

Hopfner | Erdmann

Praxishandbuch Arbeitsrecht

Beginn, Durchführung und Beendigung des
Arbeitsverhältnisses

Mit Musterformularen
und Checklisten



Sebastian Hopfner | Kay Uwe Erdmann (Hrsg.)

Praxishandbuch Arbeitsrecht

Beginn, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Herausgegeben von
Sebastian Hopfner | Kay Uwe Erdmann

Praxishandbuch Arbeitsrecht

Beginn, Durchführung und Beendigung des
Arbeitsverhältnisses

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2017 VVW GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der VVW GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer. Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2017 VVW GmbH, Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Beachten Sie bitte stets unseren Aktualisierungsservice auf unserer Homepage unter **vww.de** → **Service** → **Ergänzungen/Aktualisierungen**. Dort halten wir für Sie wichtige und relevante Änderungen und Ergänzungen zum Download bereit.



Gleichstellungshinweis

Zur besseren Lesbarkeit wird auf geschlechtsspezifische Doppelnennungen verzichtet.

ISBN 978-3-89952-808-4

Vorwort

Mit diesem Stichwortkommentar liegt nunmehr eine Arbeitshilfe für den arbeitsrechtlichen Praktiker vor, die – anders als ein Kommentar und anders als ein Lehrbuch – schnelle und praktisch leicht umsetzbare Unterstützung im Arbeitsrecht leistet.

Die Herausgeber Dr. Sebastian Hopfner und Kay Uwe Erdmann sind Experten im Arbeitsrecht, die als Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht, Verbandsgeschäftsführer, Vorstand/Geschäftsführer von Versicherungsunternehmen tätig sind.

Sie haben ein Team von ca. 30 Experten um sich versammelt, die allesamt ausgewiesene Spezialisten aus den Bereichen Anwaltschaft, Richterschaft, Wirtschaft, Wissenschaft und Verbände sind. Diese Anzahl und Auswahl der Autoren und die Fokussierung auf ein oder wenige Kapitel je Autor ist Garant dafür, dass die einzelnen Kapitel sorgfältig, fachlich fundiert und aktuell bearbeitet wurden.

Besonders wichtig war den Herausgebern der klare Praxisbezug. Nicht umständliche Streitstände, sondern klare an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausgerichtete Handlungsempfehlungen, prägen dieses Buch. Zudem wurde ein einprägsamer einheitlicher Aufbau der jeweiligen Kapitel anhand der Gliederungspunkte Individualarbeitsrecht, Mitbestimmung des Betriebsrats, Tarifrechtliche Einflüsse und Muster/Arbeitshilfen gewählt. Ein besonderes Augenmerk wird auf „FAQ“ gelegt, weil diese Herangehensweise auch in rechtlichen Zusammenhängen zunehmend an Bedeutung und Wertschätzung gewinnt.

Das Handbuch ist geschrieben von „Praktikern für Praktiker“. Es richtet sich an alle Branchen, wenngleich bei den tarifrechtlichen Einflüssen in der Regel der Versicherungstarifvertrag zu Grunde gelegt wurde. Vor diesem Hintergrund ist es auch ein besonderer arbeitsrechtlicher Stichwortkommentar für die Finanzwirtschaft, der in dieser Form neuartig ist. In dieser Erstauflage werden zunächst die wichtigsten arbeitsrechtlichen Stichworte behandelt. Weitere Stichworte sind für die Folgeauflagen vorgesehen.

Die Herausgeber danken dem Verlag Versicherungswirtschaft, insbesondere der Lektorin, Frau Katja Widmann, sowie dem aus hoch angesehenen und erfahrenen Rechtsanwälten, Richtern, Professoren sowie Verbands- und Wirtschaftsjuristen bestehenden Autorenteam für die professionelle Zusammenarbeit. Anregungen und Kritik zu dem vorliegenden Stichwortkommentar sind unter benjamin.heider@agv-vers.de jederzeit willkommen.

München/Köln, im Mai 2017

Dr. Sebastian Hopfner
Kay Uwe Erdmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Dr. Benjamin Heider Abmahnung	1
Betina Kirsch Altersteilzeit	43
Dr. Martin Kock Antidiskriminierungsrecht	87
Prof. Dr. Arnd Diring Arbeitnehmer – Leitende Angestellte – Außertarifliche Angestellte	143
Tobias Hohenadl Arbeitnehmerdatenschutz	215
Hartmut Koch Arbeitnehmerhaftung	251
Dr. Philipp Leydecker Arbeitsgerichtsverfahren	287
Dr. Martin Lützel Arbeits- und Gesundheitsschutz	331
Kerstin Römelt Arbeitsvertragsrecht / Arbeitsvertragsgestaltung	485
Dr. Martin Kock Arbeitszeitrecht	547
Marc Strerath Arbeitszeugnis	593
Dr. Jens-Wilhelm Oberwinter Befristungsrecht	625
Kay Uwe Erdmann / Dr. Andreas Hofelich Betriebliche Altersversorgung	659
Dr. Christian Ley Die betriebliche Übung	771
Ylva Zimmermann Betriebliches Eingliederungsmanagement	799

Katharina Müller Betriebsübergang	841
Julia Glaser Arbeitsrechtliche Compliance – Korruptionsprävention – Mitarbeiterüberwachung	901
Dr. Steffen Blessing Direktions- und Weisungsrecht	945
Michael Schrock / Alfred Wurm Elternzeit	971
Peter Staudacher / Dr. Oliver Deeg Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	1019
Dr. Paul Melot de Beauregard Der Allgemeine Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	1061
Dr. Guido Norman Motz Insolvenzarbeitsrecht	1091
Dr. Sebastian Hopfner Kündigungsschutzrecht	1161
Kerstin Römelt Mutterschutz	1261
Peter Staudacher / Dr. Oliver Deeg Nebenflichten	1319
Anne Hümmer Pflegezeitrecht	1341
Dr. Annika Hesser Teilzeitrecht	1377
Verena Richter Urlaubsrecht	1415
Daniela Hangarter Vergütung	1497
Abkürzungsverzeichnis	1547
Literaturverzeichnis	1559
Stichwortverzeichnis	1579

Dr. Benjamin Heider

Abmahnung

Inhalt

1 Individualarbeitsrecht.	5
1.1 Grundsätze.	5
1.2 Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten	7
1.3 Anwendungsbereich.	8
1.4 Formale Voraussetzungen	13
1.4.1 Sorgfältige Darstellung der Pflichtverletzung	13
1.4.2 Warnfunktion	16
1.4.3 Keine Schriftform.	16
1.4.4 Keine Anhörung des Arbeitnehmers	17
1.4.5 Fristen	18
1.4.6 Materielle Voraussetzungen	18
2 Mitbestimmung des Betriebsrats	20
3 Tarifrrechtliche Einflüsse.	22
4 Häufig gestellte Fragen (FAQ)	23
4.1 Wie viele Abmahnungen?	23
4.2 Abmahnung bei Organen?	24
4.3 Abmahnung außerhalb des KSchG?	24
4.4 Kann wegen derselben abgemahnten Pflichtverletzung gekündigt werden?	25
4.5 Kann auch ein Betriebsratsmitglied abgemahnt werden?	28
4.6 Kann auch im neuen Arbeitsverhältnis noch eine Abmahnung beim alten Arbeitgeber „herausgeklagt“ werden?	30
4.7 Wer darf abmahnen?	31
4.8 Welche Rechtsschutzmöglichkeiten hat der Arbeitnehmer?	31
4.9 Wie klagt man gegen die Abmahnung?	32
5 Muster – Arbeitshilfen.	33
5.1 Verwarnung	33
5.2 Checkliste Abmahnung.	34
5.3 Grundmuster Abmahnung	35
5.4 Abmahnung wegen Verletzung der Anzeigepflicht bei Krankheit.	37

5.5	Verletzung der Nachweispflicht im Falle der Erkrankung (§ 5 EFZG)	38
5.6	Abmahnung wegen Alkohol	39
5.7	Abmahnung wegen – unerlaubter – Nebentätigkeit	40
5.8	Teilnahme an einer nicht erforderlichen Schulungsmaßnahme des Betriebsrats	41
5.9	Abmahnung eines nicht freigestellten Betriebsratsmitglieds wegen Verletzung der Abmeldepflicht	41
5.10	Erneuerung einer entwerteten Warnfunktion/„allerletzte“ Abmahnung	42

1 Individualarbeitsrecht

1.1 Grundsätze

Das **Rechtsinstitut** der Abmahnung gehört wohl zu den bekanntesten im Arbeitsrecht und vermutlich gibt es kaum jemanden, der im Arbeitsverhältnis steht oder gestanden hat, der nichts mit dem Begriff Abmahnung anzufangen wüsste. „Pass bloß auf, sonst wirst Du abgemahnt.“ Dabei besteht verbreitet schon ein Missverständnis über die Funktion der Abmahnung. Wie beim Verweis in der Schule oder etwa dem „Fernsehverbot“ bei der Kindererziehung wird der Abmahnung ein Sanktionscharakter unterstellt. Tatsächlich hat die Abmahnung aber keinen solchen Strafcharakter. Vielmehr wird der Abgemahnte durch die Abmahnung an seine arbeitsvertraglichen Pflichten erinnert und gleichzeitig auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam gemacht (Rügefunktion) (BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842). Zugleich wird er für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten angehalten und auf arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung hingewiesen (Warnfunktion) (BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842). Erst die Warnfunktion macht die Abmahnung zur Abmahnung (BAG 10.11.1988, 2 AZR 215/88, NZA 1989, 633).

Ein weiterer grundlegender Irrtum im Zusammenhang mit der Frage der Berechtigung zur Abmahnung besteht in der Annahme, es könne – ähnlich wie im Strafrecht – nur schuldhaftes Verhalten abgemahnt werden, die Pflichtverletzung müsse also dem Abgemahnten subjektiv vorwerfbar sein.

Beispiel: Der gutgläubige Angestellte

Der Versicherungsmitarbeiter *Vergesslich* wird zu einem Außeneinsatz zur Begutachtung eines Schadens gerufen. Er vergisst „Dienstgang“ zu stempeln. Daraufhin ruft er aus dem Auto seinen Kollegen *Hilfreich* an und bittet diesen, für ihn Dienstgang zu stempeln.

Der Arbeitgeber erteilt *Vergesslich* eine Abmahnung, da dieser mit der Beauftragung gegen die Gleitzeitordnung verstoßen habe, die ausdrücklich verbietet, Stempelvorgänge für Dritte vorzunehmen.

Vergesslich lässt sich dahingehend ein, dass er zum einen überhaupt kein Arbeitszeitvergehen beabsichtigt und auch nicht begangen habe, da er tatsächlich auf einer Dienstreise war und insofern objektiv ein Dienstgang vorlag. Im Übrigen hätte er nach der Gleitzeitordnung im Nachhinein unproblematisch einen Zeitkorrekturantrag stellen können, wenn er das Stempeln einmal – wie vorliegend – vergessen habe.

Der Arbeitgeber dagegen meint, dass dennoch ein Verstoß gegen die Gleitzeitordnung vorliege, weil diese ausdrücklich jede Vertretung beim Stempelvorgang untersage und er grundsätzlich jeden Arbeitszeitverstoß – auch bei

nur formalem Fehlverhalten – abmahne. Es gehe ihm darum, gar nicht erst „Graubereiche“ entstehen zu lassen.

Lösung

Die Abmahnung ist wirksam. Ob der Mitarbeiter mit krimineller Energie handelt oder – wie vorliegend – einfach nur bequem war und/oder die entsprechende Regelung in der Gleitzeitordnung gar nicht kannte oder vergaß, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass der Mitarbeiter objektiv gegen eine bestehende Rechtsvorschrift, die er hätte zur Kenntnis nehmen können, verstoßen hat. Die Abmahnung ist eben keine Sanktion und dient nicht dazu, den Arbeitnehmer zu bestrafen. Sie erinnert lediglich an Pflichten und weist auf Pflichtverletzungen hin. In Abwandlung zum strafrechtlichen Grundsatz gilt: Unwissenheit schützt vor Abmahnung nicht.

Tatsächlich wird mit der Abmahnung also nicht subjektiv gewolltes Fehlverhalten gerügt, sondern lediglich eine objektive Pflichtverletzung.

- 4 Die Abmahnung war zunächst – wie so vieles im Arbeitsrecht – reines „**Richterrecht**“. Erstmals erwähnt vom BAG wurde die Abmahnung wohl in einem Urteil v. 3.2.1954 (1 AZR 150/54, DB 1955, 148; vgl. Neumann/Hampe DB 2014, 1258). In der fehlenden Kodifizierung liegen zahlreiche Anwendungsprobleme und Unschärfen im Zusammenhang mit der Abmahnung begründet. Seit der Schuldrechtsreform vom 1.1.2002 ist jedenfalls das Erfordernis der Abmahnung bei Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund im Falle einer Pflichtverletzung in § 314 Abs. 2 BGB geregelt. Ferner wird die Abmahnung in § 12 Abs. 3 AGG genannt. Was dagegen die genauen formellen und materiellen Voraussetzungen einer Abmahnung sind, lässt sich diesem Gesetz und auch keinem anderen entnehmen. Erwähnt wird die Abmahnung auch noch in dem am 18.8.2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG, § 12 Abs. 3):

Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie **Abmahnung**, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.

- 5 Die Abmahnung ist Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts (BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842) und gleichzeitig Aufforderung an den Vertragspartner, vertragswidriges Verhalten unverzüglich zu beenden, verbunden mit der Warnung, dass im Wiederholungsfall der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist (BAG 17.2.1994, 2 AZR 616/93, NZA 1994, 656).

Dieses **Gläubigerrecht** steht – was ebenfalls häufig nicht bekannt ist – beiden Parteien des synallagmatischen Arbeitsvertrags zu. Nicht nur der Arbeitgeber kann demnach Pflichtverletzungen abmahnen, sondern auch der Arbeitnehmer. Letzteres spielt in der Rechtspraxis eine untergeordnete Rolle. Dennoch sind

Fälle denkbar, in denen ein Arbeitnehmer – etwa bei wiederholter Nichtzahlung oder verzögerter Zahlung des Entgelts – vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung den Arbeitgeber abmahnt (BAG 17.1.2002, 2 AZR 494/00, NZA 2003, 816). Gelegentlich wird dieses Mittel auch von offensiven Arbeitnehmeranwälten in Trennungssituationen genutzt, um die „Abfindung“ in die Höhe zu treiben oder den Arbeitgeber zu provozieren.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat den Begriff Abmahnung wie folgt definiert 6
(BAG 19.7.2012, 2 AZR 782/11, DB 2012, 2939).

Mit einer Abmahnung übt der Arbeitgeber seine arbeitsvertraglichen Gläubigerrechte in doppelter Hinsicht aus. Zum einen weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rüge bzw. Dokumentationsfunktion). Zum anderen fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, sofern ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion).

1.2 Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten

Unterhalb der Schwelle der Abmahnung gibt es verschiedene „**Vorstufen**“ der Abmahnung. Hierunter werden Beanstandungen ohne Warnfunktion verstanden wie zB Belehrung, Vorhaltung, Verweis, Ermahnung, Verwarnung, Missbilligung, Ratschlag usw. Vorgenannte Maßnahmen haben ein geringeres arbeitsrechtliches Gewicht als die Abmahnung. Nach zutreffender, wenn auch umstrittener Ansicht, besteht im Gegensatz zur Abmahnung kein Anspruch auf Entfernung vorgenannter arbeitsrechtlicher Maßnahmen aus der Personalakte (LAG SH 14.3.1986, 6 (3) Sa 79/85; aA LAG HM 25.9.2009, 19 Sa 383/09). Ein Anspruch auf Entfernung aus der Personalakte besteht nur dann, wenn die Maßnahme für den Bestand des Arbeitsverhältnisses *unmittelbar relevant* ist. Als zulässig wird man dagegen uU auch bei diesen unterschweligen Maßnahmen eine Gegenüberstellung betrachten müssen – jedenfalls dann, wenn diese zur Personalakte genommen wurden. 7

Daneben gibt es noch die **Betriebsbuße**, mit welcher eine kollektivrechtlich begründete betriebliche Ordnungsstrafe verhängt wird (BAG 30.1.1979, 1 AZR 342/76, BB 1979, 1451). Die Betriebsbuße als kollektive Abmahnung kommt nur in Betracht, wenn es eine kollektive Bußordnung gibt und gegen die kollektive betriebliche Ordnung verstoßen wurde (BAG 17.10.1989, 1 ABR 100/88, NZA 1990, 193). Verstößt der Arbeitnehmer zugleich gegen arbeitsvertragliche und betriebliche Pflichten aus der Bußordnung, muss der Arbeitgeber entscheiden, welche Pflichtverletzung er abmahnen will und dies auch in der Abmahnung deutlich machen (BAG 7.11.1979, 5 AZR 962/77, AP BetrVG 1972 § 87 Betriebsbuße Nr. 3). Die Verbreitung derartiger Bußordnungen ist jedoch gering. 8

1.3 Anwendungsbereich

- 9 Notwendigerweise muss die Abmahnung die **Rüge- und Warnfunktion** erfüllen. Dagegen ist das In-Aussicht-Stellen bestimmter kündigungrechtlicher Maßnahmen (zB ordentliche oder außerordentliche Beendigungskündigung) nicht zwingend erforderlich (BAG 19.4.2012, 2 AZR 258/11, DB 2012, 2404); es ist jedoch zu empfehlen, um den Arbeitnehmer „wachzurütteln“.
- 10 Der Arbeitgeber hat in erster Linie ein Interesse daran, das gestörte Arbeitsverhältnis durch die Abmahnung wieder „in die richtige Spur“ zu bringen. Natürlich ist es ihm wichtig, die einmal meist mit finanziellem (Ausschreibungen, Headhunter), aber auch emotionalem (Bewerbungsgespräche, Auswahlverfahren, Absagen) Aufwand gewonnenen Mitarbeiter möglichst langfristig an das Unternehmen zu binden. Die Wirtschaftlichkeit und Prosperität eines Unternehmens korreliert idR auch mit langfristigen Betriebszugehörigkeiten. Eine hohe Fluktuation, insbesondere aber häufige arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen, führen in der Regel zu Unruhe und sind dem **Betriebsfrieden** nicht dienlich. Die durchschnittliche Beschäftigungsdauer in der Versicherungswirtschaft, die als Branche nicht nur der größte Steuerzahler in Deutschland ist, sondern auch im Branchenvergleich sehr hohe Vergütungen bezahlt, beträgt 16,9 Jahre im Innendienst (vgl. Flexible Personalstatistik des Arbeitgeberverbandes der Versicherungsunternehmen in Deutschland AGV, Stichtag 31.12.2015, Tabelle 1.8). Die Fluktuation (Abgänge in % des durchschnittlichen Personalbestandes) betrug 2015 nur 4,6 % (vgl. AGV, Fluktuationserhebung).
- 11 Dennoch ist die Realität im Hinblick auf den Ausspruch einer Abmahnung oft eine andere. Könnte man annehmen, dass es (wie auch in jeder anderen zwischenmenschlichen Beziehung) im Arbeitsverhältnis gelegentlich zu Konflikten kommt und mit der Abmahnung ein gewöhnlicher Bereinigungsprozess einhergehen kann, so lässt sich in der betrieblichen Praxis dagegen oftmals beobachten, dass mit Ausspruch der Abmahnung ein **Trennungsprozess** eingeleitet wird. Insofern wird die Abmahnung als vorbereitendes Instrument zur Kündigung eingesetzt. Dies hängt damit zusammen, dass nach der Rechtsprechung des BAG die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung idR von einer vorherigen Abmahnung als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abhängig ist.
- 12 Das Kündigungsschutzgesetz differenziert in seinem Anwendungsbereich nach den drei Kündigungsarten, der verhaltens-, personen- und betriebsbedingten Kündigung (s. Kapitel Kündigungsschutzrecht). Dabei kann die Abmahnung ihren Sinn, zukünftiges vertragsgerechtes Verhalten zu erreichen, nur erfüllen, wenn an ein willensgesteuertes Verhalten des Arbeitnehmers angeknüpft wird, das dieser aufgrund seines subjektiven Wollens abändern kann (Schiefer Die Abmahnung 47). Der Prüfungsmaßstab zur Ermittlung der Erforderlichkeit einer Abmahnung muss daher sein, ob die Störung des Arbeitsverhältnisses auf steuerbarem Verhalten beruht und ob verloren gegangenes Vertrauen wiederhergestellt werden kann (BAG 10.6.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227) Im Kern geht es um

Vertrauen. Nur wenn sich die Arbeitsvertragsparteien (wieder) vertrauen können, muss das Arbeitsverhältnis aufrechterhalten werden. Die Rechtsprechung verbindet mit dem Erfordernis der Abmahnung bei steuerbarem Verhalten den Glauben an das Gute im Menschen. Das BAG geht von einem positiven Menschenbild aus und glaubt, dass Kritik und Warnung zu Verhaltensänderungen führen können. Der grundsätzliche Vorrang der Abmahnung vor einer verhaltensbedingten Kündigung ist letztlich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (BAG 23.10.2008, 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, 362). Die Abmahnung dient in diesem Zusammenhang der Objektivierung der negativen Prognose. Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann der vernünftige Arbeitgeber berechtigterweise annehmen, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (Schiefer Die Abmahnung 48).

Nur ausnahmsweise kann eine Abmahnung vor verhaltensbedingter Kündigung **entbehrlich** sein. Das ist einerseits dann der Fall, wenn offensichtlich ist, dass auch eine Abmahnung nicht zur Verhaltensänderung führen wird (BAG 9.6.2011, 2 AZR 381/10, DB 2012, 240) oder es sich andererseits um eine so schwere Pflichtverletzung (insbesondere Straftaten gegen den Arbeitgeber) handelt, dass der Arbeitnehmer unter keinen Umständen annehmen durfte, der Arbeitgeber würde dieses Verhalten tolerieren (BAG 23.6.2009, 2 AZR 283/08, AuA 2009, 726; BAG 25.10.2012, 2 AZR 495/11, DB 2013, 706; vgl. zum „Stalking“ BAG 19.4.2012, 2 AZR 258/10, AuA 2013, 247 f.).

13

Beispiel: Entbehrlichkeit der Abmahnung

14

Mitarbeiter *Zornig* erklärt mehrfach und lautstark in der Betriebskantine, aber auch im Personalgespräch gegenüber seinem Vorgesetzten unter Anwesenheit eines Betriebsratsmitglieds, dass er mit der neuen Gleitzeitregelung nicht einverstanden sei. Diese sei ungerecht und auch die Beteiligung des Betriebsrats unwirksam, weil dieser nur seine eigenen Interessen und nicht die der Belegschaft vertrete. Insbesondere missfalle ihm die neue Regelung zu den Raucherpausen. Er sei jetzt über 25 Jahre im Unternehmen und habe als starker Raucher (*Roth-Händle*) immer (kurze) Raucherpausen gemacht, ohne dass er hierfür extra ausstempeln hätte müssen. Die Raucherpausen seien zeitlich zu vernachlässigen; außerdem komme er danach immer mit höherer Arbeitsintensität und -motivation an den Arbeitsplatz zurück. Es sei im Übrigen bei so starken Rauchern wie ihm wissenschaftlich erwiesen, dass diese „von Zeit zu Zeit der Auffrischung des Nikotinspiegels“ bedürften (vgl. LAG RP 6.5.2010, 10 Sa 712/09, Quelle: Justiz Rheinland-Pfalz). Er werde sein *Verhalten nicht ändern*. Daran könne ihn auch kein Mobbing durch den Arbeitgeber hindern, insbesondere von einer Abmahnung werde er sich nicht abschrecken lassen.

Nachdem *Zornig* sein Verhalten nicht ändert nimmt der Arbeitgeber dies zum Anlass, diesen ordentlich verhaltensbedingt zu kündigen. Vor dem Hintergrund der öffentlichen Einlassungen des Mitarbeiters und dem Personalgespräch hat der Arbeitgeber auf eine vorherige Abmahnung verzichtet.

Lösung

Die Abmahnung war entbehrlich. Der Arbeitnehmer hat klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er sein Verhalten nicht ändern wird. Eine etwaige Abmahnung hätte ihre Appellfunktion nicht mehr erfüllen können. Sie wäre als *reine Förmerei* überflüssig gewesen. Ob die ausgesprochene Kündigung erfolgreich war, soll hier nicht weiter diskutiert werden. Entgegenstehen könnten Grundsätze einer betrieblichen Übung oder konkludenten Vertragsänderung. Was im Ergebnis aber aufgrund der unterschiedlichen Dauer der jeweiligen Pausen nicht der Fall sein dürfte (LAG Nürnberg 5.11.2015, 5 Sa 58/15, DB 2016, 600). Auch im Rahmen der Interessenabwägung könnte eine langjährig unbeanstandete Betriebszugehörigkeit zugunsten des Arbeitnehmers sprechen.

- 15 Die Grundsätze der vorrangigen Abmahnung gelten grundsätzlich selbst bei Störungen des Vertrauensbereichs durch **Straftaten** gegen das Vermögen oder Eigentum des Arbeitgebers (BAG 10.6.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; vgl. auch jüngst ArbG Hamburg 1.7.2015, 27 Ca 87/15, BeckRS 2015, 69853, zur Entwendung von acht Brötchenhälften durch eine Krankenschwester). Auch wenn gelegentlich in Arbeitsverträgen Auflistungen von Tatbeständen zu finden sind, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen sollen, kann hierdurch eine Kündigung abstrakt nicht gerechtfertigt werden.
- 16 Anderenfalls stünde es im Ermessen des Arbeitgebers zu definieren, wann sein Vertrauen verloren und eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit ausgeschlossen ist. „**Absolute**“ **Kündigungsgründe** kennt das deutsche Arbeitsrecht nicht. Selbst bei Straftaten ist immer eine konkrete Einzelfallprüfung erforderlich, ob nicht doch objektiv die Prognose gerechtfertigt sein kann, dass der Arbeitnehmer sich künftig nach einer Abmahnung vertragstreue verhalten wird. Andererseits dürfte bei Straftaten in den meisten Fällen die Abmahnung entbehrlich sein, weil der Arbeitnehmer unter keinen Umständen damit rechnen durfte, der Arbeitgeber werde dieses Verhalten tolerieren.
- 17 Vor Ausspruch einer **personenbedingten Kündigung** ist dagegen grundsätzlich keine Abmahnung erforderlich. Dennoch ist sie auch hier idR empfehlenswert, weil es für den Arbeitgeber im Vorfeld einer Kündigung manchmal nicht eindeutig identifizierbar ist, ob die Schwierigkeiten im Verhalten oder der Person begründet liegen. Oftmals liegen auch beide Ursachen kumulativ vor. Man spricht dann von Mischtatbeständen.

Sogar im Fall einer (nur) krankheitsbedingten Kündigung kann nach neuerer Rechtsprechung eine vorsorgliche Abmahnung geboten sein, wenn die Erkrankung durch ein steuerbares Verhalten beseitigt werden kann (vgl. Urteil des LAG HE 18.3.2014, 13 Sa 1207/13, openJur 2014, 13980, wo es um die Wiederaufnahme der unterbrochenen Medikation mit Psychopharmaka ging). Auch das BAG hat in einer aktuellen Entscheidung im Rahmen einer personenbedingten Kündigung wg. Alkohols im Rahmen der Interessenabwägung eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Abmahnung gewürdigt, mit welcher dieser dem Arbeitnehmer deutlich vor Augen geführt habe, welche Bedeutung er seiner Abstinenz beimesse (BAG 20.3.2014, 2 AZR 565/12, Rn. 38, NZA 2014, 602).

Beispiel: Personenbedingte Kündigung

Mitarbeiter *Kränklich* hat eine schlechte physische Verfassung. In den letzten fünf Jahren hat sich sein Zustand dauerhaft verschlechtert. War er im Jahr 2009 schon sieben Wochen arbeitsunfähig krank, hat sich dies bis zum Jahr 2014 auf nunmehr sogar zehn Krankheitswochen pro Kalenderjahr erhöht.

Versicherungsunternehmen *Capitol* kann die, durch die andauernden Kurzerkrankungen von *Kränklich* verursachten, Arbeitsausfälle nicht mehr kompensieren. Die Kollegen können die zusätzlichen Aufgaben nicht mehr bewältigen. *Capitol* sieht sich gezwungen, *Kränklich* krankheitsbedingt zu kündigen. Personalreferent *Schlau* überlegt, ob er nicht „zur Sicherheit“ noch eine Abmahnung ausspricht, „um den *Kränklich* aufzurütteln“.

Ergebnis

Die Abmahnung ist entbehrlich. Zwar könnte eine Abmahnung ausgesprochen werden. Diese ist jedenfalls nicht schädlich. Erforderlich ist sie jedoch nicht. Geht man davon aus, dass es sich bei den Krankheiten des *Kränklich* tatsächlich um Krankheiten, also regelwidrige Körperzustände handelt, auf die der Mitarbeiter keinen Einfluss hat, könnte die Abmahnung ihren Zweck, das Verhalten des *Kränklich* zu ändern, gar nicht erfüllen.

Anders wäre es allenfalls dann, wenn man dem Mitarbeiter einen Vorwurf machen kann, dass seine hohen Krankenstände auf steuerbarem Verhalten beruhen, er zB willentlich eine Medikation unterbricht. Das könnte auch dann der Fall sein, wenn es gelingt, dem Mitarbeiter nachzuweisen, dass er einen außerordentlich ungesunden und gefährlichen Lebenswandel führt, der letztlich zu seinen häufigen Erkrankungen führt. Dieser Vortrag ist allerdings sehr schwierig, weil der Vorwurf in den privaten Lebensbereich des Mitarbeiters hineineinreicht. Nur unter ganz besonderen Umständen ist es denkbar, dem Mitarbeiter Vorhaltungen in Bezug auf seinen Lebenswandel zu machen. Das mag in Ausnahmefällen etwa bei hoch riskanten Sportarten der Fall sein, die nicht mehr als sozialadäquat und üblich bewertet werden können.

Auch im Bereich der alkoholbedingten Arbeitsunfähigkeit ist zunächst noch an ein steuerbares Verhalten zu denken. Man kann hier daran anknüpfen, dass der Mitarbeiter sich zunächst bewusst in einen alkoholisierten Zustand versetzt hat und damit die Arbeitsunfähigkeit billigend in Kauf nahm. Gerade im Bereich „Alkohol“ sind aber die Grenzen fließend und oftmals wird man hier eher von der Krankheit „Alkoholismus“ ausgehen müssen, als dass noch steuerbares Verhalten vorliegt.

Im Ergebnis war die Abmahnung entbehrlich, weil es sich um eine nicht steuerbare Krankheit handelt. Aus Gründen der anwaltlichen Sorge war die Abmahnung jedoch trotzdem richtig und empfehlenswert, weil häufig auch im Fall der Krankheit, insbesondere bei Alkohol, nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch verhaltensmäßige Aspekte angesprochen werden können und ein „Appell an die Abstinenz“ Wirkung entfalten könnte.

- 18 Der Anwendungsbereich der Abmahnung ist zudem nur dann eröffnet und die Warnfunktion erfüllt, wenn der Kündigungssachverhalt ein wiederholtes, gleichartiges Verhalten betrifft (BAG 13.12.2007, 2 AZR 818/06, NZA 2008, 589). In diesem Bereich besteht erfahrungsgemäß viel Unsicherheit, weil die Personalverantwortlichen oftmals nicht sicher sind, was genau mit „gleichartigem Verhalten“ gemeint ist.

Nicht gemeint ist hierbei eine völlige Identität der Pflichtverletzungen. MaW: Ein Zuspätkommen ist nicht nur dann kündigungsrelevant, wenn der Arbeitnehmer bereits vorher mehrfach zu spät gekommen und entsprechend abgemahnt worden ist. Vielmehr geht es darum, Pflichtenkreise zu identifizieren und damit **gleichartige Pflichtverletzungen** abzumahnern. Ein solcher Pflichtenkreis kann zB „Sorgfalt im Arbeitsverhältnis“ sein. Hierunter wird man Verstöße wie Zuspätkommen, Flüchtigkeitsfehler bei der Arbeitserfüllung, Versäumnisse bei Anzeigepflichten usw. subsumieren können. Gleichwohl ist in diesem Bereich Vorsicht geboten. Wenn möglich sollte der Pflichtenkreis möglichst eng gefasst und nur in Ausnahmefällen soweit gezogen werden, wie vorstehend beschrieben. Von der Rechtsprechung als zulässig erkannte Pflichtenkreise sind zB die verspätete Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einerseits und die verspätete „Zuspätmeldung“ (BAG 19.6.2004, 2 AZR 406/03, NZA 2005, 459). Auch zwischen Verspätungen und vorzeitigem Verlassen des Arbeitsplatzes einerseits und unentschuldigtem Fehlen andererseits besteht ein Zusammenhang (Grobys/Panzer-Regh Kommentar Arbeitsrecht Kap. 2 Rn. 8 mVa. BAG 10.12.1992, 2 ABR 32/92, NZA 1993, 501).

1.4 Formale Voraussetzungen

1.4.1 Sorgfältige Darstellung der Pflichtverletzung

Bei der Abfassung der Abmahnung ist im Hinblick auf **Form** und Inhalt mit größter Sorgfalt zu verfahren (Schiefer Die Abmahnung 20). Der Abmahnende (Personalverantwortliche) sollte sich stets bewusst sein, dass die Abmahnung nicht nur Korrektiv zur Verbesserung des Arbeitsverhältnisses ist, sondern oftmals die Grundlage einer Kündigung. Jeder, der aber schon einmal ein Verfahren vor einem deutschen Arbeitsgericht geführt hat, weiß, wie gerne sich die Gerichte auf Formfehler „stürzen“. Das deutsche Arbeitsrecht ist sehr formalisiert, was dazu führt, dass auch die ultimativ vertrauenszerstörende Pflichtverletzung nichts wert ist, wenn der Betriebsrat fehlerhaft angehört wurde oder Mängel bei Vertretung oder Schriftform vorlagen – oder eben auch die einer verhaltensbedingten Kündigung zwingend vorausgehende Abmahnung(en) fehlerhaft war(en). Dieser Umstände sollte sich der Personalverantwortliche immer bewusst sein, wenn er den Abmahnungsprozess einleitet. Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit an dieser Stelle können zu einem späteren Zeitpunkt viel Geld und Emotionen sparen.

An dieser Stelle sei auch auf den praktisch relevanten Fall hingewiesen, dass die Fehlerhaftigkeit der Abmahnung erst im Kündigungsschutzverfahren relevant wird:

Beispiel: Die fehlerhafte Abmahnung

20

Mitarbeiter *Träge* schiebt in seinem elektronischen Aktenkorb regelmäßig einen erheblichen Rückstand vor sich her. Im Juni 2014 waren dies bereits 42 Vorgänge, womit er in der Abteilung seines Callcenters „einsame Spitze“ war. Sein Chef vom Dienst (CvD) spricht ihn mehrmals hierauf an und verweist auf die entsprechende einschlägige Betriebsvereinbarung. *Träge* schert das alles herzlich wenig. Er räumt zwar eine gewisse „Gedankenträgheit“ (vgl. BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028, im Fall eines deutlich unterdurchschnittlich leistenden ärztlichen Gutachters) ein, ändert aber in der Folge an seinem Verhalten nichts.

Die Personalleitung ist nicht gewillt, die erheblichen Rückstände weiter hinzunehmen. Man entschließt sich zur Abmahnung. Die Abmahnung wird begründet mit „unterdurchschnittlichen Leistungen“. Infolge eines Versehens werden im Sachverhalt der Abmahnung *Träge* teilweise Aktenrückstände zugeordnet, die eigentlich im Bereich eines Kollegen liegen.

Als sich auch im Folgenden das Arbeitsverhalten des *Träge* nicht ändert und er bei seiner Aktenbearbeitung deutlich, über einen Zeitraum von acht Monaten mehr als 35 % unter den durchschnittlichen Leistungen vergleichbarer Kollegen zurückbleibt, spricht die Personalleitung eine „Low-Performer-Kündigung“ aus. Der Anwalt des Unternehmens hatte hierzu geraten, weil die

Rechtsprechung des BAG in diesem Bereich eine solche, bei dauerhafter Unterschreitung der durchschnittlichen Leistungen vergleichbarer Kollegen um mehr als ein Drittel, rechtfertige und im konkreten Fall anhand der klar strukturierten Prozesse im Callcenter die Vergleichsgruppe sich anschaulich und „gerichtsfest“ darstellen lasse.

Mitarbeiter *Träge* ist empört und geht sofort zum DGB-Rechtsschutz. Der zuständige Rechtssekretär eröffnet ihm, dass die zwischen Anwalt und *Träge* im Vorfeld besprochene Taktik, dass man zunächst gegen die Abmahnung nicht vorgehen wolle, genau richtig gewesen sei. So habe man den Arbeitgeber „austricksen“ können und ihm seien die Sachverhaltsverwechslungen verborgen geblieben.

Wie entscheidet das Arbeitsgericht?

Lösung

Das Arbeitsgericht wird die Kündigung zurückweisen. Es fehlt an einer formwirksamen Abmahnung in zweierlei Hinsicht.

Zunächst ist bereits der dem Arbeitnehmer vorgeworfene Sachverhalt fehlerhaft. Handelt es sich hierbei tatsächlich um Akten, die dem *Träge* nicht zuzuordnen sind, so fällt es schwer, hier noch eine Appellfunktion anzunehmen. Zwar wird letztere zum Teil auch bei formfehlerhaften Abmahnungen von der Rechtsprechung angenommen. Dann müsste aber dem Arbeitnehmer auch infolge der formfehlerhaften Abmahnung unmissverständlich klar gewesen sein, was ihm vorgeworfen wird und dass er bei Fortsetzung dieses Verhaltens mit einer Kündigung rechnen muss. Im vorliegenden Fall kann man hiervon wohl kaum sprechen, wenn es um fremde Aktenrückstände geht.

Jedenfalls aber krankt die Abmahnung daran, dass *Träge* eine Arbeitspflicht unterstellt wird, die so nicht besteht. Kein Arbeitnehmer schuldet eine „durchschnittliche“ Leistung. Vielmehr gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein subjektiver Leistungsbegriff und individueller Maßstab. Der Arbeitnehmer schuldet nicht mehr Leistung, als er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte auf Dauer ohne Gefährdung seiner Gesundheit zu leisten im Stande ist (BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784).

Die Taktik von *Träge* und dem Gewerkschaftssekretär ist aufgegangen. In diesem Fall war es sinnvoller, eine fehlerhafte Abmahnung in der Personalakte zu belassen, als diese umgehend herauszuklagen oder mit Gegendarstellung zu neutralisieren. Anderenfalls hätte *Träge* den Arbeitgeber auf sein Versehen hingewiesen und dieser hätte jederzeit eine neue formwirksame Abmahnung aussprechen können, die dann auch im Kündigungsschutzprozess verwendbar gewesen wäre.

Weiterhin lehrt dieser Beispielsfall, dass es meist sinnvoll ist, verschiedene Sachverhalte in verschiedenen Abmahnungen zu verorten. Stellt sich später heraus, dass ein in der Abmahnung vorgeworfenes Verhalten so nicht stattgefunden hat oder beweisbar ist, werden jedenfalls andere tatsächlich zutreffende Sachverhalte von der fehlerhaften Abmahnung nicht „infiziert“. Gleichwohl ist auch in diesen Fällen zunehmend eine großzügige Rechtsprechung festzustellen, wonach die zutreffenden Vorwürfe als mündliche Abmahnung ihre Wirkung behalten sollen (BAG 5.8.1992, 5 AZR 531/91, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 8 = NZA 1993, 838).

Auch wenn oben darauf hingewiesen wurde, dass die Abmahnung sorgfältig, was Sachverhalt und Formalien betrifft, vorbereitet werden muss, kann sie auch noch dann ihren Zweck erfüllen, wenn **Fehler** gemacht wurden. Auch wenn im Einzelnen vieles streitig ist, kann doch eine Tendenz der Gerichte ausgemacht werden, wonach auch fehlerhafte Abmahnungen ihre Warnfunktion erfüllen können. Dies gilt für den Fall einer wegen der unterbliebenen Anhörung des Arbeitnehmers nach einer tariflichen Regelung formell unwirksamen Abmahnung (BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = NZA 1992, 1028). Im Ausspruch einer solchen Abmahnung sei nur eine rechtsgeschäftliche Handlung (Ausübung eines Rügerechts), die die rein faktische Warnfunktion unabhängig von rechtlichen Formvorschriften auszufüllen in der Lage ist, zu sehen (BAG 19.2.2009, 2 AZR 603/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 46 = NZA 2009, 894). Nach anderer Auffassung soll jede rechtswidrige Abmahnung eine generelle Warnfunktion erfüllen (Schunck, NZA 1993, 828 ff.). Eine Abmahnung, die wegen einer Mehrzahl von Vorwürfen ausgesprochen worden ist und entfernt werden muss, weil ein Teil der Vorwürfe unzutreffend ist, behält hinsichtlich der zutreffenden Vorwürfe als mündliche Abmahnung ihre Geltung (BAG 5.8.1992, 5 AZR 531/91, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 8 = NZA 1993, 838). Einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2001 (BAG 15.3.2001, 2 AZR 147/00, EzA § 626 BGB nF Nr. 185) lässt sich entnehmen, dass es zur Erfüllung der Warnfunktion keiner formell wirksamen Abmahnung bedarf (APS/Vossen/Dörner KSchG § 1 Rn. 403 f.).

Noch weitergehend ist die Auffassung des LAG Köln, wonach auch eine sachlich nicht berechnigte oder in ihrer Berechnigung umstrittene Abmahnung zur Erfüllung der Warnfunktion genüge (LAG K 5.2.1999, 11 Sa 565/98, ARST 1999, 282).

Das BAG hat dagegen im Urteil vom 23.6.2009 offen gelassen, ob eine Abmahnung ausnahmsweise auch dann die kündigungrechtliche Warnfunktion erfüllen kann, wenn sie in der Sache nicht gerechtfertigt ist (2 AZR 283/08, AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 5 = NZA 2009, 1168).

21

1.4.2 Warnfunktion

- 22 Notwendiger Inhalt der Abmahnung ist die **Warnfunktion**. Es muss also ein Hinweis auf die Folgen im Wiederholungsfall enthalten sein (BAG 9.8.1984, 2 AZR 400/83, NZA 1985, 124). Ausreichend ist es, wenn unmissverständlich deutlich wird, dass der Arbeitgeber im Wiederholungsfall den Bestand des Arbeitsverhältnisses als gefährdet ansieht und entsprechende Maßnahmen ergreifen wird (BAG 26.1.1995, 2 AZR 649/94, NZA 1995, 517).

1.4.3 Keine Schriftform

- 23 Die Abmahnung ist formfrei. Sie kann daher auch mündlich ausgesprochen werden (Küttner/Eisemann Personalbuch 2015 Kap. 2 Rn. 24). Auch wenn die **Schriftform** kein Wirksamkeitserfordernis der Abmahnung ist, sollte jede Abmahnung schriftlich ausgesprochen werden. Dies hat mit der Darlegungs- und Beweislast im arbeitsgerichtlichen Verfahren zu tun. Der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung vorwirft, ist hierfür darlegungs- und beweispflichtig. Ist einmal eine Abmahnung – aus welchen Gründen auch immer – nur mündlich ausgesprochen worden, heißt dies dennoch nicht, dass diese nicht mehr verwertbar wäre. Wenn der Ausspruch der Abmahnung bewiesen werden kann – zB durch anwesende dritte Personen (Zeugen) – kann auch die nur mündliche Abmahnung im Kündigungsschutzprozess die Kündigung tragen.

24 Beispiel: Die mündliche Abmahnung

In der Versicherungsagentur der *Capitol Versicherungen* in F. hat sich einiges aufgestaut. Der Agenturleiter *Stromberg* ist mit seinem Mitarbeiter B. unzufrieden, weil dieser ständig das Telefon klingeln lässt, ohne Kundenanfragen zu bearbeiten. Zudem ist er oftmals unhöflich am Telefon. Dies hat schon zu einigen Kündigungen verärgelter Versicherungsnehmer geführt.

Stromberg platzt der Kragen. Als er einmal wieder mitbekommt, dass B. das Telefon klingeln lässt und in aller Seelenruhe seinen Joghurt aufisst, rügt er ihn „vor versammelter Mannschaft“. Er stellt klar, dass es die Pflicht von B. sei, Kundenanrufe anzunehmen und mit einer gewissen Höflichkeit zu bearbeiten. Er werde dieses Verhalten nicht länger hinnehmen. Irgendwann sei Schluss. Dann könne B. seinen Job hier „an den Nagel hängen“.

Als es zu weiteren Vorfällen kommt und *Stromberg* sich zur Kündigung entschließt und die beiden sich dann im arbeitsgerichtlichen Kammertermin gegenüber sitzen, grinst B. frech und vertritt den Standpunkt, dass die Kündigung unwirksam sei, weil es keine Abmahnung gebe.

Lösung

An der fehlenden Abmahnung jedenfalls scheitert die Kündigung nicht. *Stromberg* dürfte es ein Leichtes sein, den Ausspruch der Abmahnung durch andere damals anwesende Mitarbeiter und ggf. Kunden zu beweisen. Man wird auch annehmen können, dass durch die von *Stromberg* geäußerten Vorhaltungen die Warn- und Rügefunktion einer Abmahnung ausreichend erfüllt wurden.

Die (schriftliche) Abmahnung sollte aus Dokumentations- und Beweisgründen auch in ihrer Überschrift klar und unmissverständlich als Abmahnung bezeichnet sein. Auch hier gelten das Transparenzgebot und der Grundsatz, dass Zweifel zu Lasten des Abmahnenden, also (meist) des Arbeitgebers, gehen.

1.4.4 Keine Anhörung des Arbeitnehmers

Es stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Abmahnung anzuhören ist.

Fall: Abmahnung ohne Anhörung

25

Mitarbeiter *Schlau* erhält eine Abmahnung. Diese hält er für „völlig unberechtigt“. Allerdings fällt es ihm schwer, den Vorwürfen substantiiert entgegenzutreten.

Da erinnert er sich an sein (abgebrochenes) Jurastudium. Im Verwaltungsrecht, so meint er sich dunkel zu erinnern, muss doch vor dem Erlass belastender Verwaltungsakte auch dem Bürger Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Auch im Strafrecht war es doch wohl so, dass dem Beschuldigten immer Gelegenheit gegeben werden muss, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu entkräften. Schließlich hat er gehört, dass auch im Arbeitsrecht der Arbeitnehmer vor einer „Verdachtskündigung“ angehört werden muss. Insofern meint er, hierin einen allgemeingültigen Rechtssatz zu erkennen und ist froh, dass er endlich einmal seine Rechtsschutzversicherung gebrauchen und sich an einen Anwalt wenden kann, mit dem Ziel die Abmahnung „herauszuklagen“.

Wie wird der Rechtsanwalt beraten?

Schlau droht eine Enttäuschung. Im Abmahnungsrecht besteht kein Erfordernis der vorherigen Anhörung des Arbeitnehmers (BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028).

Allerdings ist es denkbar, dass zusätzliche Pflichten vor Ausspruch einer Abmahnung in Kollektivvereinbarungen geregelt werden. In diesem Fall muss der Arbeitgeber sich selbstverständlich hieran halten.

1.4.5 Fristen

- 26 Eine Regelausschlussfrist, innerhalb derer eine Abmahnung auszusprechen ist, besteht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht (BAG 15.1.1986, 5 AZR 70/84, NZA 1986, 421).

Versuche, andere gesetzliche oder tarifliche Fristen heranzuziehen, blieben erfolglos. Die gesetzliche Erklärungsfrist von zwei Wochen gem. § 626 Abs. 2 BGB gilt nicht (BAG 15.1.1986, 5 AZR 70/84, NZA 1986, 421); auch vertragliche oder tarifvertragliche Ausschlussfristen sind nicht übertragbar (BAG 14.12.1984, 5 AZR 137/94, NZA 1995, 676).

Der Arbeitgeber ist daher grundsätzlich berechtigt, auch wegen länger zurückliegender Pflichtverletzungen abzumahnern.

- 27 Die zeitliche Grenze liegt dabei im Recht der **Verwirkung**. Verwirkung bedarf eines sog. Zeit- und Umstandsmoments. Das soll dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Zeitablaufs und des Verhaltens des Arbeitgebers darauf vertrauen durfte, das Abmahnungsrecht werde nicht mehr geltend gemacht (BAG 14.12.1994, 5 AZR 137/94, NZA 1995, 676).

Trotzdem sollte man keine zu lange zurückliegenden Pflichtverletzungen abmahnen. Hierdurch kann die Warnfunktion verloren gehen. (vgl. Grobys/Panzer-Regh Kommentar Arbeitsrecht Kap. 2 Rn. 23). Auch wenn sich schematische Angaben grundsätzlich verbieten, wird man sagen können, dass ein Abmahnungssachverhalt möglichst innerhalb eines Jahres verwertet werden sollte und nach zwei Jahren kaum mehr verwertbar sein dürfte.

Anders ist es nur dann, wenn dem Arbeitgeber die Pflichtverletzung erst viel später bekannt wird. In einem solchen Fall kann der Arbeitgeber, sofern ihm die Pflichtverletzung jedenfalls nicht schuldhaft verborgen geblieben ist, auch noch Jahre später abmahnen.

1.4.6 Materielle Voraussetzungen

- 28 Kern der Abmahnung ist die **Pflichtverletzung**. Es muss besonderer Wert darauf gelegt werden, die Pflichtverletzung herauszuarbeiten. Das mag in vielen Fällen unproblematisch sein. Man wird im Falle einer Beleidigung oder Beschimpfung des Vorgesetzten nicht darüber diskutieren müssen, dass es zu den Nebenpflichten des Arbeitnehmers gehört, seine Vorgesetzten angemessen zu behandeln und dass ein cholerisches oder lautstarkes Verhalten hierunter nicht fällt.

Dagegen sind aber auch viele Konstellationen vorstellbar, wo es gar nicht so einfach ist, eine entsprechende Arbeitspflicht darzustellen. Das gilt insbesondere bei qualitativen oder quantitativen Minderleistungen. Aber auch in vielen anderen Fällen wird sich die gerügte Pflicht selten aus Arbeitsvertrag oder Tätigkeitsbe-

schreibung explizit entnehmen lassen. Insofern ist hier einige Sorgfalt und Kreativität gefragt.

Als weitere wesentliche materielle Voraussetzung muss die Abmahnung dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** genügen. Dieser gilt nicht nur für Kündigungen, sondern eben auch für die Abmahnung (BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842). Allerdings geht die Rechtsprechung hier von einem geringeren Maßstab aus und beschränkt die Prüfung auf eine Übermaß- und Rechtsmissbrauchskontrolle (BAG 31.8.1994, 7 AZR 893/93, NZA 1995, 225). Die Abmahnung wird nur dann am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheitern, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen Sachverhalt und Abmahnung besteht, der Arbeitgeber also erheblich über das Ziel hinausschießt. Daran könnte man denken, wenn der Arbeitgeber gegen Verhaltensweisen vorgeht, die man eindeutig als sozialadäquat einstufen würde, zB eine kurze Unterhaltung unter Kollegen.

Aber – und das soll an dieser Stelle unmissverständlich klar gestellt werden – eine Pflichtverletzung ist und bleibt eine Pflichtverletzung. Auch eine nur dreiminütige Verspätung zum vereinbarten Arbeitsbeginn muss der Arbeitgeber nicht akzeptieren und kann im Wiederholungsfall und bei mehrfacher wirksamer Abmahnung zur Kündigung berechtigen. Der Arbeitgeber muss sich nicht dafür rechtfertigen, dass er die vollständige Einhaltung der arbeitsvertraglichen Regeln einfordert.

2 Mitbestimmung des Betriebsrats

- 30 Eine häufig gestellte Frage ist es, ob, und wenn ja wie, der Betriebsrat im Abmahnungsverfahren zu beteiligen ist. Die Antwort ist klar und eindeutig: Nein! Der Betriebsrat ist vor Ausspruch der Abmahnung nicht anzuhören. Es gibt kein entsprechendes betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht.

Anders verhält es sich jedoch im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses. Braucht der Arbeitgeber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine wirksame Abmahnung, so muss er dem Betriebsrat vorher die Abmahnung(en) mitgeteilt und ihn entsprechend angehört haben (BAG 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316). Der Betriebsrat muss wissen, ob und wann der Arbeitnehmer abgemahnt wurde, wenn er eine Entscheidung auf vollständiger Tatsachengrundlage treffen will. Der Betriebsrat ist „vollständig“ zu unterrichten. Ihm sind daher auch entlastende Umstände mitzuteilen. Vor diesem Hintergrund sollte dem Betriebsrat aus anwaltlicher Sorge auch eine etwaige, in der Personalakte befindliche, Gegen Darstellung im Anhörungsverfahren zugeleitet werden (BAG 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316).

- 31 ► **Exkurs: Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gem. § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX**

Hiernach hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten der Schwerbehinderten unverzüglich und umfassend zu unterrichten. Dazu zählen auch Abmahnungen. Auch das Datenschutzgesetz dürfte dem nicht entgegenstehen (BAG 17.8.2010, 9 ABR 83/09, DB 2011, 1059; Kleinebrink, DB 2012, 1508 (1511)). Da jedoch § 95 SGB IX keine echte Wirksamkeitsvoraussetzung der Abmahnung ist, wird diese (und ggf. eine spätere Kündigung) bei Verletzung der Pflicht nicht automatisch unwirksam (Neumann/Hampe, DB 2014, 1258 mVa. LAG Berlin-Brandenburg, 5.11.2010, 13 Sa 1695/10).

- 32 Gelegentlich wird von Betriebsräten im Rahmen der Generalklausel gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG behauptet, es bestehe ein **Auskunftsanspruch** über erteilte Abmahnungen. Der Betriebsrat benötige diese Information zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben (LAG HM 17.2.2012, 10 TaBV 63/11, BB 2012, 2124).

Dem tritt das Bundesarbeitsgericht – zu Recht – entgegen (BAG 17.9.2013, 1 ABR 26/12, NZA 2014, 269). Hiernach kommt ein Anspruch auf Informationen über Abmahnungen nur in Betracht, wenn diese zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich sind. Aus der individualrechtlichen Bedeutung der Abmahnung ergibt sich eine solche Aufgabe des Betriebsrats nicht. Dieser ist, außerhalb des Mitwirkungsverfahrens bei Kündigung nach § 102 BetrVG, bei der Erteilung von Abmahnungen nicht zu beteiligen. Macht der Betriebsrat geltend, die Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben erfordere die Vorlage aller Abmahnungsschreiben, hat er aufzuzeigen, für welche Aufgaben er die Abmahnungs-

schreiben benötigt. Der allgemeine Hinweis auf Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG ist unzureichend.

Nach diesen Grundsätzen hat der Betriebsrat keinen Anspruch auf generelle Informationen über Abmahnungen. Eine entsprechende betriebsverfassungsrechtliche Aufgabe ist nicht ersichtlich. Man kann auch nicht allgemein behaupten, dass durch Abmahnungen Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG betroffen seien. Es sind Fälle denkbar, in denen offensichtlich Mitbestimmungsrechte nicht betroffen sind, zB Arbeitsvertragsverletzungen. Sofern der Betriebsrat nicht substantiiert darlegt, für welche betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben er die Vorlage der Abmahnungen benötigt, sind ihm diese nicht vorzulegen.

Fazit

Im Bereich der Abmahnung lässt sich die Trennung zwischen Individual- und Kollektivarbeitsrecht sehr gut nachvollziehen. Abmahnungen betreffen das Individualverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Der Betriebsrat hat hier nicht mitzubestimmen. Er kann nicht verlangen, dass ihm alle, ab einem bestimmten Zeitpunkt erteilten, Abmahnungen vorgelegt werden.