederholung für die Zukunft keinen Rechtsanspruch. Etwas anderes gilt, sofern der Arbeitgeber bei Vornahme der Zahlung ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die Zahlung Gehaltscharakter haben soll.“

- c) Schließlich empfiehlt sich in jedem Arbeitsvertrag auch die Aufnahme von Ausschlussfristen. Sie verhindern – jedenfalls in der Regel –, dass Arbeitnehmer noch Monate nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit irgendwelchen Nachforderungen gegen ihren Arbeitgeber vorgehen. In der Praxis hat sich die Vereinbarung einer doppelten Ausschlussfrist bewährt:

„Ausschlussfristen:

Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind innerhalb von drei Monaten gegenüber dem anderen Vertragsteil schriftlich geltend zu machen. Andernfalls sind sie verwirkt.

Lehnt der andere Vertragsteil die Erfüllung des Anspruchs schriftlich ab, ist der Anspruch innerhalb von weiteren drei Monaten nach Zugang des Ablehnungsschreibens gerichtlich geltend zu machen. Andernfalls ist der Anspruch gleichfalls verwirkt.“

- d) Um zu vermeiden, dass eine Arzthelferin, die den Arbeitsvertrag unterschrieben hat, ihre Arbeit nicht antritt, ist schließlich die Vereinbarung einer Vertragsstrafe sinnvoll. Andernfalls kann man die Arzthelferin, die drei Tage vor dem vereinbarten Arbeitsantritt anruft, um mitzuteilen, dass sie nun doch nicht kommen werde, kaum für die hierdurch verursachten Schäden haftbar machen. Nach der neuesten Rechtsprechung dürfte dabei folgende Formulierung noch zulässig sein:

„Vertragsstrafe:

Tritt die Arbeitnehmerin die Arbeit nicht an oder kündigt sie das Arbeitsverhältnis, ohne die hierfür vorgesehene Kündigungsfrist einzuhalten, schuldet sie die Zahlung einer Vertragsstrafe. Die Höhe der Vertragsstrafe entspricht dem Brutto-Gehalt, das die Klägerin zwischen der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der durch ordentlichen Kündigung herbeigeführten Beendigung des Arbeitsverhältnisses erzielt hätte.“

V. **Mitarbeiterführung**

Die Führung von Mitarbeitern ist eine Kunst für sich, die man nicht vollständig erlernen kann, sondern Fingerspitzengefühl, Sensibilität, zum richtigen Zeitpunkt aber auch Konfliktfähigkeit voraussetzt. Sie hat aber eine psychologische Dimension, die man erlernen kann, und eine rechtliche Dimension, auf die man achten muss. Die Psychologie der Mitarbeiterführung wollen wir dabei gerne den hierfür ausgebildeten Coaches und Psychologen überlassen. Nur so viel sei vielleicht erwähnt: Zur Vermeidung von Konflikten innerhalb einer Gruppe ist eine klare Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung sinnvoll, ab einer gewissen Gruppengröße ist auch eine entsprechende Hierarchie klarzustellen. Daneben gilt die Regel, dem qualifizierten und motivierten Mitarbeitern möglichst viel Selbständigkeit zu überlassen, während dem weniger qualifizierten und weniger motivierten Mitarbeiter klare Vorgaben zu machen sind, die er zu erfüllen hat. Hierzu gehört es auch, gewisse Weisungen einzeln zuzuordnen. Sitzen drei Mitarbeiterinnen in der Kaffeeküche, genügt es nicht, wenn der Chef sagt „jemand sollte Kaffee kochen“, er sollte sagen, wer dies zu tun hat. Die Berechtigung hierzu bezeichnet man juristisch als Weisungsrecht.

1. **Das Weisungsrecht**

Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind lediglich bei Abschluss des Arbeitsvertrags gleichgeordnet, durch den Arbeitsvertrag selbst entsteht zwischen ihnen eine Hierarchie, die den Arbeitgeber zum Weisungsberechtigten und den Arbeitnehmer zum Weisungsunterworfenen macht. Dieses hierarchische Weisungsverhältnis ist kein Rudiment vergangener Tage, sondern das entscheidende Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses. Jedes Dienstverhältnis, das ein persönliches Weisungsrecht begründet, ist ein Arbeitsverhältnis. An diesem Begriff wiederum knüpfen alle arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen sowie zahlreiche sozialrechtliche Bestimmungen an.

Das Weisungsrecht besteht allerdings nur innerhalb der vertraglichen Vorgaben. Deswegen ist es so wichtig, auf die Formulierung des Arbeitsvertrages zu achten. Wären z.B. in § 5 Abs. 2 des Musterarbeitsvertrags feste Arbeitszeiten

eingetragen (die Arbeitszeiten sind morgens von 8.00 Uhr bis 12.00 Uhr und nachmittags von 14.00 Uhr bis 17.00 Uhr), wäre der Arbeitgeber grundsätzlich nicht mehr berechtigt, diese Arbeitszeiten im Wege des Weisungsrechts zu ändern. Entsprechendes gilt für die Befugnis, Überstunden anzuordnen. Dies ist – an sich – nur dort zulässig, wo sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag das entsprechende Recht vorbehalten hat.

Auch inhaltlich ist das Weisungsrecht durch den Arbeitsvertrag begrenzt. Wer als kaufmännischer Mitarbeiter eingestellt ist, von dem kann man nicht verlangen, die Büroräume zu putzen. Dies gilt entsprechend auch für die medizinische Fachangestellte – ein gelegentliches Reinigen der Räume, beispielsweise weil die Putzfrau ausfällt, sollte man ihr jedoch vermutlich zumuten können.

Auch im Falle der Ausübung von Weisungen gilt das Gebot der Klarheit. Dies dient der Vermeidung von Missverständnissen, ist jedoch auch im Falle des arbeitsrechtlichen Konflikts von entscheidender Bedeutung.

In Betrieben mit Kündigungsschutz kann sich der Arbeitgeber nur dann wegen mangelhafter Arbeitsleistungen von einem Mitarbeiter trennen, wenn er ihm eine spezifische Aufgabe ausdrücklich übertragen und ihm hierbei Vorgaben gemacht hat, an die er sich halten soll. Es nützt nichts, sich über die Unpünktlichkeit eines Arbeitnehmers zu beschweren, wenn der Arbeitgeber nie kommuniziert hat, wann genau er erwartet, dass er in der Praxis erscheint. Es nützt nichts, den mangelnden Rücklauf von Arbeitsergebnissen zu beklagen, wenn er dem Arbeitnehmer nicht vorgegeben hat, bis wann eine Aufgabe erfüllt werden muss. Man ist in der anwaltlich Praxis erstaunt darüber, wie häufig Arbeitgeber diese Grundregel verletzen, vermutlich weil sie es als unhöflich empfinden, die innerbetriebliche Hierarchie auch zu demonstrieren und klare Anweisungen zu erteilen. Was hier von Arbeitgebern als unhöflich empfunden wird, ist aber in Wirklichkeit der Ausdruck von Klarheit und Fairness.

2. Abmahnung

Dies gilt auch für die juristische ultima ratio der Mitarbeiterführung, die Abmahnung.

Vorab zum Begriff:

Was ist eine Abmahnung?

Von einer Abmahnung im Rechtssinne spricht man nur dann, wenn der Arbeitgeber ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers moniert und mitteilt, dass der Arbeitnehmer durch die Wiederholung des vertragswidrigen Verhaltens das Arbeitsverhältnis in Frage stellt, sprich mit einer Kündigung rechnen muss. Die Abmahnung hat damit notwendigerweise zwei Teile, die Rüge des vergangenen Verhaltens und die Mitteilung, man werde das Arbeitsverhältnis kündigen, wenn sich ähnliches wiederholt. Dabei muss die Rüge des vergangenen Verhaltens nach der Rechtsprechung so konkret wie nur möglich erfolgen. Es genügt also nicht, wenn man der Arzthelferin vorwirft, sie habe sich „letzten Monat gegenüber dem Patienten XY unmöglich benommen“, das zu beanstandende Verhalten ist nach Art, Ort und Zeit so genau wie möglich zu beschreiben:

„Am letzten Freitag, dem 14.09.2012, haben Sie die Patientin XY beleidigt, in dem Sie sie hinter vorgehaltener Hand in einem Gespräch mit Ihrer Kollegin als „alte Kuh“ bezeichnet haben. Die Patientin hat dies mitangehört.

Sie haben hierdurch gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Hierzu gehört es, mit Patienten stets höflich und respektvoll umzugehen. Sollte sich Ähnliches wiederholen, müssen Sie mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen.“

In rechtlicher Hinsicht ist noch zu beachten, dass jeweils nur ein einzelner Vorwurf zum Gegenstand einer Abmahnung gemacht, die Abmahnung schriftlich erteilt wird und nachvollziehbar bleibt, dass dem Arbeitnehmer die Abmahnung auch ausgehändigt wurde. Auch wenn viele Arbeitgeber das Instrument der Abmahnung scheuen, um sich innerbetrieblich durchzusetzen, ist es nach unserer Einschätzung ein Gebot der Fairness, dem Arbeitnehmer vor

einem möglichen Rauswurf eine gelbe Karte zu zeigen. Man gibt ihm hierdurch die Möglichkeit, sein eigenes Verhalten zu überdenken und sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob er sich für den Bestand des Arbeitsverhältnisses einsetzen möchte oder nicht. Es gibt Abmahnungen, die sehr positive Auswirkungen auf die Arbeitnehmer haben, andere wiederum beschleunigen den Prozess der Trennung, was dann aber auch richtig ist.

VI.

Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Das wirksam befristete Arbeitsverhältnis endet – wie oben dargestellt – mit Fristablauf. Zur Beendigung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses bedarf es dagegen entweder eines Aufhebungsvertrags oder einer (wirksamen) Kündigung. Gemeinsam ist diesen Rechtsakten das Schriftformerfordernis. Nur die schriftliche Befristung des Arbeitsverhältnisses kann wirksam sein, nur die schriftliche Kündigung oder der schriftliche Aufhebungsvertrag können das Arbeitsverhältnis beenden. Dabei ist jeweils die *gesetzliche* Schriftform einzuhalten. Im Falle des Aufhebungsvertrags bedeutet dies das Unterzeichnen der Parteien auf derselben Urkunde im Original, also durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens. Werden zwei gleichlautende Urkunden hergestellt, genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

Im Falle der Kündigung bedeutet das Schriftformerfordernis, dass dem Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber unterzeichnete Kündigungsurkunde zugehen muss. Ein Fax, E-Mail oder dergleichen genügen hierzu *nicht*.

1. Der Aufhebungsvertrag

„A und B beenden einvernehmlich das Arbeitsverhältnis zum

Unterschriften A und B“

So einfach die hier dargestellte Urkunde ist, so leicht kann – in der Theorie – das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag beendet werden. In dieser Form kommt er in der Praxis aber nur selten und dann in zwei Fällen vor:

- a) Auf Veranlassung des Arbeitnehmers, wenn dieser um eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses bittet, etwa weil er einen aus seiner Sicht attraktiveren Arbeitsplatz gefunden hat und vorzeitig aus dem Ursprungsarbeitsverhältnis ausscheiden will. In diesem Fall ist der Abschluss des Aufhebungsvertrags auch durchweg unproblematisch. Der Arbeitgeber muss nur sicher sein, dass eine der Original-Vertragsurkunden bei der Personalakte bleibt.

- b) Zum Abschluss des Aufhebungsvertrags auf Veranlassung des Arbeitgebers kommt es in der Praxis dagegen vor allen Dingen dann, wenn der Arbeitnehmer eine angekündigte Kündigung vermeiden will. Dies ist insbesondere dann häufig, wenn der Arbeitgeber der Auffassung ist, das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen zu können, etwa weil er einen Diebstahl des Arbeitnehmers nachweisen kann oder dergleichen. Dieser Aufhebungsvertrag ist allerdings alles andere als unproblematisch, er bietet sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber erhebliche Risiken.
 - α) Der Arbeitnehmer hat bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags vor allen sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen zu fürchten, denn er hat beim Verlust seines Arbeitsplatzes mitgewirkt. Hat er hierfür nicht ganz erhebliche Gründe, wird die Agentur für Arbeit eine Sperrfrist gegen ihn verhängen und für die Dauer von drei Monaten kein Arbeitslosengeld anweisen. Haben sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber daneben auf Zahlung einer Abfindung geeinigt, wird diese nach einem nicht ganz einfach darzustellenden Schlüssel auf die zukünftigen Arbeitslosengeldzahlungen verrechnet. Der Arbeitnehmer hat also allen Grund, sich nicht am Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu beteiligen.

 - β) Ein Aufhebungsvertrag birgt allerdings auch Risiken für den Arbeitgeber. Das erste Risiko besteht darin, dass der Arbeitnehmer ihn für die sozialversicherungsrechtlichen Nachteile haftbar macht, die durch den Abschluss des Aufhebungsvertrags entstanden sind, sprich das Arbeitslosengeld, welches ihm die Agentur für Arbeit versagt, gegenüber dem

Arbeitgeber geltend macht. Dabei geht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts derzeit zwar davon aus, dass den Arbeitgeber in der Regel keine Pflicht trifft, den Arbeitnehmer auf sozialversicherungsrechtliche Nachteile eines Aufhebungsvertrags hinzuweisen, im Einzelfall kann jedoch etwas anderes gelten, etwa wenn der Arbeitnehmer nachfragt, ob er aufgrund des Vertrags „Schwierigkeiten mit dem Arbeitsamt“ bekommt und der Arbeitgeber dies wider besseren Wissens verneint. Eine Aufklärungspflicht ist darüber hinaus anerkannt, wenn die Arbeitsvertragsparteien die Kündigungsfrist verkürzen, um gleichzeitig die Abfindung zu erhöhen. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung *ungefragt* darauf hinweisen, dass es voraussichtlich zu einer Kürzung des Arbeitslosengeldes kommen wird.

Zwingend ist zwischenzeitlich auch die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer darauf hinzuweisen, sich frühzeitig bei der zuständigen Agentur für Arbeit als arbeitssuchend zu melden, weil er ansonsten die Höhe seines Arbeitslosengeldes gefährdet.

Daneben besteht das nicht unerhebliche Risiko, dass der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag früher oder später anfechtet. Dies ist insbesondere dann zu erwarten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit List oder einem gewissen Druck zur Unterschrift gebracht hat. Klassischer Fall einer unzulässigen List wäre es beispielsweise, wenn der Arzt gegenüber dem Arbeitnehmer behauptet, die Praxis werde geschlossen, das Arbeitsverhältnis müsse deswegen beendet werden, während er tatsächlich bereits mit einem Nachfolger über den Praxisverkauf verhandelt. Dies ist der klassische Fall einer arglistigen Täuschung, der den Arbeitnehmer zur Anfechtung seiner Willenserklärung auf Abschluss des Aufhebungsvertrags berechtigt. Zeit hierzu hat der Arbeitnehmer ein ganzes Jahr nachdem er seinen Irrtum erkannt hat.

Häufiger ist allerdings die Anfechtung wegen einer widerrechtlichen Drohung. Unter einer Drohung versteht man dabei das in Aussichtstellen eines künftigen Übels. Teilt der Arzt mit, er werde das Arbeitsverhältnis kündigen, sofern die Arzthelferin den ihr vorgelegten Aufhe-

bungsvertrag nicht unterzeichnet, droht er in jedem Fall. Die Frage ist nur, wann diese Drohung widerrechtlich ist. Hierzu hat die Rechtsprechung eine ganz besondere Gestalt erfunden, den sogenannten verständigen Arbeitgeber. Droht der Arzt in einer Situation mit einer Kündigung, in der ein „verständiger Arbeitgeber“ dies gleichfalls tun würde, ist die Drohung nicht widerrechtlich. Droht er ohne jeden Anlass, wegen einer Kleinigkeit oder aufgrund einer Verfehlung, der die Arzhelferin nicht überführt ist, gilt die Drohung als widerrechtlich und kann der Arbeitnehmer seine Willenserklärung anfechten. Dies gilt auch in sogenannten Kleinbetrieben, die nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterfallen, sofern durch den Aufhebungsvertrag die gesetzliche Kündigungsfrist unterlaufen wird.

Die Konsequenz der erfolgreichen Anfechtung des Aufhebungsvertrags besteht im Übrigen nicht nur darin, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft festgestellt wird, sondern gerade auch für die Vergangenheit. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer zumindest von dem Zeitpunkt an, zu dem er den Aufhebungsvertrag angefochten hat, einen Anspruch auf Nachvergütung besitzt. Ging der entsprechende Prozess über die Instanzen, können hier erhebliche Beträge entstehen.

2. **Die Kündigung**

Bleibt die Kündigung als „klassische“ Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dabei unterscheidet man die Eigenkündigung des Arbeitnehmers – diese ist aus Arbeitgebersicht unproblematisch –, die außerordentliche fristlose Kündigung und die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber. Mit diesen beiden letztgenannten Kündigungen wollen wir uns befassen. Die Sonderform der außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit spielt in Arztpraxen keine Rolle.

a) **Die außerordentliche Kündigung**

Die außerordentliche oder fristlose Kündigung hat den Zweck, das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung und also ohne Einhaltung der ge-

setzlichen, vertraglichen oder tariflichen Kündigungsfrist zu beenden. Demgemäß bedarf es eines ganz besonderen Grundes zum Ausspruch dieser außerordentlichen Kündigung. Dieser Grund muss so schwerwiegend sein, dass es dem Arbeitgeber noch nicht einmal zuzumuten ist, den Arbeitnehmer für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Wie diese Formulierung deutlich machen soll, sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung stellt, eben auch außerordentlich hoch. Typischerweise kommen daher nur schwere Verfehlungen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber als Kündigungsgrund in Betracht, genannt werden hier die Beleidigung, der tätliche Angriff, der Diebstahl von Praxiseigentum und dergleichen.

Dabei geht die Rechtsprechung bei der Prüfung eines Grundes zur außerordentlichen Kündigung immer zweistufig vor. In einem ersten Schritt fragt sie, ob der Kündigungsgrund „an sich“, also bei einer abstrakten Betrachtung, geeignet ist, die Kündigung zu begründen. Ist dies der Fall, etwa bei einem Diebstahl, fragt die Rechtsprechung in einem zweiten Prüfungsschritt, ob die Verfehlung gerade auch in dem konkreten Arbeitsverhältnis geeignet ist, die Grundlage für die weitere Zusammenarbeit für nur wenige Wochen zu erschüttern. Hierbei spielt die Art und das Ausmaß der Verfehlung ebenso eine Rolle wie die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die besondere Situation des Arbeitnehmers und dergleichen.

Dabei galt es bisher als sichere Bank, dass schon der Diebstahl geringwertiger Güter eine außerordentliche, fristlose Kündigung begründet. Dies war die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit dem berüchtigten „Bienenstich“-Fall: Einer Bäckerei-Fachverkäuferin wurde der vom Arbeitgeber ungenehmigte Konsum eines süßen Teilchens zum Verhängnis. Der Bienenstich kostete sie den Arbeitsplatz. Dies war Konsens bis zu dem berüchtigten Fall „Emily“, der vor rund zwei Jahren die Schlagzeilen beherrschte. Eine seit vielen Jahren beschäftigte Supermarktkassiererin stand im Verdacht, Leergut-Bons im Wert von EUR 1,00 oder EUR 2,00 unterschlagen zu haben. Dies genügte dem BAG im konkreten Fall nicht, das Arbeitsverhältnis zu beenden – eine Entscheidung, die man nach mei-

ner Einschätzung losgelöst von dem gesamten Tamtam, der um sie herum gemacht wird, durchaus nachvollziehen kann. Beim Diebstahl oder bei der Unterschlagung geringwertigster Güter und einem ansonsten intakten und schon einige Jahre bestehenden Arbeitsverhältnis sollte ein ernstes Gespräch genügen, um dergleichen Lappalien aus der Welt zu schaffen.

Ähnlich ist dies auch im Falle der Beleidigung. Eine einmalige, in der Hitze einer Debatte ausgesprochene Beleidigung, für die sich der Arbeitnehmer entschuldigt, begründet die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht. Im Übrigen gilt auch hier der Satz vom groben Klotz und groben Keil. Arbeitgeber, die selbst zu volkstümlicher Ausdrucksweise neigen, müssen es sich eher gefallen lassen, wenn man mit ihnen rau umgeht, als Arbeitgeber, die selbst immer auf einen sehr korrekten Umgang bedacht sind.

Die wirksame außerordentliche Kündigung hat für den Arbeitnehmer neben dem Verlust des Arbeitsplatzes sehr weitreichende sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen. Insbesondere erhält er für die auf die Kündigung folgenden drei Monate kein Arbeitslosengeld. Daher zwingt man den Arbeitnehmer durch den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung in aller Regel in einen Kündigungsschutzprozess, weshalb sie nur außerordentlich selten zu empfehlen ist. Eine außerordentliche Kündigung ohne juristische Beratung auszusprechen, ist definitiv nicht sinnvoll.

b) Die ordentliche Kündigung

Unter einer ordentlichen Kündigung versteht man eine Kündigung, die das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der durch das Gesetz, den Arbeitsvertrag oder den Tarifvertrag vorgegebenen Frist beenden soll. Die Fristenstaffel des § 622 BGB haben wir dabei bereits erörtert. Ohne hinlänglichen Grund kann die ordentliche Kündigung freilich nur dann ausgesprochen werden, wenn der Arbeitnehmer weder besonderen noch allgemeinen Kündigungsschutz genießt. Selbst wenn ihm dieser Schutz nicht zugutekommt, darf die Kündigung aber nicht willkürlich und nicht diskriminierend sein.

α) Besonderer Kündigungsschutz

Unabhängig von der Größe des Betriebs genießen bestimmte Arbeitnehmergruppen besonderen Kündigungsschutz. Dieser zeichnet sich in der Regel dadurch aus, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von der vorherigen Zustimmung einer Behörde oder sonstigen Stelle abhängig gemacht wird. Klassische Beispiele für den besonderen Kündigungsschutz sind der Kündigungsschutz des Schwerbehinderten und der Kündigungsschutz der Schwangeren. Will der Arbeitgeber einen schwerbehinderten Mitarbeiter entlassen, der schon länger als sechs Monate im Betrieb tätig ist, bedarf er der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Das Integrationsamt prüft die Zustimmung nach freiem Ermessen und unter der besonderen Berücksichtigung der Belange des schwerbehinderten Arbeitnehmers. In der Regel erteilt das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung, wenn diese ausreichend begründet ist und in keinem Zusammenhang mit der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers steht. Bei einem durch einen Schwerbehinderten begangenen Diebstahl wird es der Kündigung in der Regel zustimmen, bei behinderungsbedingter häufiger Abwesenheit oder behinderungsbedingten Leistungsmängeln in der Regel *nicht*.

Beinahe ausgeschlossen ist demgegenüber die Kündigung der Schwangeren. Diese können sich häufig sogar heftigste Ausfälle gegen Arbeitgeber erlauben, weil sie – angeblich – aufgrund hormoneller Umstellungen häufig nicht ganz Herr ihrer selbst sind.

In der Praxis wird die Kündigung der Schwangeren lediglich bei beabsichtigter Betriebsstilllegung oder wiederum Eigentumsdelikten von nicht unerheblichem Ausmaß erteilt.

Weitere Beispiele für besonderen Kündigungsschutz sind Mitarbeiter in Erziehungszeit, auch wenn sie während der Erziehungszeit in Teilzeit weiterarbeiten, sowie Mitarbeiter, die Pflegezeit in Anspruch genom-

men haben. Hier herrscht ein Kündigungsverbot von der Zeit der Ankündigung der Pflegezeit bis zu deren Ende.

β) Allgemeiner Kündigungsschutz

Ob ein Arbeitnehmer allgemeinen Kündigungsschutz genießt, hängt im Wesentlichen von der Größe des Betriebs ab, in dem er tätig ist. Die Beschäftigung von mehr als zehn Arbeitnehmern ist hier seit dem Jahreswechsel 2003/2004 die gleichsam magische Grenze. Während früher der Kündigungsschutz schon ab einer Beschäftigtenzahl von mehr als fünf Arbeitnehmern eintrat, wurde zu diesem Zeitpunkt die Beschäftigtenzahl auf mehr als zehn Mitarbeiter angehoben. Seitdem sind die meisten Kleinstbetriebe, zu denen in der Regel auch Arztpraxen gehören, vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes *ausgenommen*.

Allerdings genießen die Mitarbeiter, die bereits im Jahr 2003 tätig waren, dann nach wie vor Kündigungsschutz, wenn sie im Jahr 2003 Kündigungsschutz innehatten und nach wie vor mehr als fünf Mitarbeiter im Betrieb tätig sind, die bereits im Jahr 2003 tätig waren. Sind diese Mitarbeiter dagegen auch ausgeschieden, so zählen sie ersetzende Mitarbeiter nicht mit.

Die Bedeutung des allgemeinen Kündigungsschutzes ist kaum zu unterschätzen. Deswegen ist es gewiss sinnvoll, sich mit der Frage vertraut zu machen, wie die Betriebsgröße nach dem Kündigungsschutzgesetz berechnet wird. Hier ist zunächst zu beachten, dass auch teilzeitbeschäftigte oder geringfügig beschäftigte Mitarbeiter bei der Ermittlung der Betriebsgröße zählen. Alle Mitarbeiter, die weniger als 20 Wochenstunden im Betrieb tätig sind, werden hier mit dem Summenwert 0,5 eingestellt. Teilzeitbeschäftigte, die mehr als 20 Wochenstunden, aber nicht mehr als 30 Wochenstunden tätig sind, zählen mit dem Summenwert 0,75, Mitarbeiter, die mehr als 30 Wochenstunden tätig sind, mit 1,0. Daraus folgt, dass selbst die Putzfrau, die auf „EUR 400,00-Basis“ beschäftigt wird, zur Zahl der Mitarbeiter beiträgt, und zwar in der Regel

mit dem Wert 0,5. Auch Ehefrauen, die die Buchhaltung auf der Basis eines EUR 400,00-Jobs mitübernehmen, zählen dazu. Ebenso sind sogenannte ruhende Arbeitsverhältnisse mitzurechnen, also Mitarbeiter, die in Erziehungsurlaub sind und dergleichen. Nicht zu den Angestellten zählen die Inhaber des Betriebs – bezogen auf die Arztpraxis also der Arzt, die Mitglieder der Praxisgemeinschaft oder der Gemeinschaftspraxis.

Besondere Probleme können sich bei der ärztlichen Kooperation ergeben, die über die Einzelpraxis hinausgehen. Wenn hier auch Personal flexibel eingesetzt wird, also die Mitarbeiterin des Arztes A mitunter in der Praxis B arbeitet und umgekehrt, kann dies die Rechtsprechung zur Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs verlocken, dessen Mitarbeiterzahl durch die Summe der Mitarbeiter der Praxen begründet wird.

Nicht zu den Mitarbeitern zählen weiterhin Auszubildende oder Praktikanten.

γ) Sittenwidrige, diskriminierende Kündigung, Kündigung bei Praxisverkauf

Genießt ein Mitarbeiter weder besonderen noch allgemeinen Kündigungsschutz, kann bei der Kündigung an sich nichts mehr schiefgehen. Sie ist dann frei möglich, es sei denn, sie wäre willkürlich oder diskriminierend. Die Fälle, in denen die Rechtsprechung eine solche willkürliche oder diskriminierende Kündigung angenommen hat, sind jedoch außerordentlich selten. Wenn ein Arzt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses seiner Mitarbeiterin nicht gleich im Anschluss an die Nachricht ausspricht, sie werde demnächst eine Frau heiraten, droht hier keine echte Gefahr.

Besonderheiten sind bei der Kündigung wegen eines Praxisverkaufs zu beachten. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Praxisverkauf einen gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB begründet. Über den Betriebsübergang ist der Arbeitnehmer sehr aus-

föhrlich zu unterrichten. Er hat dann die M6glichkeit, dem Betriebsübergang zu widersprechen, so dass er weiterhin Angestellter des verkaufenden Arztes bleibt, oder den Betriebsübergang hinzunehmen, so dass er einen neuen Arbeitgeber bekommt. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Vermeidung eines Betriebsübergangs ist nach § 613a Abs. 4 BGB auch in Kleinbetrieben ausgeschlossen. Entscheidendes Merkmal für das Vorliegen des Kündigungsverbots ist es, ob der Betriebsübergang subjektiv tragende Ursache für die Kündigung ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn zur Verkleinerung des Betriebs gekündigt wird, um die Verkaufschancen zu verbessern, oder dergleichen.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!

(Dr. Berst)
Rechtsanwalt &
Fachanwalt für Arbeitsrecht