

# Der niedergelassene Arzt als Arbeitgeber\*

Rechtsanwältin Christine Morawietz, Karlsruhe

Niedergelassene Ärzte sind nicht nur Mediziner, sondern auch Arbeitgeber. Da das Arbeitsrecht, welches sich ständig im Wandel befindet, eine Vielzahl von Fallstricken bereithält, die – wenn sie nicht beachtet werden – zu gravierenden (wirtschaftlichen) Nachteilen für den anstellenden Arzt führen können, sollte sich der niedergelassene Arzt unbedingt mit den für die Praxis wichtigen Teilen des Arbeitsrechts befassen und sein diesbezügliches Wissen immer wieder auf den aktuellen Stand bringen. Der folgende Beitrag, der sich in drei Teile gliedert (I. Stellenanzeige und Vorstellungsgespräch; II. Die Gestaltung des Arbeitsvertrages; III. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses - jeweils: ausgewählte Aspekte) will hierzu beitragen und das Bewusstsein für einige, aus der Fülle des Arbeitsrechts ausgewählte Problemkreise schärfen.

## I. Stellenanzeige, Vorstellungsgespräch und richtige Absage

### 1. Die richtige Stellenanzeige

Die Suche nach Praxispersonal beginnt regelmäßig mit einer Stellenanzeige in der örtlichen Zeitung oder einem sonstigen öffentlich zugänglichen Medium (z.B. Internet). Bei Durchsicht solcher Stellenangebote stößt man immer wieder auf Anzeigen, die nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben sind, sondern in denen lediglich eine (weibliche) Arzthelferin, angestellte Ärztin, Medizinisch Technische Assistentin etc. gesucht wird. Solche Stellenanzeigen können für den sie in Auftrag gebenden Arzt teuer werden, da sie eine unzulässige Diskriminierung wegen

des Geschlechts enthalten. Denn das am 18.08.2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), welches gemeinhin auch als Antidiskriminierungsgesetz bezeichnet wird, verbietet grundsätzlich eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität und sieht in Fällen einer unzulässigen Diskriminierung für den Betroffenen einen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch gegen den Arbeitgeber vor (§ 15 AGG). Die Entschädigung ist bei einer Nichteinstellung auf drei Monatsgehälter begrenzt, wenn der betreffende Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Ein An-

spruch auf Einstellung besteht hingegen nicht.

Um einen Schadensersatz- bzw. Entschädigungsanspruch nach dem Antidiskriminierungsgesetz zu vermeiden, sollte die Stellenanzeige daher unbedingt geschlechtsneutral formuliert werden (z.B. Arzthelferin oder Arzthelfer gesucht oder: Arzthelfer/in (w/m) gesucht etc.). Nicht selten findet man in Ausschreibungen auch Altersbegrenzungen bzw. Mindest- oder Höchstaltersangaben (z.B. „junge, dynamische Arzthelferin“ oder: Arzthelferin „mittleren Alters“ oder: „Arzthelferin bis 40 Jahre“ gesucht), die ebenfalls eine

\* Der Artikel wurde bereits in der „Orthopädischen Praxis“ in 3 Teilen veröffentlicht. Er erscheint jetzt zusammengefasst und leicht modifiziert in ArztR.



unzulässige Diskriminierung nach dem AGG (Benachteiligung wegen des Alters) darstellen können. Auch auf Altersbegrenzungen sollte daher verzichtet werden.

## 2. Das Bewerbungsgespräch

Auf die Stellenausschreibung folgt im Regelfall für einzelne Bewerber ein Bewerbungsgespräch (Vorstellungsgespräch), in dem sich der Arbeitgeber ein möglichst umfassendes Bild über den jeweiligen potentiellen Neuarbeitnehmer machen will. Das **Fragerecht des Arbeitgebers** ist im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers insoweit allerdings **begrenzt**. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darf der Arbeitgeber nur solche Fragen stellen, an deren Beantwortung er ein so starkes und berechtigtes Interesse hat, dass die Belange des Bewerbers dahinter zurücktreten müssen. Im Ergebnis findet damit eine *Interessenabwägung* zwischen dem Informationsbedürfnis des Arbeitgebers auf der einen Seite und dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers auf der anderen Seite statt (entscheidende Frage: Welches Interesse überwiegt?).

Stellt der Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch eine **unzulässige** Frage, kann dies für ihn folgende unangenehme **Konsequenzen** haben:

a) Bei unzulässigen Fragen hat der Bewerber ein **Recht zur Lüge**. Der Arbeitgeber kann den auf dieser Basis geschlossenen Arbeitsvertrag nicht wegen der wahrheitswidrigen Beantwortung der unzulässigen Frage anfechten.

b) Beantwortet der Bewerber eine unzulässige Frage wahrheitsgemäß und wird er daraufhin nicht eingestellt, droht dem Arbeitgeber ein **Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch**.

Im Hinblick auf diese möglichen

Folgen, sollte der Arbeitgeber die Grenzen seines Fragerechts, welches durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (der das Bundesarbeitsgericht folgt) in den letzten Jahren **zunehmend eingeschränkt** wurde, unbedingt kennen und beachten. Im Folgenden werden beispielhaft einige typische Arbeitgeberfragen auf ihre Zulässigkeit / Unzulässigkeit hin untersucht:

**Uneingeschränkt zulässig** und für den Arbeitgeber gefahrlos sind *Fragen nach dem beruflichen Werdegang* des Bewerbers/der Bewerberin (z.B. Fragen nach Noten, Ausbildung, bisheriger beruflicher Tätigkeit, Fortbildung, Computer-, Sprachkenntnisse etc.).

**Unzulässig** sind hingegen Fragen nach *Religions-, Partei- oder Gewerkschaftszugehörigkeit*. Im Hinblick auf eine mögliche Benachteiligung wegen des Geschlechts werden auch Fragen nach der *Familienplanung* (z.B. Heiratsabsichten, Kinderwunsch) oder der *Betreuung von Kindern oder anderen Familienangehörigen* (etwa: Wie stellen Sie die Betreuung Ihrer Kinder während der Arbeitszeit sicher?) als unzulässig angesehen.

Bezüglich der **Frage nach bestehender Schwangerschaft** hat sich die Rechtsprechung grundlegend gewandelt. Während das Bundesarbeitsgericht die genannte Frage lange Zeit für zulässig erachtet hat, hat der **Europäische Gerichtshof** entschieden, dass sich der Arbeitgeber – unter dem Aspekt einer unzulässigen Frauendiskriminierung – **nicht** nach einer bestehenden Schwangerschaft erkundigen darf; dies *auch dann nicht, wenn die Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen eines mütterlich-rechtlichen Beschäftigungsverbots (z.B. Röntgentätigkeit) zunächst nicht aufnehmen kann*. Dieser Rechtsprechung ist das Bundesarbeitsgericht unter Aufgabe seiner früheren Auffassung gefolgt. **Die Frage nach**

**bestehender Schwangerschaft ist daher nach heutigem Recht in jedem Fall unzulässig.**

Sehr heikel für den Arbeitgeber sind **Fragen nach bestehender Schwerbehinderung oder Krankheit**. Die Frage nach *Schwerbehinderung* wurde bisher vom Bundesarbeitsgericht zwar für zulässig erachtet; im Hinblick auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und die insoweit sehr restriktive Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Lasten des Arbeitgebers (vgl. z.B. die vorstehend behandelte Rechtsprechung des EuGH zur Frage nach bestehender Schwangerschaft) erscheint es allerdings sehr fraglich (so auch die Auffassung weiter Teile der juristischen Literatur), ob diese Rechtsprechung noch haltbar ist. Vor diesem Hintergrund ist zur Vermeidung von Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen von der Frage nach bestehender Schwerbehinderung grundsätzlich abzuraten. Nach *Krankheiten* des Bewerbers darf sich der Arbeitgeber nur äußerst beschränkt erkundigen, weshalb der Arbeitgeber auch hiervon im Zweifel **absehen** sollte. Bei Einstellungen im Gesundheitsbereich sind allerdings – wegen der Gefahr für die Patienten – Fragen nach ansteckenden Krankheiten bzw. HIV zulässig.

Da das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eine zu Gunsten des Arbeitnehmers/Bewerbers erleichterte **Beweislastverteilung** vorsieht – der Arbeitnehmer/Bewerber muss nur *Indizien* beweisen, die eine Benachteiligung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vermuten lassen; der Arbeitgeber hingegen trägt die *volle Beweislast* dafür, dass tatsächlich keine unzulässige Diskriminierung stattgefunden hat – sollte das Bewerbungsgespräch auf Arbeitgeberseite mindestens zu zweit geführt werden. Auf diese Weise kann der Arbeitgeber im Streitfall auf einen Zeugen zurückgreifen. Im Hinblick auf die für den Arbeitgeber

ungünstige Beweislastverteilung ist diesem außerdem Folgendes zu raten: Für die ausgeschriebene Stelle sollte (schriftlich!) ein so genanntes Anforderungsprofil erstellt werden. In dieses sind alle Faktoren aufzunehmen, die der zukünftige Stelleninhaber erfüllen soll; als für die Auswahl wichtig sollten auch so genannte „weiche“ Faktoren (wie z. B. Teamfähigkeit) genannt sein, da solche (anders z.B. als Noten) nicht objektivierbar sind. Das Anforderungsprofil wird dann auf alle Bewerber angewendet, sodass im Ergebnis **schriftlich dokumentiert** ist, dass der ausgewählte Bewerber dem Anforderungsprofil für die ausgeschriebene Stelle in stärkerem Maße als der abgelehnte Bewerber entspricht. Hierdurch steht dem Arbeitgeber im Streitfall wichtiges Beweismaterial zur Verfügung.

Die **schriftliche Dokumentation** und die **Bewerbungsunterlagen** sollte der Arbeitgeber für die **Dauer von ca. drei Monaten aufbewahren**. Denn das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz sieht vor, dass ein Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruch grundsätzlich innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden muss, wobei die genannte Frist im Falle der Ablehnung einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung beginnt. Da der Arbeitgeber nicht genau weiß, wann der Zugang erfolgt, sollte hinsichtlich der Aufbewahrungszeit der genannte „Puffer“ von einem weiteren Monat eingebaut werden.

### 3. Die richtige Absage

Vor dem dargestellten Hintergrund drohender Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche nach dem AGG sollte der Arbeitgeber auch auf die Absage ein besonderes Augenmerk richten. Diese sollte – um keine Angriffsfläche zu bieten – **neutral und ohne Nennung von Ablehnungs-**

**gründen** formuliert werden (z.B. „Wir haben uns leider für einen anderen Bewerber/eine andere Bewerberin entschieden.“). Auch auf telefonische Nachfrage des Bewerbers sollten keine Auskünfte bezüglich der Ablehnungsgründe erteilt werden.

### 4. Fazit:

Stellenausschreibung, Vorstellungsgespräch und Stellenanzeige bergen für den Arbeitgeber speziell im Hinblick auf das seit dem 18.08.2006 in Kraft getretene Antidiskriminierungsgesetz die Gefahr von Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüchen. Daher sollte der Arbeitgeber insbesondere folgende Praxistipps beachten:

1. **Stellenanzeige:** Geschlechts- und altersneutral ausschreiben.
2. **Bewerbungsgespräch:**
  - a) Keine unzulässigen/grenzwertigen Fragen stellen (vgl. die Ausführungen unter Ziffer 2.b) dieses Artikels).
  - b) Anforderungsprofil inkl. „weiche“ Faktoren für die ausgeschriebene Tätigkeit erstellen und auf Bewerber anwenden/alles schriftlich dokumentieren.
  - c) Bewerbungsgespräch mindestens zu zweit führen (Zeugen!).
  - d) Dokumentation und Bewerbungsunterlagen circa drei Monate aufbewahren.
3. **Absage:** Neutral absagen/keine Gründe für die Absage nennen.

## II. Die Gestaltung des Arbeitsvertrages

Hat sich der Arzt für eine Bewerberin/einen Bewerber entschieden, steht der Abschluss des Arbeitsvertrages an. Da dieser die rechtliche Grundlage der Zusammenarbeit darstellt und hierin die Rechte und

Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich festgelegt werden, sollte auf die Ausgestaltung des Arbeitsvertrages ein besonderes Augenmerk gerichtet werden. Denn im Streitfall kann eine Nachlässigkeit beim Vertragsschluss für den Arbeitgeber sehr nachteilig und teuer werden. Im Folgenden sollen einige ausgewählte, in der Praxis immer wieder auftretende Problempunkte erörtert werden.

1. Grundsätzlich besteht bei Ausgestaltung von Arbeitsverträgen, wie bei den anderen Verträgen des Privatrechts, Vertragsfreiheit, d.h. die Parteien (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) können den Inhalt des Arbeitsverhältnisses nach Belieben aushandeln. Von dieser Möglichkeit der individuellen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses sollte der Arbeitgeber, soweit es um für ihn wichtige, elementare Punkte geht und soweit tatsächlich und rechtlich möglich (zu den Grenzen der Gestaltungsfreiheit Näheres im Folgenden), auch Gebrauch machen. Denn ansonsten, d.h., soweit bzgl. einer das Arbeitsverhältnis betreffenden Frage keine Regelung im Arbeitsvertrag getroffen ist, gilt das allgemeine Gesetzesrecht, welches (da das Arbeitsrecht vom Grundsatz her **Arbeitnehmerschutzrecht** ist) für den Arbeitgeber meist ungünstig ist.

2. Im Hinblick auf die genannte Intention des Gesetzgebers, den Arbeitnehmer zu schützen, enthält das Arbeitsrecht **viele Abweichungen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit**. Diese Grenzen der Vertragsgestaltung sollte der Arbeitgeber unbedingt kennen und beachten, da Klauseln, die über das vom Gesetzgeber bzw. von der Rechtsprechung Erlaubte hinausgehen, grundsätzlich zur Unwirksamkeit der betreffenden Regelung führen; in diesem Fall gilt dann wiederum das allgemeine Gesetzesrecht, welches für den Arbeitgeber, wie vorstehend ausgeführt, eher nachteilig ist.



3. Eine dieser bei der Vertragsgestaltung zu beachtenden Einschränkungen ist die sogenannte **AGB-Kontrolle**. Dahinter verbirgt sich Folgendes:

AGB ist die Abkürzung für „Allgemeine Geschäftsbedingungen“. Für diese sieht der Gesetzgeber (§ 305 ff. BGB) eine **besonders strenge gerichtliche Inhaltskontrolle** vor. Voraussetzung für die Einstufung einer arbeitsvertraglichen Klausel als AGB ist, dass diese „vorformuliert“ ist, was grundsätzlich dann der Fall ist, wenn dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber eine „fertige“ Klausel zur Unterschrift vorgelegt wird, die mit dem Arbeitnehmer nicht im Einzelnen ausgehandelt worden ist. Auch wenn AGB nach der Gesetzesdefinition (§ 305 Abs. 1 BGB) nur vorliegen, wenn die Vertragsbedingungen für eine *Vielzahl* von Verträgen vorformuliert sind (so z.B. bei der Verwendung von Musterverträgen), unterliegen arbeitsvertragliche Klauseln, auf deren Inhalt der Arbeitnehmer wegen der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen konnte (und damit die ganz überwiegende Zahl der arbeitsvertraglichen Bestimmungen!), nach § 310 Abs. 3 BGB *schon* bei nur *einmaliger* Verwendung der strengen, für die AGB geltenden Inhaltskontrolle.

Hiernach sind insbesondere solche Klauseln unwirksam, die den Arbeitgeber „**entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen**“. Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere dann vor, wenn eine Bestimmung im Arbeitsvertrag für den Arbeitgeber „*nicht klar und verständlich ist*“ – Verstoß gegen das sogenannte **Transparenzgebot** (vgl. § 307 Abs. 1 BGB).

4. Konkretisiert werden die Gesetzesbestimmungen zur AGB-Kontrolle durch die Rechtsprechung. So hat das Bundesarbeitsgericht in jüngster Zeit z.B. sogenannte Freiwilligkeitsklauseln und Widerrufsvorbehalte in Arbeitsverträgen – hierunter versteht man Klauseln, durch die sich

der Arbeitgeber im Ergebnis nicht an eine zugesagte Leistung binden will – auf ihre Wirksamkeit überprüft.

In einem der entschiedenen Fälle (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 25.4.2007, Az: 5 AZR 627/06) war in dem streitgegenständlichen Arbeitsvertrag eine monatliche Leistungszulage unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt. Die betreffende Klausel lautete sinngemäß wie folgt:

*„Frau X erhält zusätzlich zu ihrem monatlichen Bruttoentgelt eine monatliche Leistungszulage in Höhe von 200,00 EUR. Deren Zahlung erfolgt als freiwillige Leistung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht.“*

Das Bundesarbeitsgericht sah hierin eine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmerin, da laufendes Arbeitsentgelt von dem Freiwilligkeitsvorbehalt betroffen war. Die betreffende Klausel war damit unwirksam und der Arbeitgeber wurde zur Zahlung der genannten Leistungszulage verpflichtet. Grundsätzlich unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden können hingegen nicht das laufende Arbeitsentgelt betreffende einmalige Leistungen, wie z.B. Weihnachts- oder Urlaubsgeld.

Weiter hat das Bundesarbeitsgericht eine arbeitsvertragliche Klausel als unwirksam angesehen (vgl. Urteil vom 19.12.2006, Az: 9 AZR 294/06), nach der eine vereinbarte Leistung vom Arbeitgeber jederzeit und grundlos widerrufen werden kann (Beispiel für eine solche jederzeitige grundlose Widerrufsklausel):

*„Der Arbeitgeber überlässt dem Arbeitnehmer einen Dienstwagen zur Nutzung. Das Recht zur privaten Nutzung kann der Arbeitgeber jederzeit widerrufen.“*

Widerrufsklauseln sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts daher nur wirksam, wenn sie an einen im Vertrag angegebenen Sachgrund geknüpft sind, der Arbeitnehmer also voraussehen kann, unter welchen Voraussetzungen ihm ei-

ne zugesagte Leistung wieder entzogen werden darf.

**Im Ergebnis gilt daher: Vorsicht bei der Aufnahme von Freiwilligkeitsklauseln und Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen!**

5. Probleme in der Praxis bereitet auch immer wieder die Frage der **Befristung von Arbeitsverträgen**. Diese ist für den Arbeitgeber insbesondere dann relevant und wichtig, wenn für den betreffenden einzustellenden Arbeitnehmer das **Kündigungsschutzgesetz** (KSchG) gilt. Denn wenn Letzteres der Fall ist, bereitet eine Kündigung vielfach große Schwierigkeiten und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gelingt, wenn überhaupt, oftmals nur gegen Zahlung einer erheblichen Abfindungssumme. Liegt hingegen ein wirksam befristeter Arbeitsvertrag vor, endet das Arbeitsverhältnis automatisch mit Zeitablauf bzw. Erreichen des Befristungsgrundes; es bedarf keiner Kündigung und das Kündigungsschutzgesetz greift nicht ein.

Das Kündigungsschutzgesetz gilt grundsätzlich dann, wenn das betreffende Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung länger als sechs Monate bestanden hat und in der Arztpraxis in der Regel **mehr als zehn Arbeitnehmer** beschäftigt sind. Die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer berechnet sich wie folgt: Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von bis zu 20 Stunden ist der Arbeitnehmer mit 0,5, bei einer wöchentlichen Arbeitszeit bis zu 30 Stunden mit 0,75 und bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 30 Stunden voll zu berücksichtigen. Auszubildende zählen nicht mit. Für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor dem 31.12.2003 begonnen hat, gilt eine komplizierte Regelung, die an der früher maßgeblichen Betriebsgröße von mehr als fünf Arbeitnehmern anknüpft.

6. Zum Schutz des Arbeitnehmers vor Umgehungen des Kündigungsschutzgesetzes lässt der Gesetzgeber

Befristungen in Arbeitsverträgen nur sehr begrenzt zu.

Im Wesentlichen ist die Frage der Befristung im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelt. Hier nach ist eine Befristung grundsätzlich nur zulässig und wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein solcher sachlicher Grund liegt beispielsweise bei der zeitweisen Vertretung eines ausfallenden Arbeitnehmers, bei vorübergehender Mehrarbeit oder ähnlichen Sachverhalten vor (vgl. die nicht abschließende Aufzählung in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG). Ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes ist eine Befristung nur in Ausnahmefällen möglich, namentlich bei erstmaliger Beschäftigung eines Arbeitnehmers bis zur Dauer von zwei Jahren (§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG), bei Praxisneugründung bis zur Dauer von vier Jahren (§ 14 Abs. 2a TzBfG) und außerdem bei älteren Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben und die unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos waren, für die Dauer von fünf Jahren (§ 14 Abs. 3 TzBfG).

Auch außerhalb des Teilzeit- und Befristungsgesetzes finden sich vereinzelt Vorschriften, die eine Befristung des Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses ermöglichen oder sogar zwingend vorschreiben – so z.B. bei Ärzten in der Weiterbildung oder Auszubildenden.

Unbedingt zu beachten ist, dass die Befristung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedarf. Ist die Befristung unwirksam, gilt das Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit geschlossen; es muss „normal“ gekündigt oder durch Aufhebungsvertrag (in der Regel Abfindung!) beendet werden.

7. Praxistipps: Da, wie ausgeführt, bei einer Neueinstellung eine sachgrundlose Befristung für die Dauer von zwei Jahren unproblematisch

möglich ist, sollte, jedenfalls soweit das Kündigungsschutzgesetz greift (vgl. die vorstehenden Ausführungen unter Ziffern 5.) von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden.

Außerdem ist die Vereinbarung einer Probezeit (maximal sechs Monate) ratsam, innerhalb derer eine Kündigung mit einer Frist von zwei Wochen sachgrundlos möglich ist.

In einem befristeten Arbeitsvertrag sollte in jedem Fall zusätzlich die Möglichkeit einer ordentlichen (= fristgerechten) Kündigung vereinbart werden. Ansonsten besteht das Arbeitsverhältnis zwingend bis zum Befristungsende, es sei denn, es kann wegen des Vorliegens eines wichtigen Grundes fristlos gekündigt werden (nur äußerst selten möglich; sehr hohe Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung!).

#### Fazit:

**Die richtige Ausgestaltung des Arbeitsvertrages ist elementar wichtig und sollte vom einstellenden Arzt nicht „auf die leichte Schulter“ genommen werden. Nachlässigkeiten dort können im Streitfall zu unnötig langwierigen, teuren und für den Arbeitgeber vermeidbar negativ endenden Auseinandersetzungen führen. Eine gute juristische Beratung im Vorfeld des Vertragsschlusses hilft dies zu vermeiden und ist daher dringend zu empfehlen.**

### III. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Haben die Arbeitsvertragsparteien keinen befristeten Arbeitsvertrag geschlossen – ein solcher endet automatisch durch Zeitablauf bzw. mit Erreichen des Befristungszwecks (vgl. zur Frage der Befristung Teil II des Aufsatzes, Ziffern 5. ff.), kann das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nur durch **Kündigung oder Aufhebungsvertrag** gelöst werden. Zu dieser Thematik sollen im Folgenden einige

ausgewählte, praxisrelevante Aspekte erörtert werden:

#### 1. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Die Kündigung ist eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer (oder umgekehrt), die nicht die Zustimmung des Vertragspartners erfordert.

a) Formal bedarf eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses der **Schriftform** (Voraussetzung: Kündigungstext mit eigenhändiger Unterschrift). Mündliche Spontankündigungen sind daher unwirksam. Auch eine Kündigung per Telefax oder E-Mail (oder gar SMS) erfüllt das Schriftformerfordernis nicht.

b) Als so genannte empfangsbedürftige Willenserklärung wird die Kündigung erst wirksam, wenn sie dem Vertragspartner **zugegangen** ist. Der Zugangszeitpunkt ist insbesondere entscheidend für die Berechnung der Kündigungsfrist. Die einem *Anwesenden* ausgehändigte schriftliche Kündigung geht ihm bereits mit der Übergabe des Schriftstücks zu. Unter *Abwesenden* ist eine Kündigung zugegangen, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen vom Inhalt der Erklärung Kenntnis nehmen kann (z.B. bei Einwurf der Kündigung in den Hausbriefkasten, wenn und sobald mit dessen Leerung zu rechnen ist). Zu den Einzelheiten der Zugangsproblematik existiert eine umfangreiche Judikatur, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden soll.

Für den Arbeitgeber, der den Zugang der Kündigung im Streitfall beweisen muss, bieten sich folgende Übermittlungsmöglichkeiten an:

aa) Wenn der zu kündigende Arbeitnehmer „greifbar“ ist (= einfachster und sicherster Weg): Persönliche Übergabe des Kündigungsges



schreibens an den Arbeitnehmer, der den Erhalt der Kündigung auf dem beim Arbeitgeber verbleibenden Zweitexemplar der Kündigung (unter Angabe des Datums!) quittiert; für den Fall, dass der Arbeitnehmer die genannte Quittierung verweigert, sollte ein Zeuge zur Verfügung stehen, der ebenfalls auf dem Zweitexemplar der Kündigung, schriftlich bestätigt, dass die Kündigung dem betreffenden Arbeitnehmer übergeben wurde (Ort der Übergabe und Datum angeben!) und dass dieser die Quittierung des Erhalts der Kündigung verweigert hat.

**bb) Wenn der zu kündigende Arbeitnehmer nicht „greifbar“ ist:** Einschalten einer zuverlässigen Hilfsperson (Bote), die beim Einlegen des Kündigungsschreibens in den Briefumschlag zugegen ist, diesen in den Hausbriefkasten des zu kündigenden Arbeitnehmers wirft und anschließend einen entsprechenden schriftlichen Aktenvermerk fertigt. Alternativ (wenn ausreichend Zeit zur Verfügung steht), kann die Kündigung auch auf dem Postweg per Einschreiben mit Rückschein übersandt werden, wobei auch in diesem Fall ein Zeuge beim Kuvertieren der Kündigung anwesend sein sollte (zum Beweis, dass sich im übersandten Umschlag auch tatsächlich das Kündigungsschreiben befand).

**c) Man unterscheidet zwei Arten der Kündigung, die so genannte ordentliche und die außerordentliche Kündigung.** Mit der ordentlichen Kündigung wird das Beschäftigungsverhältnis fristgerecht (d.h. unter Einhaltung der Kündigungsfrist), mit der außerordentlichen Kündigung fristlos (d.h. ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, in der Regel mit sofortiger Wirkung) beendet. Eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist nur unter sehr hohen Voraussetzungen (die der Arbeitgeber im Streitfall beweisen muss!) möglich: Zum Einen muss ein so genannter „wichtiger Grund“ für

die Kündigung vorliegen (Beispiel: der Arbeitnehmer hat eine Straftat begangen), zum Anderen muss es dem Arbeitgeber unzumutbar sein, das Ende der „normalen“ Kündigungsfrist abzuwarten. In der Regel kommt daher nur eine ordentliche Kündigung in Betracht. Liegen ausnahmsweise Gründe für eine außerordentliche Kündigung vor, muss der Arbeitgeber unbedingt darauf achten, dass er diese innerhalb von zwei Wochen ab Kenntniserlangung von den für die außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen erklärt (Zugang der Kündigung entscheidend!). Andernfalls ist die außerordentliche Kündigung unwirksam.

**d) Auch die Durchsetzung einer „normalen“, ordentlichen Kündigung bereitet dem Arbeitgeber oftmals – namentlich dann, wenn der zu kündigende Arbeitnehmer unter das Kündigungsschutzgesetz fällt (vgl. hierzu Teil II des Aufsatzes, Ziffern 5. ff.) – erhebliche Schwierigkeiten. Denn wenn das Kündigungsschutzgesetz gilt, muss die Kündigung zu ihrer Wirksamkeit sozial gerechtfertigt sein.** Hierzu bedarf es als Grundvoraussetzung (im Sinne einer *conditio sine qua non*) des Vorliegens eines nach dem Kündigungsschutzgesetz anerkannten (und vom Arbeitgeber im Streitfall zu beweisenden!) Kündigungsgrundes. Die Kündigung muss **verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt** veranlasst sein.

**Verhaltensbedingt** ist eine Kündigung, wenn sie wegen eines *steuerbaren* Fehlverhaltens des Arbeitnehmers erfolgt (Beispiel: ständiges Zuspätkommen). Eine verhaltensbedingte Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich einer vorangehenden erfolglosen *Abmahnung* (ausnahmsweise keine Abmahnung erforderlich: bei ganz schwerwiegenden Pflichtverstößen, z.B. Begehung einer Straftat).

Eine **personenbedingte** Kündigung ist bei dauerhafter Unfähigkeit

des Arbeitnehmers, die geschuldete Tätigkeit zu erbringen, gegeben (Hauptfall: Kündigung wegen Krankheit; in der Praxis für den Arbeitgeber aber nur äußerst schwer durchsetzbar).

**Betriebsbedingt** ist eine Kündigung, wenn der Arbeitsplatz des zu kündigenden Arbeitnehmers aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung wegfällt (personelle Umstrukturierung des Betriebs). Hierbei hat der Arbeitgeber (wenn das Kündigungsschutzgesetz gilt) zwingend die so genannte Sozialauswahl zu beachten (= Beantwortung der Frage, welcher von mehreren hinsichtlich ihrer ausgeübten Tätigkeit vergleichbaren Arbeitnehmern entlassen wird); bei der Auswahlentscheidung, für deren Richtigkeit der Arbeitgeber die Beweislast trägt, sind insbesondere die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung der Arbeitnehmer zu berücksichtigen (der am Wenigsten schutzwürdige Arbeitnehmer ist zu kündigen).

Ist die Kündigung durch einen der vorstehend genannten Kündigungsgründe bedingt, muss regelmäßig *zusätzlich* im Wege einer **umfassenden Interessenabwägung** ermittelt werden, ob die Kündigung in dem betreffenden Einzelfall aus der Sicht eines verständigen Arbeitgebers auch angemessen und billigenwert ist (es gibt also keine absoluten Kündigungsgründe!). Für den Arbeitgeber stellt die Interessenabwägung einen großen Unsicherheitsfaktor dar. Vielfach lässt sich nicht prognostizieren, mit welchem Ergebnis das Arbeitsgericht über eine Kündigungsschutzklage des betroffenen Arbeitnehmers entscheiden wird.

Insgesamt sollte eine Kündigung gut vorbereitet sein. Insbesondere wegen der zu beachtenden Formalien und der ausdifferenzierten, sich ständig im Wandel befindlichen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

zu den sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen – die der Arbeitgeber im Prozess beweisen muss! –, ist dem kündigungswilligen Arbeitgeber zu empfehlen, sich frühzeitig, d.h. sobald der Entschluss zur Kündigung gefasst ist, der Hilfe eines im Arbeitsrecht versierten Anwalts zu bedienen.

## 2. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag

Erscheinen die Aussichten für die Durchsetzbarkeit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses eher schlecht, besteht für den Arbeitgeber Anlass, über den Abschluss eines Aufhebungsvertrages nachzudenken (insoweit gelten die Kündigungsschutzvorschriften nicht). Ein Aufhebungsvertrag kommt aber nur zustande, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig werden.

a) Da der Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag in der Regel (jedenfalls wenn keine „handfesten“ Kündigungsgründe gegen ihn vorliegen) nur gegen Zahlung einer Abfindung (= Geldbetrag als Entschädigung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses) abschließt, bezahlt der Arbeitgeber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses oftmals teuer (bei *wirksamer Arbeitgeberkündigung* existiert hingegen kein Anspruch auf Abfindung). Hinsichtlich des Inhalts der Vereinbarung und der Konditionen des Aufhebungsvertrages sind die Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich frei. Insbesondere ist die Höhe der Abfindung reine Verhandlungssache. Das Kündigungsschutzgesetz (§§ 9, 10 KSchG) regelt einen Anspruch auf Abfindung des Arbeitnehmers lediglich für einen besonderen *Spezialfall* (wenn das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozess auf Antrag einer Partei feststellt, dass die Kündigung zwar unwirksam, das Arbeitsverhältnis aber so zerrüttet ist, dass eine weitere Zusammenarbeit

nicht mehr in Frage kommt). Für *diesen* Fall sieht das Gesetz eine Abfindung in Höhe von maximal zwölf bis achtzehn Monatsverdiensten (je nach Alter des Arbeitnehmers und Länge des Arbeitsverhältnisses) vor; die Gerichte gehen insoweit von folgender grober Faustformel aus: Pro Jahr der Beschäftigung ein halbes bis ein Monatsgehalt.

Im Normalfall aber ist die Frage der Höhe der Abfindung, wie ausgeführt, reine Verhandlungssache. Entscheidend sind insbesondere folgende Faktoren:

- Chancen und Risiken in einem etwaigen Kündigungsschutzprozess
- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter des Arbeitnehmers
- Leidensfähigkeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer (auch finanzieller Art bei Durchführung eines Kündigungsschutzprozesses) / Verhandlungsstärke
- Intensität des Interesses an einer schnellen, „geräuschlosen“ Lösung.

b) Formal bedarf ein Aufhebungsvertrag (ebenso wie die Kündigung) zu seiner Wirksamkeit der **Schriftform**, d.h., grundsätzlich muss der Aufhebungsvertrag von beiden Parteien auf *einer* Urkunde unterzeichnet sein; bei mehreren gleichlautenden Urkunden (wenn jede Partei ein Exemplar erhält) genügt es, wenn jede Partei die für die andere bestimmte Urkunde unterzeichnet. Nicht ausreichend ist hingegen der Austausch einseitiger Erklärungen (Beispiel: Der Arbeitgeber teilt dem Arbeitnehmer per Brief mit, dass er den Abschluss eines Aufhebungsvertrages zum Datum X gegen eine Abfindung in Höhe von Y anbietet. Der Arbeitnehmer teilt in einem Antwortschreiben mit: „Ich bin mit Ihrem Angebot vom ..... einverstanden.“ = Kein wirksamer Aufhebungsvertrag!). Besteht der Aufhebungsvertrag aus mehreren Blättern

Papier, ist außerdem darauf zu achten, dass diese fortlaufende Seitenzahlen enthalten und zwischen den einzelnen Seiten eine körperliche Verbindung (z.B. durch Klammerung) besteht; denn wenn sich die Einheit der Urkunde nicht zweifelsfrei feststellen lässt, droht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wiederum die Formunwirksamkeit des Aufhebungsvertrages.

Um solche und andere Stolperfallen zu vermeiden, empfiehlt sich – auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag – die rechtzeitige Einholung kompetenter anwaltlicher Hilfe.