

## Die Bedeutung einer Abmahnung im Arbeitsrecht

Steven Schiller, Dozent an der Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern, Fachbereich Allgemeine Innere Verwaltung

### 1 Die Abmahnung als Vorstufe einer verhaltensbedingten Kündigung

Es gibt zwei Arten von Kündigungen, um ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611a BGB<sup>1</sup> zu beenden, nämlich die **ordentliche** Kündigung (hier endet das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf der Kündigungsfrist) und die **außerordentliche** Kündigung.<sup>2</sup> Für letztere bedarf es eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB, wobei es sich hierbei regelmäßig um besonders schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen handelt. Zu nennen ist hier beispielsweise ein Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers.<sup>3</sup> Die außerordentliche Kündigung wird meist als fristlose Kündigung ausgesprochen, bei der das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sofort mit Zugang der Kündigung endet. Wesentlich seltener ist die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist, die im Wesentlichen bei (tariflich) unkündbaren Arbeitnehmern zum Tragen kommt. Die Dauer der sozialen Auslauffrist entspricht regelmäßig der Dauer der (fiktiven) ordentlichen Kündigungsfrist. Der Ausspruch einer wirksamen außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist ist möglich, wenn bei unterstellter ordentlicher Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses eine fristgerechte Kündigung zulässig wäre.<sup>4</sup>

#### 1.1 Grundsätzliches Erfordernis einer Abmahnung vor Ausspruch einer arbeitgeberseitigen ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung

Sofern der Arbeitgeber eine **ordentliche** Kündigung ausspricht, ist die Wirksamkeit der Kündigung am Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) zu prüfen, sofern der **persönliche** und der **sachliche** Anwendungsbereich dieses Gesetzes eröffnet ist. Der persönliche Anwendungsbereich dieses Gesetzes ist eröffnet, wenn das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits länger als sechs Monate bestanden hat, vgl. § 1 Abs. 1 KSchG.<sup>5</sup> Der sachliche Anwendungsbereich des KSchG ist eröffnet, wenn der maßgebliche Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG bzw. des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG überschritten ist.

Eine arbeitgeberseitig ausgesprochene ordentliche Kündigung ist bei der Anwendbarkeit des KSchG rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist, § 1 Abs. 1 KSchG.

Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe **in der Person** oder in dem **Verhalten** des Arbeitnehmers oder durch **dringende betriebliche Erfordernisse**, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

Aus § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG leiten sich die drei Kündigungsvarianten ab, die eine arbeitgeberseitig ausgesprochene ordentliche Kündigung bei Anwendbarkeit des KSchG sozial rechtfertigen können:

- die personenbedingte Kündigung (insbesondere: die krankheitsbedingte Kündigung)

<sup>1</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151).

<sup>2</sup> Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2018, § 9 Rn. 345.

<sup>3</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 94.

<sup>4</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 50.

<sup>5</sup> Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2509).

- die verhaltensbedingte Kündigung
- die betriebsbedingte Kündigung

Im öffentlichen Dienst und daher auch im Studium an der Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern kommt der **verhaltensbedingten Kündigung** die mit Abstand größte Bedeutung zu.

Ursache für die verhaltensbedingte Kündigung ist regelmäßig ein steuerbares Fehlverhalten des Arbeitnehmers.<sup>6</sup> Dies kann ein dienstliches Fehlverhalten sein (beispielsweise eine Beleidigung gegenüber Vorgesetzten oder Kollegen). In Betracht kommt aber auch ein außerdienstliches Fehlverhalten, sofern sich dies negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirkt (beispielsweise rufschädigende Äußerungen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber in der Öffentlichkeit).<sup>7</sup>

Ein Sachverhalt, mithin ein steuerbares Fehlverhalten des Arbeitnehmers, kann aber regelmäßig nur dann eine verhaltensbedingte Kündigung sozial rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber aufgrund einer gleichartigen Pflichtverletzung in der Vergangenheit bereits mindestens einmal wirksam **abgemahnt** worden ist.

In einer Abmahnung bringt der Arbeitgeber seine Missbilligung für ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers zum Ausdruck; zugleich droht er Rechtsfolgen für die Zukunft an, sofern das missbilligte Verhalten nicht geändert wird.<sup>8</sup>

Der Arbeitnehmer erhält die Möglichkeit, sein Fehlverhalten künftig abzustellen und durch ein künftiges vertragsgemäßes Verhalten den Bestand seines Arbeitsverhältnisses zu erhalten.

Bei einer Abmahnung handelt es sich um eine empfangsbedürftige geschäftsähnliche Handlung, also kein Rechtsgeschäft und keine Willenserklärung. Die Regelungen über Willenserklärungen können entsprechend herangezogen werden.<sup>9</sup>

Die Erforderlichkeit einer Abmahnung ergibt sich aus dem Grundsatz, dass eine Kündigung immer das letzte Mittel (die sog. „ultima ratio“) ist. Sofern der Arbeitnehmer erstmalig eine bestimmte Pflichtverletzung begeht (er kommt beispielsweise ohne ausreichenden Entschuldigungsgrund verspätet zur Arbeit), ist die verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig nicht die „ultima ratio“. Als milderer Mittel muss der Arbeitgeber grundsätzlich zunächst eine wirksame Abmahnung aussprechen. Das grundsätzliche Abmahnungserfordernis vor Ausspruch einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung leitet sich neben dem „ultima ratio“-Prinzip aus § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB analog ab.

## **1.2 Grundsätzliches Erfordernis einer Abmahnung vor Ausspruch einer arbeitgeberseitigen außerordentlichen (verhaltensbedingten) Kündigung**

Personenbedingte Gründe bzw. betriebsbedingte Gründe können nur im absoluten Ausnahmefall einen „wichtigen Grund“ im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB ergeben. Diese Konstellationen sind daher im Studium zu vernachlässigen.

Im Regelfall liegt einer arbeitgeberseitig ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung eine besonders schwere Pflichtverletzung im Sinne eines steuerbaren Fehlverhaltens des Arbeitnehmers zugrunde. Die Kündigung basiert also regelmäßig auf verhaltensbedingten Gründen.

<sup>6</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 430 KSchG Rn. 188.

<sup>7</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 486.

<sup>8</sup> Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2018, § 5 Rn. 211.

<sup>9</sup> Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 492; ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 30.

Die außerordentliche (verhaltensbedingte) Kündigung, die durch ein bestimmtes steuerbares Fehlverhalten des Arbeitnehmers ausgelöst wird, ist grundsätzlich nur dann wirksam (im Gegensatz zur ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung spricht man hier nicht von „sozial gerechtfertigt“), wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber aufgrund einer gleichartigen Pflichtverletzung in der Vergangenheit bereits mindestens einmal wirksam **abgemahnt** worden ist.

Die Systematik bzw. die rechtliche Begründung greift dieselben Überlegungen wie bei der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung (vgl. Gliederungspunkt 1.1) auf:

Das grundsätzliche Abmahnungserfordernis resultiert aus dem „ultima ratio“-Prinzip, das jeder Kündigung zugrunde liegt, und aus der Vorschrift des § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB. Bei der außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung wird im Gegensatz zur ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht analog, sondern direkt angewendet.

## 2 Anforderungen an eine wirksame Abmahnung

Eine Abmahnung bildet also gewissermaßen die grundsätzlich notwendige Vorstufe für eine wirksame (ordentliche oder außerordentliche) verhaltensbedingte Kündigung. Dazu muss die Abmahnung aber wirksam sein. Auf eine unwirksame Abmahnung kann der Arbeitgeber keine verhaltensbedingte Kündigung aufbauen.

Eine Abmahnung setzt einen objektiv gegebenen Pflichtverstoß, nicht aber vorwerfbares Verhalten des Empfängers voraus.<sup>10</sup>

Die Abmahnung kann nach der Rechtsprechung von jedem Vorgesetzten ausgesprochen werden, der befugt ist, hinsichtlich der Arbeitsleistung verbindlich Weisungen zu erteilen.<sup>11</sup>

Die Abmahnung verschlechtert die Rechtsstellung des Arbeitnehmers. Bei einer weiteren gleichartigen Pflichtverletzung riskiert er die Kündigung. Daher kann der Arbeitgeber die Abmahnung nicht beliebig lange hinauszögern. Teilweise wird in der Literatur die Anwendung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB befürwortet.<sup>12</sup> Dies hat das Bundesarbeitsgericht allerdings nicht akzeptiert.<sup>13</sup> Allerdings finden die Regeln über die Verwirkung Anwendung. Die Verwirkung kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer sich längere Zeit bewährt oder der Arbeitgeber ihn in Kenntnis der Pflichtverletzung gar befördert hat.<sup>14</sup> Im Regelfall ist nach Ablauf eines Jahres nach dem Pflichtverstoß keine Abmahnung mehr möglich.<sup>15</sup>

Damit eine Abmahnung wirksam ist, muss sie drei Funktionen erfüllen:<sup>16</sup>

- die Beanstandungsfunktion
- die Hinweisfunktion
- die Warnfunktion

<sup>10</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 34.

<sup>11</sup> BAG 18.01.1980 AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 3.

<sup>12</sup> Vgl. Däubler, Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 9. Aufl. 2011, Rn. 528.

<sup>13</sup> Vgl. BAG, NZA 1989, 272.

<sup>14</sup> Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 493.

<sup>15</sup> Däubler, Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 9. Aufl. 2011, Rn. 528 mit Verweis auf LAG Köln, DB 1988, 1170.

<sup>16</sup> Die sog. Dokumentationsfunktion (das Fehlverhalten wird zu Beweis Zwecken festgehalten) hat auf die Wirksamkeit der Abmahnung keinen Einfluss.

## 2.1 Beanstandungsfunktion

Die Beanstandungsfunktion ist nur erfüllt, wenn der Arbeitgeber das Fehlverhalten des Arbeitnehmers, auf dem die Abmahnung basiert, **konkret** benennt und beanstandet.<sup>17</sup>

### Beispiel 1:

Der Arbeitnehmer Anton Müller erhält ein Abmahnungsschreiben mit folgendem Inhalt:

„Sehr geehrter Herr Müller,

Sie sind in letzter Zeit mehrmals unpünktlich zur Arbeit erschienen.

Dieses Fehlverhalten wird beanstandet. Wir fordern Sie auf, sich künftig vertragsgemäß zu verhalten. Im Wiederholungsfall müssen Sie mit einer Kündigung rechnen.

Mit freundlichen Grüßen

Hans Huber

Personalamtsleiter“

Diese Abmahnung ist unwirksam. Die Beanstandungsfunktion ist nicht erfüllt, da das Fehlverhalten des Herrn Müller nicht konkret genug beschrieben wird. Es hätte hier detailliert aufgeführt werden müssen, an welchen konkreten Tagen und in welchem zeitlichen Umfang sich Herr Müller verspätet hat.

## 2.2 Hinweisfunktion

Die Hinweisfunktion ist nur erfüllt, wenn der Arbeitgeber in der Abmahnung deutlich macht, dass er das Fehlverhalten des Arbeitnehmers nicht duldet.<sup>18</sup> An dieser Stelle tauchen regelmäßig keine Probleme auf.

## 2.3 Warnfunktion

Eine Abmahnung ist nur wirksam, wenn der Arbeitgeber in der Abmahnung individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung androht. Hierzu gehört der unmissverständliche Hinweis, im Wiederholungsfall sei der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet. Die ausdrückliche Erwähnung einer möglichen Kündigung oder gar einer fristlosen Kündigung ist zwar nicht erforderlich. Allerdings muss der Arbeitnehmer erkennen können, dass sich der Arbeitgeber im Falle einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung eine Kündigung vorbehält.<sup>19</sup>

Dies zugrunde gelegt, ist eine Abmahnung unwirksam, wenn der Arbeitgeber in der Abmahnung für den Wiederholungsfall lediglich allgemein arbeitsrechtliche Maßnahmen androht und der Arbeitnehmer nicht erkennen kann, dass ihm im Falle einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung auch eine arbeitgeberseitige Kündigung droht.

Daher ist es in der Praxis empfehlenswert, in der Abmahnung klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen, dass der Arbeitgeber sich im Wiederholungsfall eine Kündigung vorbehält.

---

<sup>17</sup> Vgl. *Rolfs*, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 46.

<sup>18</sup> Vgl. *ErfK/Niemann*, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 29a.

<sup>19</sup> Vgl. *ErfK/Niemann*, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 29a.

**Beispiel 2:**

Der Arbeitnehmer Anton Müller erhält von seinem Arbeitgeber ein Abmahnungsschreiben mit folgendem Inhalt:

„Sehr geehrter Herr Müller,

Sie haben am 07.05.2019 Ihren Kollegen Alfons Meister während der Arbeit gegen 10.00 Uhr als Vollidioten bezeichnet. Dies haben Sie auch zugegeben, als Sie von dem Unterzeichner am darauffolgenden Tag mit dem Vorfall konfrontiert wurden.

Hierdurch haben Sie den Betriebsfrieden erheblich gestört. Dieses Fehlverhalten war durch keinen Umstand gerechtfertigt und wird von uns nicht geduldet.

Im Falle einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung behalten wir uns arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen Sie vor.

Mi freundlichen Grüßen

Hans Huber

Personalamtsleiter“

Diese Abmahnung ist unwirksam. Sie erfüllt die Warnfunktion nicht. Es werden nur allgemein arbeitsrechtliche Maßnahmen angedroht. Herr Müller kann hier nicht erkennen, dass sich der Arbeitgeber im Wiederholungsfall insbesondere auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. eine Kündigung vorbehält. Dieses Schreiben ist als bloße Ermahnung zu qualifizieren, die aber nicht als Vorstufe für eine verhaltensbedingte (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung taugt.

**3 Kein Schriftformerfordernis**

Eine Abmahnung muss nicht zwingend schriftlich ausgesprochen werden. Sie kann auch mündlich erfolgen.<sup>20</sup> Ein entsprechendes Schriftformerfordernis wie bei der Kündigung (vgl. § 623 Halbsatz 1 Alt. 1 BGB) gibt es bei der Abmahnung nicht. Daher ist auch eine mündlich ausgesprochene Abmahnung wirksam, sofern die unter Gliederungspunkt 2 beschriebenen Funktionen erfüllt sind. Aus Gründen der Nachweisbarkeit ist es aus Arbeitgebersicht allerdings regelmäßig empfehlenswert, die Abmahnung schriftlich auszusprechen. Während nämlich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt, ist das arbeitsgerichtliche Verfahren vom sog. Beibringungsgrundsatz getragen. Dies bedeutet, dass in einem Arbeitsgerichtsprozess jede Partei die für sie günstigen Tatsachen vortragen und unter Beweis stellen muss. Daher trägt der Arbeitgeber vor Gericht die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die ausgesprochene Abmahnung wirksam ist.

**4 Gleichartige Pflichtverletzung**

Stützt der Arbeitgeber die verhaltensbedingte Kündigung auf ein bestimmtes Fehlverhalten bzw. einen bestimmten Sachverhalt, dann kann er nur dann auf eine in der Vergangenheit ausgesprochene Abmahnung verweisen, wenn in dieser Abmahnung eine **gleichartige** Pflichtverletzung beanstandet wurde. Erforderlich ist keine Identität, sondern eine materielle Vergleichbarkeit im Sinne einer Gleichartigkeit der Pflichtverletzungen. Es reicht aus, dass die jeweiligen Pflichtverletzungen aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und

---

<sup>20</sup> Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 492.

Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen.<sup>21</sup> Nur dann handelt es sich um eine **einschlägige** Abmahnung.

### Beispiel 3:

Der Arbeitnehmer Anton Müller kommt am 07.05.2019 ohne Entschuldigungsgrund eine halbe Stunde zu spät zur Arbeit und erhält für diese Pflichtverletzung noch am selben Tag eine wirksame Abmahnung. Am 12.07.2019 beleidigt Herr Müller seinen direkten Vorgesetzten Franz Meier.

Der Arbeitgeber spricht Herrn Müller aufgrund der Beleidigung am 12.07.2019 eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus und verweist darauf, dass Herr Müller am 07.05.2019 schon einmal eine Abmahnung erhalten hat.

Herr Müller erhebt fristgerecht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung (vgl. § 4 Satz 1 KSchG) gegen diese Kündigung Klage beim Arbeitsgericht. Das KSchG ist anwendbar.

Diese Klage hat Aussicht auf Erfolg. Die verhaltensbedingte Kündigung wird voraussichtlich an der fehlenden **einschlägigen** Abmahnung scheitern. Die Abmahnung vom 07.05.2019 hatte eine Pflichtverletzung (verspätete Arbeitsaufnahme) zum Gegenstand, die verglichen mit der Pflichtverletzung, die Auslöser für die Kündigung war (Beleidigung des direkten Vorgesetzten), nicht gleichartig ist.

### Beispiel 4:

Der Arbeitnehmer Anton Müller beleidigt am 07.05.2019 seinen Kollegen Paul Schmidt und erhält dafür noch am selben Tag eine wirksame Abmahnung. Am 12.07.2019 beleidigt Herr Müller seinen direkten Vorgesetzten Franz Meier.

Der Arbeitgeber spricht Herrn Müller aufgrund der Beleidigung des direkten Vorgesetzten Franz Meier eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus und verweist darauf, dass Herr Müller am 07.05.2019 schon einmal eine einschlägige Abmahnung erhalten hat.

Herr Müller erhebt fristgerecht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung (vgl. § 4 Satz 1 KSchG) gegen diese Kündigung beim Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage. Das KSchG ist anwendbar. Er macht geltend, dass die Abmahnung vom 07.05.2019 nicht verwertbar sei, da er damals keinen direkten Vorgesetzten, sondern einen Kollegen beleidigt hat.

Dieser Vortrag des Herrn Müller ist unbeachtlich. Zwar sind die Pflichtverletzungen, die Gegenstand der Abmahnung (Beleidigung des Kollegen Paul Schmidt) bzw. der Kündigung (Beleidigung des direkten Vorgesetzten Franz Meier) sind, nicht identisch bzw. gleich, wohl aber gleichartig.

In beiden Fällen wurde durch die Beleidigung der Betriebsfrieden gestört.

Es liegt eine einschlägige Abmahnung vor.

## 5 „Verbrauch“ der beanstandeten Pflichtverletzung als Kündigungssachverhalt

Eine Pflichtverletzung, die Gegenstand einer Abmahnung ist, kann nicht mehr als Kündigungsgrund für eine verhaltensbedingte Kündigung dienen. Diese Pflichtverletzung ist als Kündigungssachverhalt bereits „verbraucht.“ Denn mit dem Ausspruch der Abmahnung gibt der Arbeitgeber konkludent zu erkennen, dass er auf eine Kündigung wegen der mit der Abmahnung gerügten Pflichtverletzung verzichtet.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Vgl. ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 29.

<sup>22</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 33.

**Beispiel 5:**

Der Arbeitnehmer Anton Müller erscheint am 07.01.2019 betrunken zur Arbeit und ist außerstande seine Arbeitsleistung zu erbringen. Sein Arbeitgeber spricht ihm daraufhin am nächsten Tag eine Abmahnung aus.

Zwei Wochen später überlegt es sich der Arbeitgeber anders. Er kommt zu der Auffassung, dass die Abmahnung nicht das angemessene Mittel ist, insbesondere da Herr Müller in der Vergangenheit schon einmal eine einschlägige Abmahnung erhalten hat.

Der Arbeitgeber spricht Herrn Müller daher aufgrund des Vorfalls vom 07.01.2019 eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus. Das KSchG ist anwendbar.

Diese Kündigung ist unwirksam. Der Vorfall vom 07.01.2019 ist als Kündigungssachverhalt verbraucht, da er bereits Gegenstand der Abmahnung vom 08.01.2019 ist.

**Beispiel 6:**

Der Arbeitnehmer Anton Müller kommt am 07.05.2019 ohne Entschuldigungsgrund eine halbe Stunde zu spät zur Arbeit und erhält von seinem Arbeitgeber daraufhin noch am selben Tag eine Abmahnung.

Am 22.05.2019 kommt Herr Müller ohne Entschuldigungsgrund sogar eine ganze Stunde zu spät zur Arbeit.

Das KSchG ist anwendbar. Der Arbeitgeber möchte nun eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aussprechen.

Er bittet den Personalamtsleiter Hans Huber, rechtsgutachtlich die Wirksamkeit dieser verhaltensbedingten Kündigung zu prüfen.

Herr Huber erörtert in dem Rechtsgutachten zunächst, dass ein Kündigungsgrund (Grund, der geeignet ist, die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen) vorliegt.

Bei der Darstellung des Kündigungsgrundes bzw. des Kündigungssachverhalts stellt er auf zwei Vorgänge ab:

- auf die verspätete Arbeitsaufnahme am 07.05.2019
- auf die verspätete Arbeitsaufnahme am 22.05.2019

Er verweist in dem Rechtsgutachten dann noch darauf, dass eine einschlägige Abmahnung vorliegt und dass das Interesse des Arbeitgebers an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses im konkreten Fall schwerer wiegt als das Interesse des Herrn Müller an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

Das Rechtsgutachten des Herrn Huber ist nicht zutreffend.

Die verspätete Arbeitsaufnahme am 07.05.2019 darf bei der Darstellung bzw. Prüfung des Kündigungssachverhalts bzw. des Kündigungsgrundes nicht erwähnt werden. Sie ist als Kündigungssachverhalt verbraucht, da sie bereits Gegenstand der am 07.05.2019 ausgesprochenen Abmahnung ist.

Allein die verspätete Arbeitsaufnahme am 22.05.2019 taugt als Kündigungsgrund bzw. als Kündigungssachverhalt.

Die verspätete Arbeitsaufnahme am 07.05.2019 ist für die Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung nur insoweit relevant, als sie Gegenstand der Abmahnung vom 07.05.2019 ist und eine vorherige wirksame einschlägige Abmahnung grundsätzlich Wirksamkeitsvoraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung ist.

Das Rechtsgutachten des Herrn Huber weist einen groben systematischen Fehler auf, den auch Studenten bei der Klausurbearbeitung oft begehen.

## 6 Unwirksam werden der Abmahnung durch Zeitablauf

Es ist umstritten, ob eine Abmahnung durch Zeitablauf unwirksam wird. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass eine Abmahnung nicht allein wegen Zeitablaufs ihre Wirkung verliert.<sup>23</sup> Die Gegenansicht geht davon aus, dass eine Abmahnung unwirksam wird, wenn sich der Arbeitnehmer über längere Zeit vertragsgerecht verhält.<sup>24</sup> Das Bundesarbeitsgericht geht nur in Ausnahmefällen davon aus, dass eine Abmahnung durch Zeitablauf unwirksam wird.<sup>25</sup> Es lehnt zudem eine starre Frist ab, nach deren Verstreichen die Abmahnung ihre Wirkung verliert und stellt allein auf die Umstände des Einzelfalls ab.<sup>26</sup> So kommt insbesondere der Schwere der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers eine maßgebliche Bedeutung zu. So wird die Ansicht vertreten, dass bei geringfügigen Pflichtverletzungen eine Löschung der Abmahnung nach etwa zwei Jahren in Betracht kommt.<sup>27</sup>

### Beispiel 7:

Der Arbeitnehmer Anton Müller erhält im Jahr 2011 eine berechtigte Abmahnung, weil er ohne Entschuldigungsgrund eine Viertelstunde zu spät zur Arbeit erscheint.

Am 07.01.2019 kommt er wieder unentschuldigt zu spät zur Arbeit, dieses Mal eine halbe Stunde.

Daraufhin möchte der Arbeitgeber aufgrund der Pflichtverletzung vom 07.01.2019 eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aussprechen. Der Arbeitgeber verweist auf die vorherige einschlägige Abmahnung aus dem Jahr 2011.

Geht man davon aus, dass eine Abmahnung bei geringfügigen Pflichtverletzungen nach etwa zwei Jahren ihre Wirkung verliert, so ist die Abmahnung aus dem Jahr 2011 mittlerweile durch Zeitablauf unwirksam geworden. Schließlich handelt es sich lediglich um eine geringfügige Pflichtverletzung, wenn der Arbeitnehmer eine Viertelstunde zu spät zur Arbeit kommt. Die verhaltensbedingte Kündigung ist unwirksam, da es an einer vorherigen (noch) wirksamen einschlägigen Abmahnung fehlt.

Das Erfordernis einer vorherigen einschlägigen (noch) wirksamen Abmahnung ergibt sich aus dem „ultima ratio“-Prinzip bzw. aus § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB analog.

## 7 Aufeinander aufbauende Abmahnungen

Sofern der Arbeitnehmer lediglich eine geringfügige Pflichtverletzung begeht, kann der Arbeitgeber regelmäßig nicht bereits nach einer einzigen einschlägigen Abmahnung und einem einmaligen Wiederholungsfall eine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen. Es bedarf hier regelmäßig mehrerer einschlägiger Abmahnungen. Dies zeigt die Erfahrung vor den Arbeitsgerichten.

So wird beispielsweise die nicht rechtzeitige Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EntgFG<sup>28</sup> (Verletzung der Nachweispflicht) lediglich als geringfügige Pflichtverletzung gewertet, die beispielsweise nicht so schwer wiegt wie die Verletzung der Anzeigepflicht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EntgFG.

Sofern der Arbeitgeber beispielsweise aufgrund einer Verletzung der Nachweispflicht eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aussprechen möchte, wird aufgrund der Geringfügigkeit

<sup>23</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 29a.

<sup>24</sup> Rolfs, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 47.

<sup>25</sup> Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 496 mit Verweis auf BAG, NZA 2013, 201 ff.

<sup>26</sup> Rolfs, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 47 mit Verweis auf BAG, NZA 2013, 91, 92 f.

<sup>27</sup> Vgl. Däubler, Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 9. Aufl. 2011, Rn. 530.

<sup>28</sup> Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014, 1065), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 16. Juli 2015 (BGBl. I S. 1211).



dieser Pflichtverletzung regelmäßig eine einzige einschlägige Abmahnung (in der ein Verstoß gegen die Nachweispflicht gerügt wurde) regelmäßig nicht genügen, um diese ordentliche verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen.

Daher ist es in der Praxis durchaus üblich, insbesondere bei geringfügigen Pflichtverletzungen mehrere Abmahnungen auszusprechen, in der jeweils eine gleichartige Pflichtverletzung beanstandet wird.

Üblich ist es dann insoweit, diese nachfolgenden einschlägigen Abmahnungen zu nummerieren. So ist dann die Rede von der „2. Abmahnung“ oder der „3. Abmahnung“. Oftmals werden auch Bezeichnungen wie „Wiederholte Abmahnung“ oder „Letztmalige Abmahnung“ verwendet. Häufig wird dann in diesen nachfolgenden einschlägigen Abmahnungen auch inhaltlich auf die vorherige Abmahnung oder die vorherigen Abmahnungen Bezug genommen.

Sofern nacheinander Abmahnungen aufgrund unterschiedlicher Pflichtverletzungen ausgesprochen werden, handelt es sich rechtlich jeweils um „erste“ Abmahnungen. Wird beispielsweise zunächst eine Abmahnung aufgrund einer Unpünktlichkeit des Arbeitnehmers ausgesprochen, die chronologisch zweite Abmahnung aufgrund der nicht rechtzeitigen Anzeige einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und die chronologisch dritte Abmahnung aufgrund der Missachtung einer Arbeitsanweisung, so handelt es sich bei jeder dieser drei Abmahnungen rechtlich jeweils um eine „erste“ Abmahnung.

Abzuraten ist in der Praxis jedoch von einem inflationären Gebrauch aufeinander aufbauender einschlägiger Abmahnungen, wenn diese eine verhaltensbedingte Kündigung vorbereiten sollen, da sich dies negativ auf die Warnfunktion der Abmahnung auswirken kann. Eine Abmahnung kann nur dann die Funktion erfüllen, den Arbeitnehmer zu warnen, dass ihm bei der nächsten gleichartigen Pflichtverletzung die Kündigung droht, wenn der Arbeitnehmer diese Drohung ernst nehmen muss. Dies kann nach den Umständen des Einzelfalls nicht mehr der Fall sein, wenn jahrelang die Kündigung stets nur angedroht, nicht jedoch ausgesprochen wird.<sup>29</sup>

#### **Beispiel 8:**

Der Arbeitnehmer Anton Müller ignoriert regelmäßig Arbeitsanweisungen seines direkten Vorgesetzten Franz Meier. Er hat diesbezüglich in den Jahren 2017 und 2018 bereits sieben einschlägige Abmahnungen erhalten. In jeder dieser Abmahnungen hat der Arbeitgeber für den Wiederholungsfall mit einer Kündigung gedroht.

Am 08.01.2019 ignoriert Herr Müller erneut eine Arbeitsanweisung seines direkten Vorgesetzten Franz Meier.

Der Arbeitgeber kündigt ihm daraufhin ordentlich verhaltensbedingt und verweist auf die sieben einschlägigen Abmahnungen.

Herr Müller erhebt nun fristgerecht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht. Das KSchG ist anwendbar.

Herr Müller wird nun im Kündigungsschutzprozess einwenden, dass er die Kündigungsandrohung in der letzten Abmahnung nicht mehr ernst nehmen musste und sie als leere Drohung auffassen konnte. Schließlich seien den sechs Kündigungsandrohungen in den sechs vorhergehenden einschlägigen Abmahnungen nie entsprechende Taten gefolgt.

Der Arbeitgeber wird nun im Kündigungsschutzprozess aufgrund dieser Argumentation des Herrn Müller in Erklärungsnot geraten.

---

<sup>29</sup> *Rolfs*, Studienkommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 47 mit Verweis auf BAG, NZA 2002, 968, 970.

## 8 Mehrere Pflichtverletzungen in einer Abmahnung

Es ist rechtlich möglich, unterschiedliche Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers in einer einzigen Abmahnung zu rügen. Dies ist allerdings in der Praxis regelmäßig nicht empfehlenswert, wie an folgendem Beispiel gezeigt wird.

### Beispiel 9:

Der Arbeitnehmer Anton Müller hat am 14.01.2019 einen sehr schlechten Tag. Zuerst bezeichnet er seinen direkten Vorgesetzten Franz Meier auf der Arbeit als Idioten. Obwohl sein Dienstschluss erst um 16.00 Uhr ist, geht er bereits um 15.30 Uhr nach Hause, weil er an diesem Tag keine Lust mehr auf seine Arbeit hat.

Daraufhin erhält er von seinem Arbeitgeber am darauffolgenden Tag ein Abmahnungsschreiben, das folgenden Inhalt hat.

„Sehr geehrter Herr Müller,

am 14.01.2019 haben Sie sich während der Arbeit zunächst gegenüber ihrem Vorgesetzten Franz Meier ungebührlich verhalten.

Außerdem haben Sie am selben Tag bereits um 15.30 Uhr die Arbeit verlassen und sind nach Hause gegangen, obwohl Ihr Dienstschluss erst um 16.00 Uhr war. Auf Nachfrage haben Sie am 14.01.2019 gegenüber dem Unterzeichner angegeben, dass Sie einfach keine Lust mehr hatten und daher früher nach Hause gegangen sind.

Ihr oben beschriebenes Fehlverhalten wird hiermit beanstandet. Wir weisen Sie darauf hin, dass wir dieses Fehlverhalten nicht dulden.

Wir fordern Sie auf, sich künftig vertragsgemäß zu verhalten

Im Falle einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung behalten wir uns vor, Ihr Arbeitsverhältnis zu kündigen.

Mit freundlichen Grüßen

Hans Huber

Personalamtsleiter“

Am 04.03.2019 erscheint Herr Müller ohne Entschuldigungsgrund zwei Stunden zu spät zur Arbeit. Aufgrund dieses Vorfalls spricht ihm der Arbeitgeber eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus.

Gegen diese Kündigung erhebt Herr Müller innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG Klage beim Arbeitsgericht. Das KSchG ist anwendbar.

Im Kündigungsschutzprozess verweist der Arbeitgeber darauf, dass es bereits eine einschlägige Abmahnung vom 15.01.2019 gibt.

Mit diesem Argument wird der Arbeitgeber bei Gericht allerdings keinen Erfolg haben.

Denn diese Abmahnung ist insgesamt unwirksam. Die erste Pflichtverletzung (Beleidigung des direkten Vorgesetzten Franz Meier durch Bezeichnung als Idioten) ist in der Abmahnung nicht hinreichend konkret beschrieben. Die Aussage „ungebührliches Verhalten“ ist viel zu vage.

Damit ist auch die (in dem Abmahnungsschreiben hinreichend konkret beschriebene) zweite Pflichtverletzung des vorzeitigen Verlassens des Arbeitsplatzes in dem Kündigungsschutzprozess nicht verwertbar.

Es ist davon auszugehen, dass es bezüglich des Kündigungssachverhalts (verspätete Arbeitsaufnahme) keine einschlägige Abmahnung gibt.

Daran wird die Wirksamkeit der Kündigung scheitern.

Es wäre also aus Arbeitgebersicht klüger gewesen, aufgrund der beiden Pflichtverletzungen des Herrn Müller vom 14.01.2019 zwei gesonderte Abmahnungen auszusprechen. Gegenstand der ersten Abmahnung wäre dann die Beleidigung des direkten Vorgesetzten gewesen, die zweite Abmahnung hätte sich mit dem vorzeitigen Verlassen des Arbeitsplatzes befasst. Das hinreichend konkrete Beschreiben der zweiten Pflichtverletzung in der zweiten Abmahnung hätte dann zur Folge gehabt, dass sich im Wiederholungsfall (bei einer gleichartigen Pflichtverletzung) darauf eine verhaltensbedingte Kündigung hätte aufbauen lassen.

## 9 Ausnahmsweise Entbehrlichkeit einer Abmahnung

Ausnahmsweise ist vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung eine einschlägige Abmahnung entbehrlich.

Dies betrifft im Wesentlichen die Konstellationen, in denen § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB oder § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB einschlägig ist.

Diese Vorschriften werden im Falle der außerordentlichen Kündigung direkt, im Falle der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung analog angewendet.

### 9.1 Besonders schwere Pflichtverletzung

Entbehrlich ist eine Abmahnung bei besonders schweren Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers, bei denen dem Arbeitnehmer bewusst sein musste, dass sie zur Kündigung führen können (zum Beispiel Diebstähle im Betrieb, tätliche Angriffe auf den Arbeitgeber).<sup>30</sup> Gleiches gilt, wenn durch das Fehlverhalten des Arbeitnehmers das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien so erschüttert worden ist, dass es durch eine Abmahnung nicht wiederhergestellt werden kann.<sup>31</sup>

Rechtlich lässt sich dies aus § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB ableiten, weil dann „besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen“.

#### Beispiel 10:

Der Arbeitnehmer Anton Müller erhält von seinem direkten Vorgesetzten Franz Meier am 10.01.2019 eine Arbeitsanweisung. Da Herr Müller seinen Vorgesetzten nicht ausstehen kann und es nicht verträgt, dass ihm dieser weisungsbefugt ist, schlägt er ihm mit der Faust ins Gesicht. Herr Meier verliert dabei einen Eckzahn und fällt eine Woche krankheitsbedingt aus.

Daraufhin kündigt der Arbeitgeber Herrn Müller außerordentlich fristlos.

Eine einschlägige Abmahnung existiert nicht.

Zwar ist auch bei einer außerordentlichen Kündigung grundsätzlich eine vorherige einschlägige Abmahnung erforderlich nach § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Allerdings hat Herr Müller hier eine besonders schwere Pflichtverletzung begangen, mithin eine Tötlichkeit gegenüber seinem direkten Vorgesetzten. Herr Müller musste bewusst sein, dass dieser Vorfall zur Kündigung führen kann.

Es liegen daher „besondere Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen“.

<sup>30</sup> Rofls, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 48 mit Verweis auf BAG, NZA 2011, 571, 573; BAG, NZA 2013, 27, 29.

<sup>31</sup> Rofls, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG, Rn. 48 mit Verweis auf BAG, NZA 2006, 980, 984.

Eine einschlägige Abmahnung war hier nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB entbehrlich.

### **Hinweis:**

Wenn „besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen“ und eine Abmahnung nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB entbehrlich machen, dann liegt regelmäßig (allerdings nicht zwangsläufig) auch ein „wichtiger Grund“ nach § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung vor.

Wenn die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers so schwer wiegt, dass sich daraus ein „wichtiger Grund“ für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB ergibt (zum Beispiel bei einer Straftat zu Lasten des Arbeitgebers wie Diebstahl), wird daher in vielen Fällen eine vorherige einschlägige Abmahnung nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB entbehrlich sein.

Umgekehrt hat die Entbehrlichkeit der Abmahnung nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB analog kaum Relevanz bei einer lediglich ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung. Denn wenn „besondere Umstände“ vorliegen, die im Sinne des § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB „unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen“, dann hätte der Arbeitgeber ja regelmäßig bereits eine außerordentliche Kündigung aussprechen können, da dann regelmäßig ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.

## **9.2 Keine Verhaltensänderung zu erwarten**

Eine Abmahnung ist auch dann entbehrlich, wenn sie keinen Erfolg verspricht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer nicht in der Lage oder gar nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten.<sup>32</sup> Auch dies stellt eine wichtige Fallkonstellation dar.

Grund hierfür ist die Tatsache, dass in diesem Fall eine Abmahnung ihren Zweck (dem Arbeitnehmer wird Gelegenheit gegeben, sich künftig vertragsgemäß zu verhalten; es soll mit der Abmahnung eine Verhaltensänderung bewirkt werden) nicht erreichen kann.

Sofern der Arbeitnehmer nicht gewillt ist, sein Verhalten zu ändern, lässt sich die Entbehrlichkeit der Abmahnung aus § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB (analog) i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB (analog) herleiten. Hiernach ist eine Abmahnung nicht erforderlich, wenn der Arbeitnehmer als Schuldner der Arbeitsleistung die (vertragsgemäße) Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.

Diese Vorschrift wird wiederum im Falle der außerordentlichen Kündigung direkt, im Falle einer ordentlichen Kündigung analog angewendet.

### **Beispiel 11:**

Der Arbeitnehmer Anton Müller weigert sich, eine Arbeitsanweisung seines direkten Vorgesetzten Franz Meier zu befolgen.

Der Arbeitgeber möchte aufgrund dieses Vorfalles arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen Anton Müller ergreifen. Zunächst gibt er Herrn Müller Gelegenheit, seine Sicht der Dinge darzulegen.

Herr Müller äußert Folgendes:

„Ich werde auch künftig keinerlei Arbeitsanweisungen des Herrn Meier befolgen. Schließlich habe ich wesentlich mehr Ahnung von diesem Job als dieser Mensch. Er hat mir gar nichts zu sagen. Das ist mein letztes Wort.“

Daraufhin spricht der Arbeitgeber Herrn Müller eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus.

---

<sup>32</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 29c mit Verweis auf BAG, NZA 1985, 96; BAG, NZA 2015, 294.

Die Wirksamkeit dieser Kündigung scheidet jedenfalls nicht an der fehlenden vorherigen einschlägigen Abmahnung.

Zwar ist vor Ausspruch einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung grundsätzlich eine einschlägige Abmahnung erforderlich, § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB analog.

Allerdings hat hier Herr Müller unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass er auch künftig keine Arbeitsanweisungen des direkten Vorgesetzten Franz Meier befolgen wird.

Er hat damit klar und unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass er nicht gewillt ist, sein Verhalten zu ändern. Eine Abmahnung verspricht hier keinen Erfolg.

Die Abmahnung ist entbehrlich nach § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB analog.

## 10 Kein Beteiligungsrecht des Personalrats

Der Arbeitgeber muss den Personalrat vor dem Ausspruch einer Abmahnung nicht beteiligen.<sup>33</sup>

Dies ist ein wesentlicher Unterschied zur arbeitgeberseitig ausgesprochenen Kündigung. Hier ist der Personalrat vor deren Ausspruch zu beteiligen. Vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung bzw. vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung innerhalb der Probezeit des Arbeitnehmers hat der Personalrat ein Anhörungsrecht nach Art. 77 Abs. 3 BayPVG<sup>34</sup>, vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung außerhalb der Probezeit hat der Personalrat ein Mitwirkungsrecht gemäß Art. 77 Abs. 1 Satz 1 BayPVG i.V.m. Art. 72 BayPVG.

Entsprechende Beteiligungsrechte existieren beim Ausspruch einer Abmahnung nicht.

Dennoch kann es im Hinblick auf das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach Art. 2 Abs. 1 BayPVG aus Arbeitgebersicht zweckmäßig sein, den Personalrat vor Ausspruch der Abmahnung zu informieren bzw. ihn nach Ausspruch der Abmahnung über den Vorgang in Kenntnis zu setzen.

## 11 Frühere, unwirksame Abmahnung

Eine frühere, unwirksame Kündigung erfüllt die Funktion einer Abmahnung jedenfalls dann, wenn der Kündigungssachverhalt feststeht und die Kündigung aus anderen Gründen, zum Beispiel wegen einer fehlenden Abmahnung, als unwirksam erachtet worden ist.<sup>35</sup>

Der Arbeitgeber darf nach erfolglosem Kündigungsversuch wegen desselben (für eine Kündigung allein nicht ausreichenden) Sachverhalts später noch eine Abmahnung aussprechen.<sup>36</sup>

### Beispiel 12:

Der Arbeitnehmer Anton Müller erscheint am 08.01.2019 unentschuldigt eine halbe Stunde zu spät zur Arbeit. Eine vorherige einschlägige Abmahnung liegt nicht vor. Der Arbeitgeber spricht Herrn Müller aufgrund der verspäteten Arbeitsaufnahme eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus.

Herr Müller erhebt gegen die Kündigung fristgerecht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG eine Klage beim Arbeitsgericht. Das KSchG ist anwendbar.

<sup>33</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 493.

<sup>34</sup> Bayerisches Personalvertretungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. November 1986 (GVBl. S. 349, BayRS 2035-1-F), zuletzt geändert durch § 9 des Gesetzes vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 286).

<sup>35</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 32 mit Verweis auf BAG, NZA 1990, 433.

<sup>36</sup> ErfK/Niemann, 18. Aufl. 2018, § 626 BGB Rn. 32 mit Verweis auf BAG, NZA 1989, 272.

Das Arbeitsgericht erachtet die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung als unwirksam, da es an einer vorherigen einschlägigen Abmahnung fehlt, § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB analog.

Daraufhin nimmt der Arbeitgeber die verspätete Arbeitsaufnahme des Herrn Müller am 08.01.2019 zum Anlass, ihm hierfür eine Abmahnung auszusprechen.

Hierzu ist der Arbeitgeber berechtigt.

## **12 Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers**

Wenn der Arbeitgeber eine (schriftliche) Abmahnung ausgesprochen hat, dann nimmt er regelmäßig eine Kopie in die Personalakte des Arbeitnehmers.

Wenn der Arbeitgeber eine rechtswidrige bzw. unwirksame Abmahnung ausgesprochen hat, so stehen dem Arbeitnehmer verschiedene Möglichkeiten offen, sich zur Wehr zu setzen.

### **12.1 Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte**

Die Abmahnung verschlechtert den Bestandsschutz des konkreten Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer muss beispielsweise auch Nachteile bei etwaigen Beförderungen befürchten. Daher gewährt das Bundesarbeitsgericht dem Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der §§ 823, 1004 BGB ein Recht auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte, sofern der Abmahnung ein unzutreffender Sachverhalt zugrunde liegt. Dasselbe Recht hat der Arbeitnehmer, wenn die der Abmahnung zugrunde liegenden Tatsachen zwar zutreffen, die Abmahnung sich jedoch aufgrund der Geringfügigkeit der Pflichtverletzung als unverhältnismäßig harte Reaktion des Arbeitgebers erweist.<sup>37</sup>

Das Recht auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte kann der Arbeitnehmer auch vor dem Arbeitsgericht im Klagewege geltend machen.

In der Praxis sollte es sich der Arbeitnehmer aber genau überlegen, ob er den Arbeitgeber auf Entfernung der Personalakte aus der Personalakte verklagt, wenn er der Auffassung ist, die Abmahnung sei zu Unrecht ausgesprochen worden.

Denn eine solche Klage hat zwei Nachteile:

- a) Zum einen belastet der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis zusätzlich, wenn er eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber führt.
- b) Sollte das Arbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass die Abmahnung wirksam ist, so ist die Wirksamkeit der Abmahnung „in Stein gemeißelt“. In einem etwaigen späteren Kündigungsschutzprozess kann der Arbeitnehmer dann nicht mehr mit Erfolg geltend machen, die vorherige Abmahnung sei unwirksam.

Etliche Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter zeigen daher wenig Verständnis für Klagen, die auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte gerichtet sind.

### **12.2 Inzidentkontrolle in einem späteren Kündigungsschutzprozess**

Sofern der Arbeitgeber eine verhaltensbedingte Kündigung ausspricht, welcher aufgrund einer gleichartigen Pflichtverletzung in der Vergangenheit bereits eine einschlägige Abmahnung zugrunde liegt, kann der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage einreichen und die

---

<sup>37</sup> Däubler, Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 9. Aufl. 2011, Rn. 529.

Wirksamkeit der Kündigung unter anderem mit dem Argument angreifen, die vorherige einschlägige Abmahnung sei unwirksam.<sup>38</sup>

Diese Möglichkeit hat der Arbeitnehmer nicht mehr, wenn er in einem etwaigen zuvor geführten Rechtsstreit, in dem er den Arbeitgeber auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte verklagt hat, unterlegen war (siehe Gliederungspunkt 12.1).

### **Beispiel 13:**

Der Arbeitnehmer Anton Müller kommt am 29.11.2018 ohne Entschuldigungsgrund eine Viertelstunde zu spät zur Arbeit. Er erhält von seinem Arbeitgeber aufgrund dieses Vorfalles noch am selben Tag eine schriftliche Abmahnung. In dem Abmahnungsschreiben werden für den Wiederholungsfall allerdings nur allgemein arbeitsrechtliche Konsequenzen angedroht. Eine Kündigung bzw. eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden nicht in Aussicht gestellt.

Am 30.01.2019 erscheint Herr Müller wieder unentschuldigt zu spät zur Arbeit, dieses Mal eine halbe Stunde. Der Arbeitgeber spricht daraufhin eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus.

Gegen diese Kündigung erhebt Herr Müller rechtzeitig innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG beim Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage. Das KSchG ist anwendbar.

In dem Kündigungsschutzprozess macht Herr Müller geltend, der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung liege keine wirksame einschlägige Abmahnung zugrunde. Die Abmahnung vom 29.11.2018 sei unwirksam, da hier mangels Kündigungsandrohung die Warnfunktion der Abmahnung nicht erfüllt sei.

Mit diesem Argument wird Herr Müller Erfolg haben.

Die Abmahnung vom 29.11.2018 ist tatsächlich mangels Kündigungsandrohung unwirksam.

Damit fehlt es aber bezüglich der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung an der einschlägigen Abmahnung, die aufgrund des „ultima ratio“-Prinzips bzw. des § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB analog erforderlichlich war.

Eine vorherige einschlägige Abmahnung war hier auch nicht entbehrlich, insbesondere nicht nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB analog (hierfür wiegt die Pflichtverletzung nicht schwer genug) bzw. nach § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB analog (keine ernsthafte und endgültige Weigerung einer Verhaltensänderung).

## **12.3 Recht auf Gegendarstellung**

Sofern der Arbeitnehmer der Auffassung ist, der Arbeitgeber habe ihm gegenüber eine unberechtigte Abmahnung ausgesprochen (beispielsweise, weil er der Ansicht ist, es liege kein Fehlverhalten vor), kann er das Recht auf (schriftliche) Gegendarstellung geltend machen.<sup>39</sup>

In dieser Gegendarstellung kann der Arbeitnehmer dann seine Sicht der Dinge darlegen. Er hat dann auch Anspruch darauf, dass diese Gegendarstellung in seine Personalakte aufgenommen wird. Dieses Recht besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber der Auffassung ist, die Gegendarstellung sei inhaltlich falsch. Er muss in jedem Fall die Gegendarstellung in die Personalakte nehmen.

Dies ist in der Praxis eine effektive Möglichkeit, um sich gegen eine unberechtigte Abmahnung zur Wehr zu setzen. Insbesondere steht dem Arbeitnehmer hier auch noch die Möglichkeit der Inzidentkontrolle der Abmahnung in einem etwaigen späteren Kündigungsschutzprozess offen (vgl. Gliederungspunkt 12.2).

<sup>38</sup> Vgl. *Däubler*, Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 9. Aufl. 2011, Rn. 531.

<sup>39</sup> Vgl. *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2018, § 5 Rn. 212.