

Rechtsfragen für Angestellte

Einleitung

Johann Rautschka-Rücker

Angestellten- bzw. Beschäftigungsverhältnisse können vielfältige rechtliche Probleme und Zweifelsfragen aufwerfen, weil mit der Approbation die Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten einen freien Beruf ausüben, der sich auch eine eigene Berufsordnung gegeben hat. Abhängig Beschäftigte sind indessen in ein weiteres rechtliches Regulierungssystem eingebunden, das im Einzelfall in Widerspruch zu der Berufsordnung stehen kann. Das birgt Konfliktstoff.

Erst im Konfliktfall werden die rechtlichen Normen sichtbar, in deren Geltungsbereich sich alle Berufsangehörigen bewegen und die im beruflichen Alltag im Hintergrund

bleiben. Es verhält sich wie mit der allgemeinen Vorfahrtsregelung im Straßenverkehr: sie ist nicht sichtbar und nicht fassbar, sie kanalisiert das Verhalten und bei einem Unfall rückt sie in das Zentrum der Beurteilung.

Mit solchen Konfliktsituationen befasst sich die nachfolgende Zusammenstellung von Einzelbeiträgen, die unterschiedliche Aspekte der beruflichen Tätigkeit aufgreifen. Wegen der besseren Lesbarkeit wurden sie in zwei Abschnitte unterteilt. Der erste Abschnitt wird in diesem Heft abgedruckt, der zweite Abschnitt folgt in Heft 3/2007. Dies ist auch sinnvoll, weil die juristische Sprache für viele Psychologische Psychotherapeuten und Kinder-

und Jugendlichenpsychotherapeuten ungewohnt ist, bzw. der Leser/die Leserin durch die Fülle der Aspekte sich leicht erschlagen oder ermüdet fühlen könnte.

Der Anstoß für diese Veröffentlichung entstand durch den Fortbildungstag für Angestellte der hessischen Psychotherapeutenkammer. Dort hat Herr Rechtsanwalt Schafhausen zur Weisungsproblematik referiert; sein Referat gelangt hier als erster Beitrag umgearbeitet zum Abdruck. Es folgen zwei Beiträge von Ass. jur. Johann Rautschka-Rücker, Geschäftsführer der hessischen Psychotherapeutenkammer. Er steht Ihnen für Rückfragen zur Verfügung.

Die angestellte Psychotherapeutin/der angestellte Psychotherapeut – Spannungsverhältnis zwischen Freiheit der Berufsausübung und Weisungsrecht des Arbeitgebers

Martin Schafhausen

Zusammenfassung: Der Beruf des Psychotherapeuten ist kein Gewerbe und seiner Natur nach ein freier Beruf. Dieser Grundsatz, der in der Berufsordnung festgehalten ist, steht in einem Spannungsverhältnis zur weisungsabhängigen Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis. Diese ist gekennzeichnet durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Ob ein Psychotherapeut den fachlichen Weisungen seines nicht selbst approbierten Vorgesetzten folgen muss, ob er entgegen der Weisung der leitenden Psychotherapeutin einen Patienten anders behandeln kann, welche arbeitsrechtlichen Reaktionen zu befürchten sind, wenn solchen Weisungen nicht gefolgt wird, wird in diesem Beitrag aufgezeigt.¹

Das Arbeitsverhältnis ist gekennzeichnet durch die **Weisungsunterworfenheit** des

Arbeitnehmers. Das Arbeitsrecht definiert das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis

aufgrund dessen eine Person „auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages zur Arbeit im Dienst eines anderen verpflichtet ist“².

- 1 Dem Beitrag liegt ein Referat zu Grunde, das der Verfasser auf einer Fortbildungsveranstaltung der Landeskammer für Psychologische Psychotherapeutinnen und -therapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und -therapeuten Hessen – Psychotherapie in Institutionen, 2. Dezember 2006 – gehalten hat. Der Vortragsstil ist im wesentlichen beibehalten.
- 2 Vgl. dazu die allgemeinen Nachweise bei ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 45; BAG AP § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

Wesentliches Abgrenzungskriterium ist die vertragliche Verpflichtung, weisungsgebundene Arbeit für einen anderen zu erbringen.

Demgegenüber bestimmt die **Berufsordnung** der Landeskammer für Psychologische Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und -psychotherapeuten Hessen³:

„§ 2 Freiheit der Berufsausübung

Der Beruf des Psychotherapeuten ist ein freier Beruf. Er ist kein Gewerbe. Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten üben den Beruf in eigener Verantwortung, frei und selbstbestimmt aus, soweit Gesetz und Berufsordnung sie nicht im Besonderen verpflichten oder einschränken.“

Für angestellte Psychotherapeutinnen und angestellte Psychotherapeuten konkretisiert die Berufsordnung diese Freiheit der Berufsausübung weiter. Es finden sich Regelungen, die die psychotherapeutische Tätigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis betreffen.

„§ 25 Umgang mit Weisungen in einem Beschäftigungsverhältnis

(1) Weisungen für das inhaltliche Vorgehen bei einer stationären oder ambulanten psychotherapeutischen Behandlung dürfen Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten nur von Vorgesetzten annehmen, die selbst die Berechtigung zur eigenverantwortlichen Durchführung von Psychotherapien haben.

In einem Beschäftigungsverhältnis dürfen sie Weisungen von Vorgesetzten nicht befolgen, die mit dieser Berufsordnung nicht vereinbar sind oder deren Befolgung sie selbst nicht verantworten können, sofern sie ihre psychotherapeutische Tätigkeit betreffen.“

Eine Regelung, die für vorgesetzte Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten gilt findet sich in § 25 Abs. 2 BO:

„(2) Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten als Vorgesetzte dürfen nur

solche Weisungen erteilen, die mit dieser Berufsordnung vereinbar sind.“

Dass mit diesen gegensätzlichen Feststellungen nicht gemeint sein kann, dass es die Ausübung eines freien Berufes in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis nicht gibt, setzt nicht nur die Berufsordnung voraus, sondern war bereits Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung. Das Bundesarbeitsgericht führt in einem Urteil aus dem Jahre 1961 aus:

„Es gab und gibt darüber hinaus auch Arbeitsverhältnisse, bei denen dem Arbeitgeber eine Einflussnahme auf die sachliche Ausübung der Tätigkeit des Arbeitnehmers rechtlich versagt ist.“⁴

Von Interesse ist aber, in welchen Zusammenhang das Bundesarbeitsgericht diese Feststellung getroffen hat. Gegenstand des Klageverfahrens war eine verhaltensbedingte Kündigung, die einem Chefarzt gegenüber ausgesprochen worden war. Um diese Kündigung am Maßstab des § 1 Abs. 2 KSchG messen zu können, musste die Klägerin in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt gewesen sein (§ 1 Abs. 1 KSchG). Ohne darauf einzugehen, dass der Arzt in einem freien Beruf tätig war und die Berufsordnungen der Landesärztekammern ähnliche Regelungen zur Frage der Weisungsunterworfenheit enthalten, wird die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes bejaht. Gegenstand der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts war aber nicht, ob der Arzt eine Weisung seines Arbeitgebers zu beachten hatte.

Zu dieser Fragestellung findet sich in der Rechtsprechung nichts. Ob dies damit zu erklären ist, dass das Spannungsverhältnis zwischen Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers auf der einen und der ausdrücklichen Weisungsfreiheit bei Ausübung des freien Berufes der Psychotherapeutin oder des Psychotherapeuten auf der anderen Seite in der Rechtswirklichkeit unproblematisch „gelebt“ wird oder ob Konflikte außergerichtlich gelöst werden, lässt sich nicht sicher beurteilen. Dieses Spannungsverhältnis hat jedoch eine nähere juristische Betrachtung verdient.

Bevor – unter Berücksichtigung von Beispielfällen – der Frage nachgegangen werden soll, wie und auf welche Bereiche der Weisungsunterworfenheit sich das Gebot des § 25 Abs. 1 BO auswirkt, muss dargestellt werden, wie sich diese berufsordnungsrechtlichen Regelungen überhaupt auf das Arbeitsverhältnis auswirken.

1. Rechtliche Wirkung der Berufsordnung der Landeskammer für Psychologische Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und -psychotherapeuten Hessen – insbesondere auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers

Ohne Zweifel haben auch die Parteien eines Arbeitsverhältnisses die bestehende Rechtsordnung zu beachten. Dies gilt für die allgemeinen rechtlichen Regeln, Gesetze, Verordnungen usw., aber auch für Sonderregelungen des Arbeitsrechts, die regelmäßig als Arbeitnehmerschutzrechte verstanden werden, aber auch für kollektivrechtliche Regelungen, die etwa in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen festgehalten sind.

Auch im Hinblick auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist anerkannt, dass dieses einseitige Bestimmungsrecht nicht grenzenlos sein kann, sondern Weisungen nicht zu beachten sind, wenn sie gegen die guten Sitten und gesetzliche Regelungen, Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge verstoßen.⁵ § 106 GewO bestimmt insoweit:

³ Inhaltsgleiche Regelungen finden sich auch in der Musterberufsordnung der Bundespsychotherapeutenkammer. § 1 Abs. 3 MBO: Freie Berufsausübung, § 25 MBO: Ausübung des Berufs in einem Beschäftigungsverhältnis. Weitergehend die Verpflichtung der vorgesetzten Psychotherapeuten in § 25 Abs. 3 MBO, die bei der Gestaltung von Rahmenbedingungen darauf hinzuwirken habe, dass die Rahmenbedingungen dem weisungsgebundenen Berufskollegen die Einhaltung der Berufspflichten ermöglicht wird.

⁴ BAG, Urteil v. 27.07.1961 – 2 AZR 255/60 – BAGE 11, 225.

⁵ BAG, Urteil v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83 – BAGE 47, 363; ErfK/Preis § 611 Rn. 276.

„Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.“

1.1 Unmittelbare Wirkung der Berufsordnung

Das die Berufsordnung Teil der Rechtsordnung ist, ist nicht zu bestreiten. Fraglich bleibt aber, ob und wie sie auf das Arbeitsverhältnis, das Weisungsrecht des Arbeitgebers wirkt. Bereits § 1 Abs. 1 Satz 1 BO macht deutlich, dass eine unmittelbare Wirkung auf jedes Arbeitsverhältnis einer abhängig beschäftigten Psychotherapeutin oder eines abhängig beschäftigten Psychotherapeuten ausscheiden muss. Der Geltungsbereich der Berufsordnung wird beschränkt auf Mitglieder der Psychotherapeutenkammer. Die Berufsordnung schafft aber keine Rechtsregelung, die über den eigenen Rechtskreis hinaus geht.

Nur dann, wenn Psychotherapeutinnen oder Psychotherapeuten (die Kammermitglied sind) bei einer Psychotherapeutin oder einem Psychotherapeuten beschäftigt sind, die selbst Mitglieder der Kammer sind, kommt eine unmittelbare Wirkung dieser berufsrechtlichen Regelungen in Betracht. In anderen Fällen, in denen nur eine Partei des Arbeitsverhältnisses Mitglied der Kammer ist, sieht die Berufsordnung schon vor, dass eine (unmittelbare) Wirkung der Berufsordnung ausscheidet.

Es kommt hinzu, dass den Berufsordnungen kein Rechtsverordnungscharakter im Sinne des Art. 80 GG zugesprochen werden kann.⁶ Auch § 24 Satz 1 Hess. Heilberufegesetz kann nicht als Verordnungsermächtigung angesehen werden. Den Kammern wird vielmehr (allein) die Befugnis zugewiesen, sich und damit ihren Mitgliedern, eine Berufsordnung zu geben.

Damit verbunden ist aber die Schlussfolgerung, dass eine über die Mitglieder der Psychotherapeutenkammer hinausgehende generalisierende Wirkung (auf andere Rechtsverhältnisse) nicht besteht.⁷ Die Satzung ist Binnenrecht, entfaltet unmittelbare Rechtswirkung nur zwischen den Mitgliedern der satzungsgebenden Institution.

1.2 Mittelbare Wirkung der Berufsordnung auf den Inhalt des Arbeitsvertrages

Nur in seltenen Fällen wird der Arbeitsvertrag einer angestellten Psychotherapeutin oder eines angestellten Psychotherapeuten ausdrücklich festhalten, dass die Regelungen der Berufsordnung Gegenstand des Vertragsverhältnisses geworden sind, insbesondere, dass im Hinblick auf die fachlichen Weisungen Grenzen zu beachten sind.

Ebenso wenig sind tarifvertragliche Regelungen oder Bestimmungen in Betriebsvereinbarungen zu finden, die die Anwendbarkeit berufsordnungsrechtlicher Regelungen auf ein Arbeitsverhältnis vorsehen.

Anerkannt ist aber, dass bei fehlenden Regelungen und zur näheren Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Arbeitsvertrag auszulegen (§§ 133, 157 BGB) ist. Danach ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien zu ermitteln. Die Auslegung richtet sich nach Treu und Glauben und hat dabei Rücksicht auf die Verkehrssitte zu nehmen.

Erfolgt die Anstellung als Psychotherapeutin oder Psychotherapeut, wird man ohne weiteres annehmen können, dass auch die Berufsordnung den Willen der Vertragsparteien konkretisiert – § 133 BGB – diese Tätigkeit eben nur im Rahmen des für die Therapeutin oder den Therapeuten zulässigen Rahmens durchzuführen.⁸ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Beschäftigung bei einem Arbeitgeber erfolgt, der selbst Kammermitglied ist oder – in Institutionen – dessen leitende Mitarbeiter Mitglied der Landespsychotherapeutenkammer oder Landesärztekammer sind. In solchen Fällen ist davon auszugehen, dass die Beschäftigung nur unter Beachtung

der Berufsordnung erfolgt, sich der Wille der Arbeitsvertragsparteien auf die Beschäftigung im Rahmen der berufsordnungsrechtlichen Regelungen richtet.

Aber auch dann, wenn allein der Arbeitnehmer approbiert ist, gilt nichts anderes. Auch in solchen Fallgestaltungen kann angenommen werden, dass die Vertragsparteien nur eine Tätigkeit des Arbeitnehmers im Rahmen der von dem Mitarbeiter zu beachtenden berufsrechtlichen Regelungen wünschen.

Die von Lücke⁹ vorgebrachten Überlegungen zur Übertragung des – dem fachlich gleichgestellten Vorgesetzten – zustehenden Weisungsrechts, überzeugen zumindest in den Fällen nicht, in denen solche Vorgesetzte fehlen, die Tätigkeit einer Psychotherapeutin oder eines Psychotherapeuten bei einem Arbeitgeber erfolgt, der selbst keine Berechtigung zur eigenverantwortlichen Durchführung von Psychotherapien (§ 25 Abs. 1 Satz 1 BO) hat und keine weitere Person beschäftigt, die so berechtigt ist. Da die Übertragung des Weisungsrechts auf geeignete Fachvorgesetzte nicht in allen Arbeitsverhältnissen möglich ist, kann dieser Ansatz eine allgemeingültige Lösung der rechtlichen Problematik nicht bieten.

Für die „Auslegungslösung“ spricht auch, dass so berufsordnungsrechtliche Regelungen auf Arbeitsverhältnisse wirken, die länger bestehen und in denen die Psychologin oder der Psychologe erst im Laufe der Zeit mit Zustimmung des Arbeitgebers die Approbation erwirbt.

1.3 Zwischenergebnis

Die Berufsordnung wirkt grundsätzlich nicht unmittelbar auf den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses einer Psychotherapeutin oder eines Psychotherapeuten. Dies gilt nur dann, wenn dies ausdrücklich in dem Arbeitsvertrag geregelt ist.

6 Lücke, O. (1995), Die Hierarchie des Ärztlichen Dienstes im Spannungsverhältnis zwischen Direktionsrecht und freiem Beruf. Fankfurt/M.: Lang, S. 25

7 Lücke O. (1995), a.a.O., S. 26.

8 Lücke O. (1995), a.a.O., S. 27. Für den ärztlichen Bereich auch Wendeling-Schröder, BB 1988, 1742, 1747.

9 A.a.O., S. 33 ff.

Im Übrigen wirken die Regelungen der Berufsordnung aber mittelbar durch Auslegung auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses, da die Beschäftigung einer Psychotherapeutin oder eines Psychotherapeuten nur unter Wahrung dieser Berufsregeln möglich sein soll.

2. **Begrenzung des Weisungsrecht des Arbeitgebers durch § 25 Abs. 1 BO**

§ 25 Abs. 1 BO verpflichtet die Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten nur solche Weisungen für das **inhaltliche Vorgehen** bei einer stationären oder ambulanten psychotherapeutischen Behandlung zu befolgen, die von Vorgesetzten stammen, die selbst die Berechtigung zur eigenverantwortlichen Durchführung von Psychotherapien haben. Ein Kernbereich der psychotherapeutischen Tätigkeit soll nach § 25 Abs. 1 Satz 2 BO selbst dann weisungsfrei bleiben, wenn die Weisung von einem Fachvorgesetzten erteilt wird.

Da das Arbeitsrecht – in Statusfragen – zwischen verschiedenen Modalitäten des Weisungsrechts unterscheidet¹⁰, sollen diese Differenzierungen dargestellt werden. Dabei ist zu bedenken, dass der Inhalt des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich durch den Arbeitsvertrag und erst dann durch das einseitige Weisungsrecht des Arbeitgebers bestimmt wird, wenn keine Regelungen getroffen wurden oder im Einzelfall Abweichendes bestimmt werden muss.

2.1 **Arten des Weisungsrechts im Arbeitsrecht**

Als wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nimmt die Rechtsprechung und die allgemeine Auffassung in der Literatur die **örtliche Weisungsgebundenheit** an. Ist der Leistende verpflichtet, seine Dienste an einem Ort anzubieten, den er nicht selbst bestimmen kann, liegt regelmäßig ein Arbeitsverhältnis vor.¹¹

Bestimmt der Arbeitgeber Dauer und zeitliche Lage der Arbeit, so liegt eine **zeitliche Weisungsgebundenheit** vor.

Bei „Diensten höherer Art“ – zu denen auch die Tätigkeit einer Psychotherapeutin

und eines Psychotherapeuten gehört – verliert die so genannte **fachliche Weisungsgebundenheit** in Statusfeststellungsverfahren an Bedeutung. Zwar kann der Arbeitgeber auch fachliche Weisungen erteilen, tut es aber nicht, da viele hochqualifizierte Mitarbeiter fachlich weitgehend selbständig arbeiten.

2.2 **Weisungen eines Nicht-Berechtigten**

Von den Vorgaben der arbeitsrechtlichen Nomenklatur trennt sich die Berufsordnung. Nicht untersagt ist die Beachtung fachlicher, zeitlicher oder örtlicher Weisungen eines „nicht-berechtigten“ Vorgesetzten. Verboten ist vielmehr allein die Beachtung von „Weisungen für das inhaltliche Vorgehen bei einer stationären oder ambulanten psychotherapeutischen Behandlung“, soweit diese von einem Nicht-Berechtigten stammen.

Ansatzpunkt für diese berufsordnungsrechtliche Regelung ist die psychotherapeutische Behandlung, der Patient. Nicht jede Weisung des Nicht-Berechtigten darf nicht beachtet werden, sondern nur die, die auf die inhaltliche Ausgestaltung der Behandlung abzielt.

Fall 1: Der Leiter des Kreisjugendamtes (Jurist) weist die dort beschäftigte Kinder- und Jugendpsychotherapeutin an, am kommenden Morgen bereits um 8 Uhr 30 ihren Dienst anzutreten. Eine gemeinsame Besprechung wurde vorverlegt.

Zwar liegt die Weisung einer Person vor, die nicht selbst die Berechtigung zur eigenverantwortlichen Durchführung von Psychotherapien besitzt, die Weisung des Vorgesetzten ist nichtsdestotrotz zu beachten. Sie steht in keinem Zusammenhang mit der inhaltlichen Ausgestaltung der Behandlung.

Anders dagegen im folgenden Fall:

Fall 2: Der kaufmännische Direktor einer psychotherapeutischen Reha-Klinik fordert den dort beschäftigten Psychotherapeuten auf, die Behandlung einer Patientin abzubereiten. Es sei genug geredet, er möge nun endlich seine Berichte schrei-

ben. Dies wäre seit Wochen überfällig; zu regelmäßige Vorlage von Berichten sei er nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet.

Die Aufforderung seiner Berichtspflicht nachzukommen, konkretisiert (bezogen auf den Einzelfall) eine arbeitsvertragliche Pflicht. Eine solche Weisung ist grundsätzlich im Arbeitsverhältnis zulässig. In der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung **aber** geht mit dieser Weisung einher, der **Eingriff in die inhaltliche Ausgestaltung der Behandlung**. Es ist allein Sache des zur Psychotherapie berechtigten Mitarbeiters, die Behandlung des anvertrauten Patienten zu bestimmen, so darf diese Weisung des „nicht-berechtigten“ Klinikleiters von dem Psychotherapeuten nicht beachtet werden.

Die Nichtübernahme der arbeitsrechtlichen Modalitäten des Weisungsrechts in der Berufsordnung erfolgt zu Recht. Bereits diese beiden Beispiele haben deutlich gemacht, dass nicht allein durch fachliche Weisungen in die Befugnisse der angestellten Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten eingegriffen werden kann.

Dient „die Berufsordnung dem Ziel, im Interesse der Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung

- die Qualität der psychotherapeutischen Berufsarbeit sicherzustellen und zu fördern,
- das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Patientinnen und Patienten und Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten als Grundlage von Psychotherapie zu bewahren,
- auf berufswürdiges Verhalten von Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten hinzuwirken“

so die Präambel der Berufsordnung, also in erster Linie Allgemeinwohlinteresse und den Interessen der Patientinnen und Patienten, so müssen solche Weisungen von nicht zur Psychotherapie berechtigten Vorgesetzten ausgeschlossen sein, die diesen Zielsetzungen zuwiderlaufen.

¹⁰ Vgl. nur ErfK/Preis § 611 Rn. 82 ff.

¹¹ BAG, Urteil v. 13.01.1983 – 5 AZR 149/82 –, BAGE 41, 247.

In § 25 Abs. 1 Satz 1 BO konkretisiert sich darüber hinaus die Freiheit der psychotherapeutischen Berufsausübung. Nicht allein in der „Staatsfreiheit“, also in der Freiheit staatlicher Eingriffe in die Berufsausübung, sondern auch in der „weisungs“-freien, dem Patienten dienenden, eigenverantwortlichen Durchführung der therapeutischen Maßnahmen erweist sich die Psychotherapeutin, der Psychotherapeut auch in einer abhängigen Tätigkeit als Arbeitnehmer als in einem freien Beruf tätig.

2.3 Kernbereich der psychotherapeutischen Tätigkeit

§ 25 Abs. 1 Satz 2 BO erweckt den Eindruck, dass es im Kernbereich psychotherapeutischer Tätigkeit Weisungen geben kann, die auf keinen Fall zu beachten sind. Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten, die

„in einem Beschäftigungsverhältnis [tätig sind, dürfen] ... Weisungen von Vorgesetzten nicht befolgen,

- die mit dieser Berufsordnung nicht vereinbar sind oder
- deren Befolgung sie selbst nicht verantworten können, sofern sie ihre psychotherapeutische Tätigkeit betreffen.“

Die Tragweite dieser Regelung machen folgende Beispiele deutlich:

Fall 3: Entgegen § 14 Abs. 2 Satz 2 BO (keine Behandlung eines Minderjährigen, wenn nur die Zustimmung eines Erziehungsberechtigten vorliegt), fordert die Praxisinhaberin den bei ihr angestellten Kinder- und Jugendpsychotherapeuten auf, mit der Behandlung einer jugendlichen Patientin zu beginnen. Der Widerspruch der Mutter gegen die Behandlung sei ohne Belang, diese wisse nicht, was für ihr Kind gut sei. Dass eine akute Notlage nicht vorliege, sei bedeutungslos.

Ein Verstoß gegen die Berufsordnung ist anzunehmen. Nach § 14 Abs. 2 BO bedarf die Behandlung eines Minderjährigen, bei dem beide Elternteile sorgeberechtigt sind, die Zustimmung beider Eltern. Die Psychotherapeutin oder der Psychotherapeut hat sich vor Behandlungs-

beginn zu erkundigen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Behandlung ist auszusetzen, wenn ein Elternteil die Zustimmung verweigert oder zurücknimmt und eine gerichtliche Entscheidung noch nicht herbeigeführt wurde. Eine Notlage, die Ausnahmen von dieser berufsordnungsrechtlichen Regelung zulässt, liegt nicht vor.

Noch schwieriger fällt die Beurteilung des folgenden Falles:

Fall 4: Der Berufsanfänger, der in einer Klinik tätig ist, berichtet dem leitenden Psychotherapeuten, sein Patient sei akut suizidgefährdet, dies habe sich in dem Einzelgespräch sehr deutlich gezeigt. Der Vorgesetzte möge eine Kollegin bitten, die folgende Einheit, eine gruppentherapeutische Behandlung, durch einen Kollegen durchführen zu lassen. Nachdem der leitende Therapeut mit dem Patienten gesprochen hat, weist der Vorgesetzte seinen Mitarbeiter an, die Gruppenstunde zu leiten.

Der Berufsanfänger bittet seine Kollegen um Rat, ob er auch in Zukunft solchen Weisungen folgen müsse.

Es spricht einiges dafür, hier anzunehmen, dass der Kernbereich psychotherapeutischer Arbeit betroffen ist. Der Berufsanfänger erkennt die Notwendigkeit, sich in einer akuten Situation ausschließlich einem Patienten zu widmen. Der hinzu gerufene Fachvorgesetzte erteilt aber eine anderslautende Weisung.

Exkurs: Arbeitsrechtliche Folgen der Nichtbeachtung einer Weisung

Beachtet ein Arbeitnehmer eine (berechtigte) Weisung des Arbeitgebers nicht, so verstößt er gegen arbeitsvertragliche Pflichten. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber das Fehlverhalten abmahnen kann und regelmäßig abmahnen muss. Wiederholte Vertragsverletzungen ähnlicher Art und ein besonders schwerer Verstoß gegen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis berechtigen den Arbeitgeber zum Ausspruch einer verhaltensbedingten ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Voraussetzung der Wirksamkeit einer Abmahnung und insbesondere einer Kün-

digung des Arbeitsverhältnisses ist aber nicht allein die Feststellung einer Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch den Arbeitnehmer. Neben weiteren Voraussetzungen – auf die es in diesem Zusammenhang nicht ankommen soll – fordern Rechtsprechung und Lehre seit langer Zeit einhellig, dass auch im Rahmen der Überprüfung der Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) eine umfassende Interessenabwägung erfolgen muss. Eine verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist danach nur dann gerechtfertigt, wenn ein Tatbestand vorliegt, der bei gewissenhafter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen verständlich urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen würde.¹² Bei der fristlosen Kündigung ist Interessenabwägung Tatbestandsmerkmal (§ 626 Abs. 1 BGB).

Besonderes aufwändig und sorgfältig prüfen die Arbeitsgerichte die Wirksamkeit einer Kündigung, wenn sich der Arbeitnehmer darauf beruft, seiner Arbeitsverweigerung beruhe auf einem Gewissenskonflikt. Zwar stellt das Bundesarbeitsgericht auf den sog. „subjektiven Gewissensbegriff“ ab¹³, verlangt aber, dass

„der Arbeitnehmer ... seine Entscheidung im einzelnen darlegen und erläutern [muss]. Es muss hierbei erkennbar sein, dass es sich um eine nach außen tretende, rational mitteilbare und intersubjektiv nachvollziehbare Tiefe, Ernsthaftigkeit und absolute Verbindlichkeit einer Selbstbestimmung handelt.“

Das Bundesarbeitsgericht macht in dieser Entscheidung weiter deutlich, dass das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers, der sich auf eine Gewissensentscheidung beruft, ggf. durch eine personenbedingte Kündigung beendet werden kann, wenn keine anderen Einsatzmöglichkeiten bestehen.

¹² ErfK/Ascheid/Oetker § 1 KSchG Rn. 319; BAG, Urteil 22.07.1982 – 2 AZR 30/81 –, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

¹³ Grundlegend BAG, Urteil v. 24.05.1989 – 2 AZR 285/88 –, BAGE 62, 59.

2.4 Lösungsmöglichkeiten

Gibt es aber einerseits den jede Kündigung rechtfertigenden Grund nicht, kann es andererseits Gründe nicht geben, die einen Arbeitnehmer zur Nichtbeachtung jedweder Weisung des Arbeitgebers – selbst wenn der Arbeitnehmer erkennt, dass ein Verstoß gegen die Berufsordnung vorliegt und er bei Beachtung dieser Weisung in einen Gewissenskonflikt gerät – berechtigen könnten. Auch die Entscheidung des Arbeitnehmers, einer Weisung auch und gerade im Kernbereich der psychotherapeutischen Berufsausübung nicht zu folgen, bedarf einer umfassenden Interessenabwägung. In diese Überlegungen sind nicht allein die Interessen des Arbeitnehmers einzustellen und der Umstand des (möglichen) Verstoßes gegen diese.

Zwar wird man annehmen können, dass dem Berufsanfänger im **Fall 4** eine Weisung erteilt wurde, deren Befolgung er selbst nicht verantworten zu können glaubt, so dass man gestützt auf die Berufsordnung annehmen sollte, eine solche Weisung müsse in Zukunft nicht befolgt werden. Wie aufgezeigt kommt es aber auf die Besonderheiten des Einzelfalles an. Es ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Dringend ist zu empfehlen, dem Vorgesetzten die Beweg- und Hintergründe der „Gewissensentscheidung“ darzulegen und zu erläutern. Allein der Hinweis darauf, man könne das Befolgen der Weisung „nicht verantworten“, genügt sicher nicht. Eine schriftliche Dokumentation der eigenen Entscheidung und der „Auseinandersetzung“ mit dem Vorgesetzten ist zwingend erforderlich. Besteht ein Betriebsrat, sollte dieser in die Auseinandersetzung eingeschaltet werden.

Unter Berücksichtigung des mitgeteilten Lebenssachverhalts spricht sicher gegen eine Nichtbeachtung der Weisung des Vorgesetzten, dass der Kernbereich der psychotherapeutischen Tätigkeit betroffen ist, die Suizidgefahr des Patienten für den angestellten Therapeuten greifbar ist, die Interessen der Gruppe an der Durchführung der Therapie zurücktreten muss. Zugunsten der Beachtlichkeit der Weisung

spricht aber, dass der Vorgesetzte sich selbst ein Bild verschafft hat.

Auch im **Fall 3** ist die Sachverhaltschilderung zu dünn. Etwa fehlen Einzelheiten zu den Beweggründen der Entscheidung der Mutter. Es finden sich keine Angaben zur familiären Situation. Allein wirtschaftliche Überlegungen des Arbeitgebers werden aber einen Verstoß gegen die Berufsordnung nicht rechtfertigen können.

3. Ergebnis

Die berufsordnungsrechtlichen Regelungen zu Fragen der freien Berufsausübung und der Weisungsunterworfenheit angestellter Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten finden unmittelbar keine Anwendung auf den Arbeitsvertrag einer abhängig beschäftigten Psychotherapeutin oder eines abhängig beschäftigten Psychotherapeuten. Mittelbar können diese berufsrechtlichen Regelungen aber Inhalt des Arbeitsvertrages werden.

Die fachliche Weisung eines nicht zur psychotherapeutischen Behandlung zugelassenen Vorgesetzten ist unbeachtlich. Soweit jedoch nicht der Inhalt der psychotherapeutischen Tätigkeit betroffen ist, sind Weisungen auch solcher Vorgesetzten zu beachten.

Die fachliche Weisung eines zur psychotherapeutischen Behandlung zugelassenen Vorgesetzten, selbst dann wenn durch sie der Kernbereich der psychotherapeutischen Tätigkeit betroffen ist, ist nicht per se unbeachtlich. Es ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen; die Überlegungen und Hintergründe sind zu dokumentieren.

RA Martin Schafhausen

Plagemann Rechtsanwälte
Myliusstraße 15
60323 Frankfurt am Main
m.schafhausen@plagemann-rae.de