

Gespräche des Dienstgebers mit den Mitarbeitenden

Mitarbeitende, die vom Dienstgeber zu einem Gespräch eingeladen bzw. aufgefordert werden, wissen häufig nicht,

- ob sie verpflichtet sind, an dem Gespräch teilzunehmen,
- welche Konsequenzen bei Nichtteilnahme drohen und
- ob sie verlangen können, dass Kollegen, Mitarbeitervertreter, gewerkschaftliche Rechtsberater oder Rechtsanwälte an dem Gespräch teilnehmen.

Der nachfolgende Beitrag informiert über die **Teilnahmepflichten** und das **Weigerungsrecht** der Mitarbeitenden, weil in letzter Zeit unvollständige und missverständliche Informationen veröffentlicht wurden. Für Mitarbeiter, die auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit vertrauen, kann dies äußerst nachteilige Folgen haben.

I. Rechtsgrundlagen und Inhalt von Mitarbeitergesprächen

Eine allgemeine gesetzliche oder kirchliche Regelung über die Befugnis des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer / die Arbeitnehmerin zur Teilnahme an einem Gespräch zu verpflichten, besteht nicht.

Ob Mitarbeitende zur Teilnahme an einem Gespräch mit dem Dienstgeber verpflichtet sind und ob sie ein Recht auf Hinzuziehung einer Vertrauensperson haben, ist vom Gegenstand des Gesprächs abhängig. Deshalb sind drei Arten von Personalgesprächen bzw. Mitarbeitergesprächen zu unterscheiden:

- Gespräche mit Mitarbeitenden, die sich auf die **Durchführung des Dienstverhältnisses** bzw. das **Ordnungsverhalten** des Mitarbeiters beziehen (siehe nachfolgend unter 1.),
- Gespräche mit Mitarbeitenden, in denen der Dienstgeber **personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten** anspricht, die zur Änderung bzw. Beendigung des Dienstverhältnisses führen können (siehe nachfolgend unter 2.),
- Gespräche mit Mitarbeitenden über die **Änderung bzw. Beendigung des Dienstverhältnisses** wie etwa durch Aufhebungsvertrag, Kündigung, Beantragung von Altersteilzeit, Beantragung bzw. Bewilligung einer Erwerbsminderungsrente (siehe nachfolgend unter 3.).

Wegen seiner Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit ist der Dienstgeber verpflichtet, die Mitarbeitenden über den **Gegenstand des Gesprächs** zu informieren, damit diese beurteilen können, ob sie zur Teilnahme verpflichtet sind und ob ein Mitarbeitervertreter / eine Mitarbeitervertreterin bzw. eine Person des Vertrauens zum Gespräch hinzugezogen werden kann (vgl. etwa § 4 Abs. 1 AT AVR-Caritas).

Stehen für die Mitarbeitenden **kritische Gesprächsthemen** an, hat der Dienstgeber in **angemessener Zeit** vorher zu informieren, damit die Mitarbeitenden sich zu möglichen Fragen und Themen von Personen ihres Vertrauens informieren und beraten lassen können (Kollegen, Vorgesetzte, Ärzte, Rechtsanwälte).¹⁾

1. Gespräch über Arbeitsleistung oder Ordnungsverhalten

Aufgrund seines Weisungsrechts kann der Dienstgeber die Mitarbeitenden jederzeit aus aktuellem Anlass oder regelmäßig zur Teilnahme an einem Gespräch über **Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung** und/oder über **Ordnung und Verhalten** in der Einrichtung einladen bzw. verpflichten (§ 106 GewO).²⁾

In vielen Einrichtungen werden halbjährlich oder jährlich Mitarbeitergespräche durchgeführt, die auch „Personalgespräch“ oder „Zielvereinbarungsgespräch“ genannt werden.

a) Zulässige Themen

Der Dienstgeber darf im Gespräch aufgrund seines Weisungsrechts die **Arbeitsleistung** und das **Ordnungsverhalten** der Mitarbeitenden positiv oder negativ bewerten. Er kann

- nach Ursachen von Arbeitsausfällen und Schlechtleistungen fragen,
- Konflikte mit Kollegen und Kolleginnen, Vorgesetzten und Klienten ansprechen,
- Umsetzungs-, Fortbildungs- und sonstige Entwicklungsmöglichkeiten erörtern und dazu die Meinung der Mitarbeitenden einholen.

Auch über das **Ordnungsverhalten** der Mitarbeitenden darf gesprochen werden, beispielsweise über

- Verstöße gegen das Verbot privater Nutzung der Dienstcomputer,
- Verstöße gegen Rauch- oder Alkoholverbote,
- das Verhalten gegenüber Kolleginnen und Kollegen.

Den Mitarbeitenden muss Gelegenheit gegeben werden, ein ihnen gegebenenfalls zur Last gelegtes Fehlverhalten auszuräumen oder entlastende Umstände vorzubringen, um vom Dienstgeber beabsichtigte Maßnahmen entweder zu verhindern oder abzumildern.³⁾ Sie können darstellen, welche Arbeitsbedingungen sich positiv oder negativ auf ihre Leistungen ausgewirkt haben, Anregungen und Vorschläge machen, aber auch sachbezogene Kritik an Vorgesetzten und Arbeitsbedingungen äußern, ohne Nachteile befürchten zu müssen; denn auch den Mitarbeitenden im Dienstverhältnis steht das Recht auf freie Meinungsäußerung zu (Art. 5 GG).⁴⁾

¹⁾ LAG Hamm, 23.05.2001 – 14 Sa 497/01.

²⁾ BAG, 02.11.2016 – 10 AZR 596/15, Rn. 23 ff., vgl. ZMV 4/2017, S. 216 ff.

³⁾ BAG, 11.12.2018 – 1 ABR 12/17, Rn. 25, vgl. ZMV 4/2019, S. 221 ff.

⁴⁾ BAG, 31.07.2014 – 2 AZR 505/13, Rn. 42 ff., vgl. ZMV 3/2015, S. 175 ff.

b) Beteiligungspflicht der Mitarbeitenden

Die Mitarbeitenden sind zur **Teilnahme am Gespräch** und zur **aktiven Beteiligung** verpflichtet.⁵⁾ Auskünfte über Umstände ihrer Privat- und Intimsphäre, beispielsweise über Art und Ursache von Erkrankungen, über familiäre Probleme oder über das Verhalten von Kollegen, müssen aber nicht gegeben werden.

Lehnen die Mitarbeitenden die Teilnahme/Beteiligung am Gespräch grundlos ab, kann der Dienstgeber eine Abmahnung erklären und – bei beharrlicher Verweigerung der Teilnahme – das Dienstverhältnis fristlos kündigen.⁶⁾

Die Mitarbeitenden dürfen während des Gesprächs und später **handschriftliche Notizen** machen. Das heimliche Aufzeichnen des Gesprächs würde aber als unzulässige Erhebung von Daten gegen den Datenschutz verstoßen, nach § 201 StGB strafbar sein und eine fristlose Kündigung rechtfertigen.⁷⁾

Fertigt der Dienstgeber ein **Gesprächsprotokoll**, gehört es in die Personalakte. Die Mitarbeitenden haben Anspruch auf **Auskunft und Einsicht** (§ 6 Abs. 2 AT AVR-Caritas) sowie auf eine **kostenlose Kopie** aller vom Dienstgeber über sie gespeicherten personenbezogenen Daten (Art. DSGVO; § 17 KDGD).⁸⁾ Nur mit schriftlicher Zustimmung der Mitarbeitenden darf ein **MAV-Mitglied** Einsicht nehmen (§ 26 Abs. 2 S. 2 MAVO).

c) Hinzuziehung einer Vertrauensperson

Den Mitarbeitenden steht zwar kein gesetzlicher Anspruch auf Hinzuziehung einer Vertrauensperson zum Gespräch zu. Die Zulassung kann beispielsweise jedoch auch im Interesse des Dienstgebers liegen, wenn zu erwarten ist, dass die Mitarbeitenden aufgrund Behinderung, mangelnden Sprachkenntnissen usw. die Information, Fragen, Vorschläge und Weisungen des Dienstgebers nicht voll verstehen können.

2. Gespräch über personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten

Mitarbeitende sind verpflichtet, an Mitarbeitergesprächen teilzunehmen, in denen der Dienstgeber **personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten** ansprechen will, die zur Änderung bzw. Beendigung des Dienstverhältnisses führen können.

Dies können zum Beispiel sein:

- erhebliche Arbeitsausfälle,
- Verstöße gegen Pflichten aus dem Dienstvertrag,
- Androhung oder Erteilung einer Abmahnung,
- drohender Wegfall von Drittmitteln.

a) Hinzuziehung eines Mitarbeitervertreters

Die Mitarbeitenden können verlangen, dass ein von ihm benannte/r **Mitarbeitervertreter/in** an dem Gespräch teilnimmt (§ 26 Abs. 3a Nr. 1 MAVO).

Die Hinzuziehung ist aus mehreren Gründen sinnvoll und geboten⁹⁾:

- Beratung und Unterstützung der Mitarbeitenden zum Ausgleich bzw. Milderung eines intellektuellen und Informationsübergewichts des Dienstgebers,

- Kontroll- und Korrekturfunktion sowohl hinsichtlich der Sachdarstellung der Mitarbeitenden als auch der des Dienstgebers,
- Verbesserung der Situation der Mitarbeitenden für künftige Auseinandersetzungen: Der Mitarbeitervertreter ist potentieller Zeuge.

b) Hinzuziehung einer sonstigen Vertrauensperson

Die Mitarbeitenden haben zwar kein Recht auf **Hinzuziehung eines Rechtsberaters** oder einer sonstigen Person ihres Vertrauens, wenn es sich um ein **Vier-Augen-Gespräch** handelt. Nimmt auf Dienstgeberseite aber eine weitere Person, etwa eine Sekretärin, ein sonstiger Mitarbeiter oder ein Rechtsbeistand am Gespräch teil, sind die Mitarbeitenden zur Teilnahme nur verpflichtet, wenn auch sie eine Person ihres Vertrauens zum Gespräch hinzuziehen können („Grundsatz der Waffengleichheit“).¹⁰⁾

Der Dienstgeber kann allerdings auch in anderen Fällen die Teilnahme zulassen. Dadurch wird den Mitarbeitenden das Gefühl vermittelt, dass sie fair behandelt werden, was die Chancen eines von beiden Seiten akzeptierten Ergebnisses erheblich erhöht.

c) Betriebliches Eingliederungsmanagement

Wenn es im Gespräch nicht gelingt, eine Gefährdung des Dienstverhältnisses auszuschließen, ist der Dienstgeber verpflichtet, den Mitarbeitenden die **Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)** anzubieten (§ 28a Abs. 3 MAVO).

Die Mitarbeitenden oder die Mitarbeitervertretung können die Durchführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements auch selbst anregen bzw. beantragen.

3. Gespräch über Änderung bzw. Beendigung des Dienstverhältnisses

Das Weisungsrecht des Dienstgebers umfasst nicht die Befugnis, die Mitarbeitenden zur Teilnahme an einem Mitarbeitergespräch zu verpflichten, in dem es um **Änderung oder Beendigung des Dienstvertrags** geht.

Beispiel

Der Dienstgeber will den Mitarbeiter / die Mitarbeiterin dazu bewegen, vorgezogene Altersrente oder Altersteilzeit zu beantragen bzw. die Arbeitszeit oder die Vergütung zu ändern oder einen Aufhebungsvertrag abzuschließen.

In diesen Fällen können die Mitarbeitenden ein **Gespräch abbrechen** bzw. ihre Teilnahme an einem Gespräch über den Abschluss, die Änderung oder Beendigung seines Dienstvertrags ablehnen; denn ihnen stehen die Grundrechte auf Vertragsfreiheit und auf Berufsausübungsfreiheit zu (Art. 2 und 12 GG).¹¹⁾

Oft wird es den Interessen der Mitarbeitenden aber eher entsprechen, am Gespräch teilzunehmen, beispielsweise um dem Dienstgeber Möglichkeiten einer Weiterbeschäftigung aufzuzeigen, eine Kündigung zu vermeiden oder eine angemessene Abfindung zu erreichen.

⁵⁾ BAG, 02.11.2016 – 10 AZR 596/15, Rn. 24., vgl. ZMV 4/2017, S. 216 ff.

⁶⁾ BAG, Urteil vom 25.01.2018 – 2 AZR 382/17, Rn. 26 f.

⁷⁾ LAG Rheinland-Pfalz, 30.04.2012 – 5 Sa 687/11, Rn. 80 ff.; LAG Hessen, 23.08.2017 – 6 Sa 137/17, Rn. 13.

⁸⁾ LAG Baden Württemberg, 20.12.2018 – 17 Sa 11/18, Rn. 197 ff.

⁹⁾ BAG, 11.12.2018 – 1 ABR 12/17, Rn. 25, vgl. ZMV 4/2019, S. 221 ff.

¹⁰⁾ EGMR, 27.10.1993 – 37/1992/382/460.

Falls die Mitarbeitenden nicht allein mit dem Dienstgeber verhandeln wollen, können sie ihre Teilnahme davon abhängig machen, ob eine oder mehrere Personen ihres Vertrauens, Mitarbeitervertreter, Rechtsberater usw. an dem Gespräch teilnehmen dürfen.

Hinweis

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Aufhebungsvertrag oder eine andere Vereinbarung unwirksam, wenn er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist, insbesondere bei Ausnutzung einer krankheitsbedingten Schwäche des Mitarbeiters, unzureichenden Sprachkenntnissen oder eines Überraschungsmoments (Überrumpelung).¹²⁾

II. Zeitpunkt des Mitarbeitergesprächs

Ein Gespräch mit den Mitarbeitenden ist eine dienstliche Angelegenheit. Deshalb findet es in der Regel während der vertraglich vereinbarten, vergütungspflichtigen Arbeitszeit statt. Davon darf der Dienstgeber aus zwingenden dienstlichen Gründen abweichen – beispielsweise bei Schicht- und Nachtarbeit. Wird dadurch die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit überschritten, kann es sich um Mehrarbeit bzw. Überstunden handeln.

Während der Dauer einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit hat der Dienstgeber kein Weisungsrecht auf die Arbeitspflicht sowie die unmittelbar damit zusammenhängenden Leistungspflichten. Wegen seiner Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Gesundheit der Mitarbeitenden (§ 241 Abs. 2 BGB) hat er die Erteilung von Weisungen auf dringende Anlässe zu beschränken, die einen Aufschub der Weisung auf einen Zeitpunkt nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit nicht gestatten, die persönliche Anwesenheit des Mitarbeiters / der Mitarbeiterin in der Einrichtung dringend erfordern ist und diesem / dieser zumutbar sind.¹³⁾ Ist kein derartiger dringender Anlass gegeben, hat der Dienstgeber jegliche Weisung während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu unterlassen.¹⁴⁾

In Bezug auf wichtige Neben- und Verhaltenspflichten besteht das Weisungsrecht aber weiter. Verfügt der Mitarbeiter / die Mitarbeiterin beispielsweise über Informationen zu wichtigen Abläufen oder Vorgängen, ohne deren Kenntnis der Dienstgeber oder die Arbeitskollegen wichtige Aufgaben nicht oder nur erheblich erschwert erledigen könnten, darf der Dienstgeber ihn/sie telefonisch oder auf digitalem Wege anweisen, die erforderlichen Informationen zu erteilen bzw. – soweit erforderlich und zumutbar – zu einem kurzen Gespräch in die Einrichtung zu kommen.¹⁵⁾

Noch nicht durch Rechtsprechung abgesichert, aber zu vermuten ist, dass diese Grundsätze entsprechend gelten, wenn die Mitarbeitenden sich im Erholungsurlaub befinden oder in anderen Fällen nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet sind (Elternzeit, Pflegezeit, Sonderurlaub usw.).

Hinweis

Die Einladung zu einem BEM-Verfahren kann auch während einer Arbeitsunfähigkeit den Mitarbeitenden zugestellt werden.

III. Ort des Mitarbeitergesprächs

Das Gespräch mit den Mitarbeitenden wird regelmäßig dort stattfinden, wo diese ihren Arbeitsplatz haben. Müssen die Mitarbeitenden aber zum Dienstort des Dienstgebers anreisen, hat der Dienstgeber die Reisekosten zu vergüten (Anl. 13 AVR-Caritas) und die Reisezeit auf die Arbeitszeit anzurechnen (vgl. Anl. 5 § 6 AVR-Caritas).

Der Dienstgeber macht sich unter anderem strafbar und kann zu Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe verurteilt werden, wenn er Mitarbeitende in deren Wohnung bzw. Schlafzimmer aufsucht, um die Zustimmung zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses zu erhalten und dadurch die Zahlung von Krankenbezügen für die Kündigungsfrist zu vermeiden (§ 42 Abs. 2 BDSG); denn selbst eine vom Mitarbeitenden schriftlich erklärte Einwilligung wäre in aller Regel unwirksam, weil sie diesem keinen rechtlichen oder finanziellen Vorteil bringt (§ 26 Abs. 2 S. 2 BDSG; § 8 Abs. 1 S. 2 KDGG). Außerdem rechtfertigt das finanzielle Interesse des Dienstgebers es nicht, in den vom Grundgesetz besonders geschützten Bereich der Familie, des Privatlebens und der Wohnung der Mitarbeitenden einzudringen (Art. 3, 6 und 13 GG) und – insbesondere wenn diese krank sind – besonders sensible Gesundheitsdaten der Mitarbeitenden zu erheben.¹⁶⁾

IV. Beteiligung der MAV

Die Mitarbeitervertretung hat keinen allgemeinen Anspruch auf Information über die Mitarbeitergespräche, die der Dienstgeber ansetzt und durchführt. Führt der Dienstgeber Mitarbeitergespräche systematisch und zweckgebunden mit allen oder einzelnen Gruppen von Mitarbeitenden durch, um das Leistungs- und Ordnungsverhalten zu besprechen und zu bewerten, hat die Mitarbeitervertretung ein Mitbestimmungsrecht (§ 36 Abs. 1 Nrn. 5 und 6 MAVO).

Das Mitbestimmungsrecht umfasst die Aufstellung allgemeiner Grundsätze für die Beurteilung, nicht aber die Beurteilung des einzelnen Mitarbeiters / der einzelnen Mitarbeiterin.¹⁷⁾ In einer Dienstvereinbarung gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 5 und 6 MAVO kann unter anderem geregelt werden,

- wer teilnehmen,
- was in welchen Zeitabständen besprochen und
- welche Kriterien für die Beurteilung gelten sowie
- welche Aufzeichnungen erstellt,
- wie aufbewahrt,
- wie gesichert und
- wann gelöscht werden sollen.¹⁾

¹¹⁾ BAG, 23.06.2009 – 2 AZR 606/08, Rn. 20, vgl. ZMV 1/2010, S. 49 ff.

¹²⁾ BAG, 07.02.2019 – 6 AZR 75/18, Rn. 33, vgl. zur PM ZMV 2/2019, S. 99 f.

¹³⁾ BAG, 02.11.2016 – 10 AZR 596/15, Leitsatz, vgl. ZMV 4/2017, S. 216 ff.

¹⁴⁾ Ebd., Rn. 32.

¹⁵⁾ Ebd., Rn. 26.

¹⁶⁾ BAG, 07.02.2019 – 6 AZR 75/18, Rn. 33: Das Gericht hat die datenschutzrechtliche Problematik nicht angesprochen; vgl. zur PM ZMV 2/2019, S. 99 f.

¹⁷⁾ BVerwG, 15.02.1980 – 6 P 84/78; Jüngst in: Thiel/Fuhrmann/Jüngst, MAVO, 2019, § 36 Rn. 100 ff.

Hinweis der Redaktion

Zur Thematik des Personalgesprächs siehe auch insbesondere die Beiträge

- Schmitz, *Das Personalgespräch im Arbeitsverhältnis – Teilnahmepflicht und Hinzuziehung Dritter*, ZMV 4/2010, S. 177 ff.
- Schmitz, *Das Personalgespräch im Arbeitsverhältnis – Inhalt und Grenzen: Änderung der Arbeitsbedingungen*, ZMV 5/2010, S. 243 ff.

¹⁾ www.betriebsrat.com/musterbetriebsvereinbarung/147/64629/mitarbeitergesprach, zuletzt aufgerufen am 22.10.2019; Eichstätter Kommentar-Schmitz, § 36 Rn 60

- Pitzkat, *Das Mitarbeitergespräch, Personalentwicklungsinstrument oder Maßnahme zur Vorbereitung maßregelnder Personalentscheidungen?*, ZMV 5/2008, S. 236 ff.
- Thiel, *Das Personalgespräch des Dienstgebers mit dem Mitarbeiter und die Teilnahme eines Dritten*, ZMV 5/2004, S. 215 ff.
- Jousen, *Nachgefragt, Personalgespräch*, ZMV 1/2015, S. 57 f.

Heinz-Gert Papenheim

Professor i.R., war Vorsitzender der AVR-Schlichtungsstelle Köln, Arbeitsschwerpunkte: Arbeitsrecht der Caritas, Sozialverwaltungsrecht, Datenschutzrecht, verantwortlich für den Recht-Informationsdienst der Zeitschrift „Caritas in NRW“ (www.caritas-nrw.de).