

## Der Kinder- und Jugendarzt als Arbeitgeber ● ● ●

# Teil 1: Begründung des Arbeitsverhältnisses



Christian Krapohl

Das **Arbeitsrecht** spielt in der kinder- und jugendärztlichen Praxis eine wichtige Rolle, da der Kinder- und Jugendarzt bei der Ausübung seines Berufes - in vielen Fällen – auf „sein Personal“ (nichtärztlich und ärztlich) angewiesen ist. Gutes Personal stärkt den Ruf der Praxis, während schlechtes Personal eine Praxis ruinieren kann. Das Arbeitsrecht ist in der Praxis primär **Arbeitnehmerschutzrecht**, welches – historisch entwickelt – ein (vermeintliches?) Ungleichgewicht zwischen dem „wirtschaftlich stärkeren Arbeitgeber“ und dem „unterlegenen Arbeitnehmer“ ausgleichen soll. Arbeitsrecht fängt nicht erst mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages und dem Beginn des Arbeitsverhältnisses an, sondern schon viel früher, nämlich bei der Suche nach Personal. Teil 1 der **Serie „der Kinder und Jugendarzt als Arbeitgeber“** befasst sich mit der Frage, was aus arbeitsrechtlicher Sicht bei der Einstellung von Personal zu beachten ist. Bei der Suche nach dem passenden Personal und im Bewerbungsgespräch warten unliebsame Stolperfallen auf den Arbeitgeber, die bei Kenntnis der Rechtslage umgangen werden können.

### Die Personalsuche – Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

Sofern keine Initiativbewerbung durch den Bewerber erfolgt oder der Arbeitgeber durch Vermittlung (zum Beispiel durch bestehendes Personal, Bekannte, etc.) auf potentielle Arbeitnehmer hingewiesen wird, macht man regelmäßig auf eine vorhandene Beschäftigungsmöglichkeit durch eine **Stellenausschreibung** (regionale Zeitung, Internet) aufmerksam. Je nach Bedürfnis enthält die Ausschreibung mehr oder weniger differenzierte Angaben zu der Praxis, eine Beschreibung der freien Stelle einschließlich des vorausgesetzten Anforderungsprofils. In rechtlicher Hinsicht stellt die Stellenanzeige noch kein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages dar, sondern lediglich eine Einladung zu Vertragsverhandlungen (sog. „*invitatio ad offerendum*“). Der Arbeitgeber möchte erst einmal die Bewerbungen sichten, um auf dieser Grundlage zu entscheiden, welche Bewerber zu einem persönlichen Gespräch eingeladen werden. Ziel der Personalsuche ist es, aus dem Bewerberkreis diejenigen auszuwählen und einzustellen, der den Vorstellungen des Arbeitgebers am ehesten entspricht. Es unterliegt dabei grundsätzlich der freien unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers, das Anforderungsprofil für die Tätigkeit des Arbeitnehmers festzulegen. Trotzdem ist hier **Vorsicht** geboten: Das (tatsächliche) Anforderungsprofil sollte gegenüber dem Bewerber nicht offen kommuniziert werden. Beispielsweise Stellenanzeigen mit dem Inhalt

*„Suche für meine Kinder- und Jugendarztpraxis engagierte, junge hübsche MFA mit guten Deutschkenntnissen“*

machen angreifbar. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber Bewerbern mit einer solchen Begründung absagt. Bei der Kommunikation mit dem Bewerber kann man gut auf den Standpunkt stellen, dass „früher alles einfacher“ war.

Grund hierfür ist, dass das Handeln des Arbeitgebers seit dem Inkrafttreten des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)** im Jahre 2006 einer besonderen gesetzlichen Prüfung unterliegt. Verhindert werden soll durch das AGG, dass ein Beschäftigter (alle Arbeitnehmer und Auszubildenden) bei der Berufsausübung (schließt den Zugang zum Job und das Fortkommen mit ein) unzulässig benachteiligt wird, was die Chancengleichheit aller sichern soll.

#### Verboten sind nach dem AGG Benachteiligungen

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

Kann der Bewerber einen Verstoß gegen eines der vorgenannten Rechtsgüter darlegen und beweisen, so steht ihm nach dem AGG ein Schadensersatzanspruch in Höhe von drei Monatsgehältern gegenüber dem poten-

tiellen Arbeitgeber zu. Finden sich - wie im obigen Beispiel - in der Stellenausschreibung mit der Geschlechtsbeschränkung („hübsche MFA“), dem Alter („jung“) und den Sprachkenntnissen (ggf. Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder Herkunft) Indizien für eine solche Benachteiligung, so muss der Arbeitgeber beweisen, dass er den Bewerber aus anderen Gründen nicht genommen hat, was ihm in der Praxis nicht oder nur schwer gelingen wird.

Für die Stellenausschreibung bedeutet die Beachtung der Vorgaben des AGG, dass eine geschlechtsneutrale, altersunabhängige, auf spezielle Qualitätsanforderungen gestützte Tätigkeit ausgeschrieben werden sollte.

Die **Stellenausschreibung** für eine medizinische Fachangestellte könnte daher wie folgt formuliert werden:

*„Wir suchen zum nächstmöglichen Zeitpunkt eine/n MFA (m/w) mit Berufserfahrung.“*

Über die Einschränkung „mit Berufserfahrung“ kann eine nicht angreifbare Vorauswahl unliebsamer Bewerber erfolgen.

## Bewerbungsgespräch

Die vorstehenden Ausführungen gelten auch entsprechend für einen **Bewerbungsgespräch**. Gibt der Arbeitgeber aufgrund von nicht zulässiger Fragen einen Anhaltspunkt dafür, dass er einen Arbeitnehmer aus einem nach dem AGG geschützten Rechtsgut nicht einstellen wird, so kann der Bewerber einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Beispielsweise hat das Arbeitsgericht Berlin (Urt. v. 28.03.2012, Az. 55 Ca 2426/12) einer Muslima drei Monatsgehälter als Schadenersatz zugesprochen, weil diese im Bewerbungsgespräch auf die Frage der Bereitschaft zum Ablegen des Kopftuches dem potentiellen Arbeitgeber geantwortet hatte, hierzu nicht bereit zu sein.

Ansonsten gilt für das Bewerbungsgespräch, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, dem Arbeitnehmer Fragen zu stellen, an deren wahrheitsgemäßen Beantwortung er ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse hat. Ist ein solches Interesse nicht gegeben, so hat der Bewerber das Recht zur Lüge.

Ohne Weiteres **zulässig** ist die Frage nach beruflichen Qualifikationen des Bewerbers (z. B. nach Abschlüssen). Hier kann sich der Arbeitgeber auch Unterlagen zeigen lassen. Auch die Frage nach dem Gesundheitszustand kann zulässig sein, wenn hierdurch die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist. Das Bundesarbeitsgericht hat auch ein Fragerecht nach ansteckenden Krankheiten bejaht, wenn diese zu einer Gefährdung von Kollegen und Patienten führen können. Bewährt hat sich hier aus Beweisgründen ein Personalfragebogen, der als Anlage Grundlage des Arbeitsvertrages wird.

**Unzulässig** sind Fragen des potentiellen Arbeitgebers nach

einer Alkohol- und Drogenabhängigkeit,

einer Behinderung,

der Familienplanung,

des Familienstandes,

der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft

der Lohnpfändung,

der Nichtraucherereignis,

der Religionszugehörigkeit,

der Schwangerschaft,

einer Parteimitgliedschaft,

dem Verdienst beim bisherigen Arbeitgeber und

der Vermögensverhältnisse.

In diesen Fällen darf der Bewerber sanktionslos lügen. So hat das LAG Köln (Urt. v. 11. Oktober 2012 - 6 Sa 641/12) eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen des Verschweigens einer Schwangerschaft bei einer Schwangerschaftsvertretung mit dem Recht zur Lüge für unwirksam erklärt.

Lädt ein Arbeitgeber einen Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch ein, so hat er ihm ohne Rücksicht darauf, ob später ein Arbeitsverhältnis zustande kommt, die notwendigen **Auslagen für das Bewerbungsgespräch** (Reisekosten, ggf. Übernachtungskosten) zu erstatten. Die Kostenerstattung kann im Rahmen der Einladung zum Vorstellungsgespräch ausgeschlossen werden, was aber eher selten der Fall ist.

In der Praxis kommt es mitunter vor, dass Zweifel an den Bewerbungsunterlagen, zum Beispiel aufgrund widersprüchlicher Angaben oder aufgrund von Lücken im Lebenslauf, bestehen. Der neue ideenreiche Arbeitgeber erwägt vielfach, den vormaligen Arbeitgeber des Bewerbers (telefonisch) „auf dem kurzen Dienstweg“ zu kontaktieren, um die Einschätzung eines Kollegen über die Person des Bewerbers einzuholen.

Auch wenn das Bundesarbeitsgericht den Anruf beim alten Arbeitgeber früher für zulässig hielt, ist Vorsicht geboten. Das **Datenschutzrecht** erfordert die **vorherige Einwilligung** des Bewerbers zu der Kontaktaufnahme. Dies folgt zum einen aus dem informationellen Selbstbestimmungsrecht und zum anderen aus der nachwirkenden Treue- und Fürsorgepflicht des alten Arbeitgebers.

Die Frage nach der Erlaubnis zur **Kontaktaufnahme beim alten Arbeitgeber** kann jedoch eine gute Möglichkeit sein, um den Bewerber auf seine Reaktion zu testen. Bei einer Kontaktaufnahme nach Einwilligung muss jedoch auch immer damit gerechnet werden, dass der alte Arbeitgeber schlecht über den vormaligen Mitarbeiter spricht. Bei inhaltlich falschen Auskünften besteht für den Auskunft erteilenden alten Arbeitgeber

das Risiko, sich Schadenersatzansprüchen des Bewerbers auszusetzen, wenn dieser am Ende bei der Besetzung der Stelle nicht berücksichtigt wird. Man sollte daher gut überlegen, was man Kollegen am Telefon über seine früheren Mitarbeiter erzählt, um sich nicht ggf. angreifbar zu machen.

### Absage

Gelangt der Arbeitgeber zu der Einschätzung, dass ein Bewerber für die Tätigkeit nicht geeignet ist, so sollte auch die **Absage** keine Anhaltspunkte für eine Benachteiligung enthalten. Maßstab sind auch hier die vorgenannten Grundsätze. Eine neutrale Musterformulierung könnte wie folgt lauten:

*„Haben Sie vielen Dank für Ihre Bewerbung. Wir haben uns für einen anderen Bewerber entschieden. Wir reichen die Unterlagen zurück und wünschen Ihnen bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz weiterhin alles Gute.“*

### Gesundheitsuntersuchung

Nach § 32a I Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) darf der Arbeitgeber im Grundsatz die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses nur dann von einer ärztlichen Untersuchung abhängig machen, wenn und soweit die Erfüllung bestimmter gesundheitlicher Voraussetzungen wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme darstellt. **Außerdem darf der Kinder- und Jugendarzt nach § 23a Infektionsschutzgesetz nach dem Impf- und dem Serostatus des Bewerbers fragen und eine Einstellung ablehnen, wenn dadurch die Weiterverbreitung von Krankheitserregern, insbesondere solche mit Resistenzen, in der Praxis vermieden werden kann; maßgeblich für die Bewertung der Notwendigkeit des Impf- und Immunschutzes sind die jeweiligen Empfehlungen der Fachkommission beim Robert-Koch-Institut (www.rki.de).** Die Gesetzesbegründung zum Infektionsschutzgesetz zeigt die Relevanz für die Kinder- und Jugendarztpraxis:

„Der Arbeitgeber kann, wenn und soweit dies im Hinblick auf § 23 Absatz 3 erforderlich ist, vom Beschäftigten Auskunft oder Vorlage eines Nachweises über das Bestehen von Impfschutz oder das Bestehen einer natürlichen Immunität in Bezug auf die impfpräventablen Krankheiten verlangen. Inwieweit dies erforderlich ist, hängt insbesondere von Art und Umfang der Patientenkontakte des Beschäftigten ab. **Eine besondere Disposition der Patienten, beispielsweise eine besondere Empfänglichkeit durch Immunsuppression oder Unreife des Immunsystems wie bei Frühgeborenen, erfordert dabei ein erhöhtes Schutzniveau.** ... In Bezug auf Krankheiten, die leicht durch Tröpfchen übertragen werden, bei denen die klinische Symptomatik nicht immer eindeutig ist oder bei denen Infizierte bereits vor Auftreten der klassischen Symptome infektiös sind – wie Masern, Mumps, Röteln, Varizellen und Pertussis –, ist hingegen das Wissen des Arbeitgebers über das Bestehen eines ausreichenden Impf- und Immunschutzes erforderlich, um für den Einsatz des Personals Bedingungen zu schaffen, die Infektionsrisiken für vulnerable Patientinnen und Patienten zu vermeiden.“

Zwingend vorgeschrieben ist die Eingangsuntersuchung außerdem bei Auszubildenden (§ 32 ff. ArbSchG) und bei Röntgentätigkeiten (§ 37 RöV).

### Ausblick

Teil 2 wird sich in der nächsten Ausgabe der Frage widmen, was beim Abschluss des Arbeitsvertrages (Formvorgaben, Musterverträge, Anwendbarkeit von Tarifverträgen, Befristung, etc.) zu beachten ist.

*Christian Krapohl  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Dr. Möller und Partner  
E-Mail: zentrale@m-u-p.info*

*Red.: WH*