
1 Einleitung

1.1 Welche gesetzlichen Grundlagen hat die Abmahnung?

Die Abmahnung ist gesetzlich nicht geregelt. Sie wird lediglich — soweit ersichtlich — in § 12 Abs. 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sowie in verschiedenen Landespersonalvertretungsgesetzen erwähnt (vgl. hierzu 9.1), seit der Schuldrechtsreform auch in § 314 Abs. 2 und § 323 Abs. 3 BGB.

Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts — und damit auch des Rechts der Abmahnung — ist bis heute nicht gelungen. Die größte Öffentlichkeitswirkung — jedenfalls in der Fachwelt — hatte zuletzt ein von den Professoren Henssler und Preis im Auftrag der Bertelsmann Stiftung erstellter und im August 2006 veröffentlichter Entwurf einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts. Aufgrund zahlreicher Hinweise und Anregungen hierzu haben die Autoren sodann den Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (Stand: November 2007) vorgelegt. Darin wird als § 115 Abs. 4 folgende Regelung vorgeschlagen (zitiert nach dem Abdruck in der Beilage 1/2007 zu Heft 21/2007 der NZA):

Vertragswidriges Verhalten rechtfertigt die Kündigung, wenn die Vertragsverletzung eine den Betriebszwecken dienliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht erwarten lässt (verhaltensbedingte Kündigung). Die Kündigung ist nur wirksam nach vorheriger Abmahnung, es sei denn, dass das Fehlverhalten schwerwiegend war oder der Arbeitnehmer ein vertragsgemäßes Verhalten ernsthaft und endgültig abgelehnt hat.

Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts hat im Januar 2008 gegenüber der Presse erklärt, der Entwurf der beiden Professoren sei eine „erfolgsversprechende historische Chance“ (zitiert nach der FAZ vom 31. Januar 2008). Ob der Entwurf eine Chance hat, in ein Gesetzgebungsverfahren einzumünden, ließ sich damals nicht absehen (vgl. hierzu auch Wroblewski in NZA 2008, S. 622). Nachdem erneut mehrere Jahre ins Land gegangen sind, muss man nüchtern feststellen, dass angesichts der unterschiedlichen parteipolitischen, verbandspolitischen und gesellschaftlichen Interessen jedenfalls in naher Zukunft bei realistischer Einschätzung nicht mit entscheidenden Fortschritten auf dem Weg zu einer Zusammenfassung der in zahlreichen Gesetzen verstreuten arbeitsrechtlichen Regelungen in einem Gesamtwerk gerechnet werden kann.

1.2 Wie hat sich die Rechtsprechung entwickelt?

Die Abmahnung ist eine Erfindung der Arbeitsgerichtsbarkeit, stellt also typisches Richterrecht dar. Als Begriff taucht sie erstmals in einer Entscheidung des BAG aus dem Jahre 1958² auf. Das Gericht hatte festgestellt, dass Fälle denkbar seien, in denen vor Ausspruch der Kündigung eine Anhörung des Arbeitnehmers oder „sogar eine Abmahnung“ erforderlich sei. Das BAG brauchte damals nicht zu entscheiden, welche Wirkung ein Unterlassen der Abmahnung in solchen Fällen hat. Es konnte sich deshalb mit dem allgemein gehaltenen Leitsatz begnügen, es bedürfe nicht in allen Fällen der fristlosen Kündigung einer vorherigen Abmahnung des Arbeitnehmers.

Einige Jahre später, nämlich 1961³, hat das BAG unter Hinweis auf das Schrifttum verlangt, „nach ganz allgemeiner Meinung“ müsse „in Fällen leichterer Verstöße gegen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis“ zunächst eine „hinreichend deutliche Abmahnung“ ausgesprochen werden. In dem damaligen Fall ging es um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Das BAG hat ergänzend darauf hingewiesen, es sei ein unzulässiger Widerspruch zum früheren Verhalten des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer gegenüber „plötzlich“ eine Kündigung auszusprechen, ohne ihm vorher Gelegenheit gegeben zu haben, seine Arbeitsweise den Anforderungen anzupassen. Diese Aussage beruhte darauf, dass der Arbeitgeber dem Kläger Anlass zu der Annahme gegeben hatte, er sei mit seinen Leistungen zufrieden.

Eine rechtliche Begründung für die Notwendigkeit einer Abmahnung vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung wegen Störungen im Leistungsbereich hat das BAG erstmals in seiner Entscheidung vom 19.6.1967⁴ gegeben.

Bereits ein halbes Jahr später⁵ hat das BAG eine Parallele zum Mietrecht gezogen. Das Mietverhältnis sei ebenso wie das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis. Das Mietrecht sehe bei der auf Störungen im Leistungsbereich gestützten außerordentlichen Kündigung ebenfalls eine Abmahnung vor (§§ 542, 553 BGB).

² Urt. v. 2.5.1958 – AP Nr. 16 zu § 66 BetrVG

³ Urt. v. 28.9.1961 – AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung

⁴ AP Nr. 1 zu § 124 GewO mit Anm. v. Hueck; kritisch zu § 326 BGB als Anspruchsgrundlage Bock in ArbuR 1987, 217; Falkenberg in NZA 1988, 489

⁵ Urt. v. 18.1.1968 – AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG

Die Erforderlichkeit der Abmahnung vor einer wegen Störungen im Leistungsbereich beabsichtigten fristlosen Kündigung hat das BAG in zwei weiteren Entscheidungen von 1968⁶ und 1971⁷ bestätigt.

1976 hat das BAG erstmals unter Bezugnahme auf seine vorgenannte Rechtsprechung den allgemeinen Rechtssatz aufgestellt, bei Störungen im so genannten Leistungsbereich sei in der Regel eine vorherige Abmahnung erforderlich, ohne zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung zu unterscheiden.⁸ In dem zugrunde liegenden Fall ging es um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung gegenüber einem Konzertmeister wegen fehlender Führungseigenschaften. Das BAG hat den maßgeblichen Grundgedanken der Abmahnung so formuliert:

„Von einem Arbeitnehmer kann nicht erwartet werden, dass er sein Verhalten ändert, wenn er annehmen darf, dass der Arbeitgeber mit seinen Leistungen zufrieden ist. Der Arbeitgeber setzt sich in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten, wenn er zuerst Grund zu dieser Annahme gibt und dann dem Arbeitnehmer wegen dessen mangelnder Leistungen kündigt, ohne ihm vorher Gelegenheit gegeben zu haben, seine Arbeitsweise den Anforderungen anzupassen ...“.

Das BAG hat damit den rechtlichen Ausgangspunkt im Urteil vom 19.6.1967 verlassen und auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abgestellt (*venire contra factum proprium*). Im Schrifttum wird zum einen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (*ultima-ratio-Prinzip*) und zum anderen das sog. Prognoseprinzip zur Begründung dafür herangezogen, dass der verhaltensbedingten Kündigung grundsätzlich eine Abmahnung vorausgehen muss⁹ Das BAG hat das sog. Prognoseprinzip übernommen¹⁰ (vgl. hierzu im Einzelnen 3.1), aber auch daran festgehalten, dass die Abmahnung zugleich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist.¹¹

⁶ Urt. v. 8.8.1968 – AP Nr. 57 zu § 626 BGB

⁷ Urt. v. 28.10.1971 – AP Nr. 62 zu § 626 BGB

⁸ Urt. v. 29.7.1976 – AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

⁹ Erk/Müller-Glöße § 626 BGB Rn. 25; Erk/Oetker § 1 KSchG Rn. 199 (Prognoseprinzip); KR-Fischermeier § 626 BGB Rz. 257, 263; Pflaum, Die Abmahnung im Arbeitsrecht als Vorstufe zur Kündigung, Decker & Müller, Heidelberg 1992, S. 27 ff.; Hauer, Die Abmahnung im Arbeitsverhältnis, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1. Aufl. 1990, S. 49 ff.

¹⁰ Urt. v. 13.12.2007 = NZA 2008, 589 m.w.N.

¹¹ Urt. v. 23.6.2009 = NZA 2009, 1198

1.3 Wozu abmahnen?

Der Arbeitgeber wird zu einem rechtzeitigen Hinweis an den Arbeitnehmer verpflichtet, damit sich dieser später nicht darauf berufen kann, er habe einem bestimmten Verhalten keine kündigungsrelevante Bedeutung beigemessen, hätte dieses aber geändert, wenn ihm die arbeitsrechtlichen Folgen vor Augen geführt worden wären.

Beachten Sie daher bitte, dass der Arbeitnehmer von einer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nicht überrascht werden soll.

1.4 Was ist eine Abmahnung?

Den heute gültigen Begriff der Abmahnung hat das BAG erstmals in seiner grundlegenden Entscheidung vom 18.1.1980¹² definiert:

Eine Abmahnung liegt vor, wenn der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise Leistungsmängel beanstandet und damit den Hinweis verbindet, dass im Wiederholungsfall der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei.

Die Abmahnung ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine tatsächliche Erklärung des Arbeitgebers, die keine unmittelbaren Rechtsfolgen auslöst. Sie stellt daher keine Willenserklärung im engeren rechtlichen Sinne dar.¹³ Teilweise wird auch eine geschäftsähnliche Handlung angenommen.¹⁴ Die Abmahnung ist eine vom Arbeitgeber ausgesprochene individualrechtliche Rüge eines bestimmten Fehlverhaltens des Arbeitnehmers, verbunden mit der Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen für den Wiederholungsfall.¹⁵ Sie hat eine Warn- und Ankündigungsfunktion.¹⁶

¹² AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; bestätigt durch Urt. v. 4.3.1981 – AP Nr. 1 zu § 77 LPVG Baden-Württemberg; ferner Urt. v. 21.11.1985 – AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969

¹³ Schaub in NZA 1997, 1185; APS/Dörner § 1 KSchG Rn. 347

¹⁴ von Hoyningen-Huene in RdA 1990, 193, 199; Kraft in NZA 1989, 777, 780; Schaub in NJW 1990, 872, 873; Kranz in DB 1998, 1464; Bader in ZTR 1999, 200, 202; Erk/Müller-Glöge § 626 BGB Rn. 31; KR-Fischermeier § 626 BGB Rz. 269

¹⁵ ähnlich Hunold in BB 1986, 2050

¹⁶ Urt. d. BAG v. 10.11.1988 – AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung; ebenso von Hoyningen-Huene in RdA 1990, 193, 199 m. w.N.; Kraft in NZA 1989, 777, 780; APS/Dörner § 1 KSchG Rn. 348

2 Neun Grundsätze

1. Grundsatz

Die Abmahnung ist nur im Zusammenhang mit verhaltensbedingten und leistungsbedingten Kündigungen von Bedeutung. Vor personenbedingten, insbesondere krankheitsbedingten, und betriebsbedingten Kündigungen kommt eine Abmahnung nicht in Betracht.

2. Grundsatz

Gegenstand einer Abmahnung kann nur eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung sein. Deshalb ist z. B. eine Abmahnung wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten unzulässig. Etwas anderes gilt etwa bei der Verletzung von Anzeige- und Nachweispflichten bei Krankheit.

3. Grundsatz

Vor einer Kündigung ist eine Abmahnung nur dann nicht notwendig, wenn es sich um schwerwiegende Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers handelt, die eine Wiederherstellung des Vertrauensverhältnisses nicht mehr erwarten lassen (negative Verhaltensprognose) oder dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen unzumutbar machen. Typische Fälle hierfür können strafbare Handlungen zum Nachteil des Arbeitgebers sein.

4. Grundsatz

Eine Abmahnung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Schriftform. Im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Abmahnungsprozess sollte eine Abmahnung jedoch stets schriftlich erfolgen.

5. Grundsatz

Eine Abmahnung ist nur wirksam, wenn sie zwei wesentliche Bestandteile enthält:

1. Konkrete Darstellung der arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung
2. Androhung der Kündigung für den Fall weiterer Pflichtverletzungen

6. Grundsatz

Eine Anhörung des Arbeitnehmers vor Erteilung einer Abmahnung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Eine Anhörung des Arbeitnehmers vor Aufnahme der Abmahnung in die Personalakten ist bei entsprechender tarifvertraglicher Regelung notwendig, um keinen Entfernungsanspruch des Arbeitnehmers auszulösen.

7. Grundsatz

Eine Abmahnung ist unwirksam und muss auf Antrag aus den Personalakten entfernt werden, wenn sie auf mehreren Pflichtverletzungen beruht und diese nicht alle nachweisbar sind bzw. nicht alle zutreffen. Eine nur teilweise wirksame Abmahnung ist insgesamt unwirksam.

8. Grundsatz

Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, tarifliche Ausschlussfristen oder Klagefristen einzuhalten, wenn er die Unwirksamkeit einer Abmahnung geltend machen will. Sein Berichtigungs- bzw. Entfernungsanspruch kann allerdings verwirken.

9. Grundsatz

Die Erteilung einer Abmahnung ist im Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes und des Bundespersonalvertretungsgesetzes mitbestimmungsfrei. Im Geltungsbereich der Landespersonalvertretungsgesetze sind unterschiedliche Regelungen zu beachten.

Arbeitsmittel: Workflow Abmahnung und Checkliste

Auf den folgenden drei Seiten finden Sie den „Workflow Abmahnung“ und eine Checkliste zur inhaltlichen Prüfung der Abmahnung. Diese Arbeitshilfen stehen auch auf unserer Internetseite als Download für Sie bereit: www.haufe.de/arbeits-hilfen

Workflow Abmahnung – Wer macht wann was?

Kopieren Sie sich den Workflow aus dem Buch oder von unserer Internetseite und tragen Sie ein, wer von Ihren Kollegen mit Ihnen bis wann was macht. Sie sollten nicht länger als zwei Wochen warten mit der Abmahnung – auch wenn es keine Frist gibt, die Sie einhalten müssen.

Nutzen Sie den Workflow außerdem als Protokoll und heften Sie ihn mit der Abmahnung zusammen ab.

Checkliste

Mit der Checkliste prüfen Sie Ihre fertige Abmahnung auf Herz und Nieren, damit sie auch den rechtlichen Anforderungen entspricht.

Workflow: Abmahnung

Erstellung einer Abmahnung für: (Name, Vorname)		Verantwortlich in der Personalabteilung ist: (Name, Vorname)	
Fachvorgesetzter ist: (Name, Vorname)		Unterschriftsberechtigt ist: (Name, Vorname)	
Bis wann? (Tragen Sie in diese Spalte konkrete Termine ein)	Was ist zu tun?	Wer macht es? (Tragen Sie in diese Spalte die Namen der Verantwortlichen ein)	Was ist konkret zu tun?
1	Meldung an die Personalabteilung	Vorgesetzter des Abzumahnenden	
2	(Es besteht keine gesetzliche Frist, bis wann die Abmahnung nicht mehr wirksam ausgesprochen werden kann.)	Personalabteilung	Prüfen Sie hier vorläufig, ob es sich um einen abmahnungsrelevanten Tatbestand handelt oder nicht. Die gültige Prüfung nehmen Sie vor, wenn alle Informationen vorliegen.
3	(Empfehlung: Mahnen Sie innerhalb von 14 Tagen ab.)	Führungskraft Personalabteilung Fachvorgesetzter	Es besteht keine rechtliche Verpflichtung, den MA zu befragen, aber sinnvoll zur Aufklärung des Sachverhalts

4		Zeugen befragen	Personalabteilung	Wer kann den Tatbestand bezeugen (z.B.: häufiges Zuspatkommen: IT/Zeiterfassung; Beleidigung: Kollegen)	
5		Zusammentragen der Informationen	Personalabteilung	Zeitpunkt, Ort, Zeugen, Hergang	
6		Personalkarte prüfen	Personalabteilung	Wurde der Mitarbeiter schon einmal abgemahnt? Zum gleichen Tatbestand? Wann war die letzte Abmahnung?	siehe Kapitel 8.2
7		Abmahnung schriftlich erstellen	Personalabteilung	Sie können auch mündlich abmahnen – es ist nicht vorgeschrieben, dass die Abmahnung schriftlich erfolgen muss. Aber eine schriftliche Abmahnung ist anzuraten, damit Sie im Falle eines Kündigungsschutzprozesses die Abmahnung als Beweis vorlegen können	siehe Muster auf der CD-ROM
8		Prüfung der Abmahnung	Personalabteilung	Verwenden Sie zur Prüfung die Checkliste Abmahnung	siehe CD-ROM
9		Abmahnung zustellen	Personalabteilung oder Vorgesetzter	Am besten, Sie übergeben die Abmahnung persönlich und lassen sich auf einer Kopie die Übergabe bestätigen (Bei ausländischen Mitarbeitern, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, ist die Abmahnung zusätzlich in muttersprachlicher Übersetzung zu erstellen).	siehe Kapitel 6.3

Checkliste: Abmahnung

Wer?	Namen der Zeugen und Beteiligten	
Wo und Wann?	genaue Orts-, Datums- und Zeitangabe	
Was?	<ul style="list-style-type: none"> ▪ unmissverständliche Schilderung des Vorwurfs ▪ keine Schlagwörter ▪ keine Werturteile, sondern Tatsachen 	
	<i>Falsch:</i>	„... in der letzten Zeit sind Sie häufig zu spät gekommen“. (Werturteil)
	<i>Richtig:</i>	„...am Montag, den ... sind Sie erst um 10.00 Uhr zur Arbeit erschienen“. (Tatsache)
	<i>Falsch:</i>	„...haben Sie Ihre Führungskraft, Herrn... beleidigt“ (Werturteil)
	<i>Richtig:</i>	„... haben Sie Ihre Führungskraft, Herrn... einen Idioten genannt“ (Tatsache)
Ausreichender Hinweis?	künftig erwartetes Verhalten und Leistungen	
Aufforderung, zukünftig das Fehlverhalten zu unterlassen?	unmissverständlicher Hinweis	
Androhung von Konsequenzen für den Wiederholungsfall?		
Liegen mehrere Vorfälle vor?	nur einen Vorfall pro Abmahnungsschreiben	