

## **Vor der Kündigung kommt die Abmahnung: Triftige Gründe entscheidend**

Was ist das geeignete Mittel, um Abhilfe zu schaffen, wenn der Arbeitnehmer sich vertragswidrig verhält? Eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung (s. Praxis+Recht-Magazin 3/2002) ist nur nach vorheriger Abmahnung gerechtfertigt. Nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) ist eine Kündigung wegen eines pflichtwidrigen Verhaltens ohne vorausgegangene Abmahnung sozialwidrig. Sie würde dem Grundsatz des Ultima Ratio im deutschen Arbeitsrecht entgegenstehen. Das macht die Abmahnung zu einem arbeitsrechtlich sehr bedeutsamen Instrument.

Eine Abmahnung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber zeigt, dass die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers deutlich erkennbar beanstandet wird. Damit ist auch der Hinweis verbunden, dass bei Wiederholung der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist. Die Abmahnung gibt dem Arbeitnehmer Gelegenheit, seinen vertraglichen Verpflichtungen künftig ordnungsgemäß nachzukommen und die gerügten Leistungs- oder Verhaltensmängel zu korrigieren. Geschieht dies nicht, ist bei festzustellenden vergleichbaren Pflichtwidrigkeiten eine Kündigung möglich.

Grundsätzlich darf bei jedem schuldhaften Pflichtverstoß, unabhängig vom Grad oder der Schwere der Vertragsverletzung, abgemahnt werden. Lediglich vollkommen lächerliche Pflichtverstöße dürfen nicht mit Abmahnungen belegt werden. Hier ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entscheiden. Passt einem Vorgesetzten das Parfüm einer unliebsamen Mitarbeiterin nicht, kann er sie nicht dagegen abmahnen. Das gilt auch, wenn ein Mitarbeiter die Pause einmal um zehn Minuten überzieht oder eine Krankmeldung aus Versehen zu spät abgibt. Ebenso fallen in diese Kategorie legere Kleidung an Arbeitsplätzen ohne Repräsentationsfunktion oder Publikumsverkehr.

Auch vor einer fristlosen Kündigung aus "wichtigem Grund" ist grundsätzlich eine einschlägige Abmahnung notwendig.

### **Wann ist eine Abmahnung zwingend erforderlich?**

Bei jedem Verstoß des Mitarbeiters gegen seine arbeitsvertraglichen Hauptpflichten ist eine Abmahnung erforderlich, also immer dann, wenn der Mitarbeiter seiner Hauptverpflichtung aus dem zum Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverhältnis, der Verpflichtung zur Arbeit, nicht beziehungsweise nur unbefriedigend nachkommt.

Typische Verstöße gegen diese Hauptpflicht sind zum Beispiel:

- verspätete Arbeitsaufnahme,
- Überziehen von Pausen,
- fehlerhaftes Arbeiten,
- Arbeitsbummelei,
- Nichtbefolgen von Arbeitsanweisungen.

Ebenso können stundenlange unerlaubte private Telefonate und zu frühes Nachhausegehen von der Arbeit als Gründe für eine Abmahnung gelten.

Auch der Verstoß gegen Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis berechtigt zum Ausspruch einer Abmahnung. In diesen Bereich gehört beispielsweise das Fehlverhalten eines Mitarbeiters, der sich nicht rechtzeitig - vor Dienstantritt - beim

Arbeitgeber krank meldet oder der seine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht rechtzeitig vorlegt. Wird wegen eines Verstoßes gegen derartige Nebenpflichten abgemahnt, so kann allerdings nicht gleich bei einem erneuten Verstoß gekündigt werden. Vielmehr müssen mehrere Verstöße gegen diese Nebenpflichten vorliegen, die entweder alle einzeln oder zusammen abgemahnt werden, bevor eine Kündigung ausgesprochen werden kann.

Auch Verstöße im so genannten Betriebsbereich können eine Abmahnung veranlassen. Dazu gehören beispielsweise Verstöße gegen Rauch- oder Alkoholverbote und die Störung des Betriebsfriedens durch Tätlichkeiten gegenüber anderen Mitarbeitern. Es kann aber auch durch ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers der Vertrauensbereich des Arbeitsverhältnisses betroffen sein. Darunter sind Pflichtverletzungen, die den Glauben an die Gutmütigkeit, Loyalität und Redlichkeit des Arbeitnehmers unheilbar zerstören (z.B. Abänderung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung oder der Stempelkarte etc.), zu verstehen.

Ist das Vertrauen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nachhaltig gestört, ist ausnahmsweise keine Abmahnung notwendig. Vielmehr kann der Arbeitgeber auf das Fehlverhalten des Mitarbeiters sofort mit einer Kündigung reagieren: Insbesondere bei Verfehlungen, die gleichzeitig auch Straftaten darstellen oder ähnlich schwerwiegend sind (z.B. Diebstahl, Betrug, Stempelkartenmanipulation, Annahme von Schmiergeldern, Erschleichen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, Tätlichkeiten gegenüber dem Arbeitgeber, etc.).

Ist das Fehlverhalten des Mitarbeiters nicht so schwerwiegend, liegt also nur eine normale Beeinträchtigung des Vertrauensbereichs vor, muss vor Ausspruch einer Kündigung abgemahnt werden. Das gilt immer dann, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers steuerbar ist und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden darf beziehungsweise wenn der Arbeitnehmer darauf vertrauen durfte, dass der Arbeitgeber sein Verhalten dulden würde. Ein abzumahnendes Fehlverhalten im Vertrauensbereich liegt zum Beispiel vor, wenn Mitarbeiter private Telefongespräche über Diensttelefone führen.

### **Abmahnung gesetzlich geregelt**

Die Abmahnung war bis zur Reform des Schuldrechtes im Jahr 2001 im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) reines Richterrecht. Das Kündigungsschutzgesetz kennt weder diesen Begriff noch regelt es ansatzweise seine Funktion. Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen – zu denen auch Arbeitsverhältnisse zählen - aus wichtigem Grund ist nach neuem Recht allgemein in § 314 BGB geregelt und entspricht inhaltlich der für das Arbeitsverhältnis geltenden spezialgesetzlichen Regelung des § 626 BGB.

In § 314 Abs. 2 BGB ist festgelegt, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig ist. Damit wird erstmals für verhaltensbedingte außerordentliche Kündigungen eine Abmahnung gesetzlich normiert. Die bisher durch die Rechtsprechung festgeschriebenen Regelungen zur Abmahnung sind nun im BGB verankert.

Der § 314 Abs. 2 BGB ist auch auf ordentliche Kündigungen entsprechend anwendbar. Denn was der Gesetzgeber für außerordentliche Kündigungen festschreibt, muss erst

recht für die "Normalkündigungsform" gelten. Nach der Rechtsprechung des BAG hat die Abmahnung eine dreifache Funktion zu erfüllen.

### **1. Dokumentationsfunktion**

Eine Abmahnung muss wie jede arbeitsrechtliche Erklärung deutlich formuliert sein. Sie kann mündlich oder schriftlich erklärt werden. Der betroffene Arbeitnehmer muss ohne weiteres erkennen können, dass der Arbeitgeber einen Pflichtverstoß rügt.

Für die Form der Abmahnung gibt es keine gesetzlichen Vorschriften: sie ist sowohl schriftlich wie auch mündlich möglich und rechtswirksam. Es ist jedoch jedem Arbeitgeber dringend zu raten, die Abmahnung schriftlich auszusprechen. Zum einen ist zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer klar, wie die Abmahnung ausgesehen hat und wie deren Inhalt war. Zum anderen kann die Abmahnung zur Personalakte genommen werden. Bei späteren Streitigkeiten braucht nicht durch eine schwierige Beweisaufnahme ermittelt werden, wie die Abmahnung vielleicht ausgesehen hatte. Denn nach längeren Zeiträumen (Monaten, Jahren) kann kein Zeuge mehr vernünftig oder ausreichend klar darlegen, wie und mit welchem Inhalt eine bestimmte Abmahnung erklärt wurde.

### **2. Hinweisfunktion**

Die Abmahnung dient dazu, den Arbeitnehmer darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber mit einem bestimmten Verhalten nicht einverstanden ist oder dieses Verhalten als nicht vertragsgemäß betrachtet.

Deshalb ist wichtig, dass die Abmahnung klar und eindeutig ausgesprochen wird und dass der Sachverhalt, auf den sich die Abmahnung bezieht, vom Arbeitgeber konkret und möglichst substantiiert dargelegt wird. Dies ist vor allem für einen späteren Kündigungsschutzprozess von erheblicher Bedeutung.

Damit der Arbeitnehmer in Zukunft tatsächlich die Gelegenheit hat, sich anders, also vertragstreu, zu verhalten, ist die genaue Bezeichnung des Gegenstandes und der vorgeworfenen Vertragsverletzung erforderlich.

### **3. Warn- und Androhungsfunktion**

Die Abmahnung soll im Allgemeinen nicht als Kündigungsvorbereitung dienen. Vielmehr soll die Abmahnung den Arbeitnehmer warnen und ihm vor Augen führen, dass er bei weiteren Verstößen mit einer Kündigung rechnen muss. Sinn und Zweck der Abmahnung ist, dass der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich geschuldeten Pflichten erfüllt und Konflikte, Missverständnisse und Störungen im Arbeitsverhältnis abbaut. Vom Ursprung her ist die Abmahnung zunächst als positives Instrument zur Bewahrung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen.

Leider ist die Abmahnung aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mehr oder weniger zu einem "Kündigungsvorbereitungsinstrument" mutiert. Da eine verhaltensbedingte Kündigung in der Regel stets eine oder mehrere Abmahnungen voraussetzt, betrachten viele Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Abmahnung nur noch als Vorstufe zur Kündigung. Dies ist eigentlich falsch und entstellt den ursprünglichen Zweck der Abmahnung.

### **Ist eine Abmahnung entbehrlich?**

Liegen im Einzelfall besondere Umstände vor, kann eine Abmahnung im Leistungs- und Verhaltensbereich entbehrlich sein. Das gilt beispielsweise, wenn die Abmahnung nicht als erfolgsversprechend angesehen werden kann oder wenn der Arbeitnehmer zu erkennen gibt, dass er nicht in der Lage oder gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten. Kannte der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens, setzt er aber trotzdem seine Pflichtverletzungen hartnäckig und uneinsichtig fort, läuft die Warnfunktion der Abmahnung ins Leere.

Besonders schwere Verstöße (Spesenbetrug, Missbrauch von Vollmachten, Diebstahl oder Unterschlagungen) bedürfen keiner früheren Abmahnung, weil der Arbeitnehmer nicht damit rechnen kann, dass der Arbeitgeber sein Verhalten billigt. Hier wird eine positive Prognose für das Arbeitsverhältnis auszuschließen und die Abmahnung entbehrlich sein, da eine künftige Vertragstreue die eingetretene Zerstörung des Vertrauensverhältnisses nicht mehr ungeschehen machen kann.

Eine Abmahnung kann von jeder dem Arbeitgeber gegenüber weisungsberechtigten Person ausgesprochen werden. Die Abmahnung ist in die Personalakte des Arbeitnehmers zu nehmen.

### **Wie lange gilt die Abmahnung?**

Die Rechtsprechung hat ausdrücklich keine feste Zeitgrenze für die Wirkung der Abmahnung gesetzt. Hier ist immer der Einzelfall zu betrachten. Die Warnfunktion verbraucht sich im Zeitablauf, das heißt, wenn zwischen dem abgemahnten Verhalten und der erneuten Verletzung der vertraglichen Pflichten ein längerer Zeitraum ohne Pflichtverletzung liegt, kann der Arbeitgeber die Abmahnung nicht mehr zur Vorbereitung der Kündigung nutzen. Für die Festsetzung der Zeitdauer sind die Schwere des Verstoßes, die Beweggründe des Arbeitnehmers, seine weitere Arbeitsleistung unter Berücksichtigung der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses zu betrachten. Grundsätzlich wird die Abmahnung nach einigen Jahren unwirksam und ist maximal nach zwei Jahren aus der Personalakte zu entfernen.

Wurde eine unberechtigte Abmahnung ausgesprochen, ist sie unverzüglich aus der Personalakte zu entfernen. Bestreitet der Arbeitnehmer die Vorwürfe, die ihm mit der Abmahnung angelastet werden, kann er auf dem Klageweg dagegen vorgehen. Eine Abmahnung ist immer dann ungerechtfertigt, wenn sie auf unzutreffende Tatsachen oder Bewertungen oder auf eine unzutreffende rechtliche Einschätzung des Verhaltens beruht oder dem Arbeitnehmer der Pflichtverstoß nicht nachzuweisen ist. Eine bestimmte Frist für die Klageerhebung gibt es nicht. Nach unverhältnismäßig langer Zeit ist der Klageanspruch allerdings verwirkt.

### **Arbeitnehmer vor Abmahnung anhören**

Vor Ausspruch der Abmahnung ist der betroffene Arbeitnehmer anzuhören. Geschieht dies nicht ist die Abmahnung formell unwirksam. Trotzdem entfaltet diese formell unwirksame Abmahnung ihre erforderliche Warnfunktion vor einer verhaltensbedingten Kündigung. Dem Arbeitnehmer steht das Recht zu, dass seine Gegendarstellung ebenfalls in die Personalakte aufgenommen wird.

Sollte der Arbeitnehmer nach der Abmahnung sein vertragswidriges Verhalten fortsetzen, kann der Arbeitgeber eine weitere Abmahnung erteilen oder bereits eine

außerordentliche oder ordentliche Kündigung aussprechen. Der Kündigungsgrund muss allerdings dem Unrechtsachverhalt der Abmahnung entsprechen. Eine Regel, nach der vor einer Kündigung drei Abmahnungen erfolgen müssen, gibt es nicht.

Die Abmahnung ist wirksam, genau wie bei einer Kündigung, wenn sie dem Arbeitnehmer zugegangen ist. Deshalb sollte der Arbeitgeber das Schreiben persönlich übergeben und sich die Übergabe schriftlich bestätigen lassen, und zwar mit einem Zeugen, der bestätigen kann, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt dem Beschäftigten ein Schreiben mit bestimmtem Inhalt übergeben wurde. Liegt ein wiederholter Pflichtverstoß vor Zugang der Kündigung vor, wird dieser nicht von der Warnfunktion der Abmahnung erfasst.

### **Anhörung des Betriebsrates**

Der Betriebsrat ist bei einer Abmahnung nicht zu beteiligen. Da es sich bei der Abmahnung nicht um eine Maßnahme im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 (Frage der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb) Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) handelt, ist sie nicht mitbestimmungspflichtig. Vor dem Ausspruch der Abmahnung ist weder die Anhörung des Betriebsrats noch die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung erforderlich.

### **Gliederung einer Abmahnung**

Zuerst ist das vom Arbeitgeber kritisierte Verhalten des Arbeitnehmers, anschließend das Verhalten des Arbeitnehmers, das der Arbeitgeber in Zukunft erwartet sowie die Sanktion, wenn der Mitarbeiter sein Verhalten zukünftig nicht ändert, zu beschreiben.

### **Fazit**

Nach der Rechtsprechung wird für eine ordentliche oder außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung eine vorherige Abmahnung vorausgesetzt. Der Arbeitgeber darf allerdings nicht willkürlich und nach „Gutsherrenart“ eine Abmahnung aussprechen - triftige Gründe sind immer erforderlich.

### **Tipps für eine Abmahnung**

- Die Abmahnung als Beweis schriftlich verfassen und deutlich machen, dass es sich bei dem Schreiben um eine Abmahnung handelt.
- Den zu beanstandenden Leistungsmangel oder das Fehlverhalten des Mitarbeiters hervorheben.
- Hinweis, dass im Wiederholungsfall die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt.
- Sachverhalt sorgfältig und korrekt beschreiben, damit der Mitarbeiter erkennt, was er falsch gemacht hat und wie er sich zukünftig richtig verhält.
- Sammel-Abmahnungen möglichst vermeiden und jedes Fehlverhalten besser einzeln abmahnen.
- Den Empfang der Abmahnung vom Mitarbeiter als Beweis quittieren lassen.
- Eine Durchschrift der Abmahnung in die Personalakte legen.

### **Thomas Kuschel**

Diplom-Wirtschaftsjurist im Bereich  
Grundsatzfragen in der Hauptabteilung  
Personal- und Sozialwesen