

ZAP

1 | 2019

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

4. Januar
31. Jahrgang

ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Bremen • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Büren, Köln

Begründet von: Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

AUS DEM INHALT

Kolumne

Die Digitalisierung aller Arbeitsprozesse schreitet voran – was sich sonst in 2019 ändert (S. 1)

Anwaltsmagazin

Experten sehen Anwaltsgeheimnis unter Druck (S. 2) • Aktualisierte Anwendungshinweise zur Geldwäsche (S. 8) • Tücken des elektronischen Rechtsverkehrs (S. 10)

Aufsätze

Caspers, Der Zeitmietvertrag nach § 575 BGB (S. 21)

Düsseldorfer Tabelle – Stand: 1.1.2019 (S. 31)

Holthausen, Die arbeitsrechtliche Abmahnung (S. 37)

Eilnachrichten

BVerfG: Absenkung der Eingangsbesoldung in Baden-Württemberg (S. 18)

KG: Heilung eines Zustellungsmangels durch nachträgliche Verteidigervollmacht (S. 19)

EuGH: Anerkennung von Studienabschlüssen in anderen EU-Staaten (S. 20)

30
Jahre
ZAP



Individualarbeitsrecht

Die arbeitsrechtliche Abmahnung: Rechtliches Umfeld, Prozessuales und taktische Überlegungen im arbeitsrechtlichen Mandat

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Köln

Inhalt

- I. Arbeitsvertragliches Gläubigerrecht
- II. Zielsetzung und Funktionen der Abmahnung
- III. Rechtliche Anforderungen
 1. Rügefunktion
 2. Warnfunktion
 3. Dokumentations- und Beweisfunktion
 4. Abmahnungs- bzw. Weisungsbefugnis
 5. Abmahnung, Schriftform, Formvorgaben in Tarifverträgen
 6. Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Abmahnung
 7. Zugang, Nachweis
- IV. Rücknahme der Abmahnung, Anspruch auf Entfernung
- V. Prozessuales, richtiger Klageantrag
- VI. Prozesstaktik
 1. Unerwünschter Kündigungsverzicht durch Abmahnung, Klageverbrauch, Verbot der Wiederholungskündigung
 2. Entbehrlichkeit der Abmahnung
 3. Keine Pflicht zur zeitnahen Beanstandung der Abmahnung
- VII. Aktuelle Fälle aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung
 1. Verweigerung der Herausgabe der privaten Mobilfunknummer, Datenschutz
 2. Sexuelle Belästigung kein außerordentlicher Kündigungsgrund ohne vorherige Abmahnung, MeToo-Debatte
 3. Ausländerfeindliches Verhalten, Internet-Post
 4. Versetzung, unbillige Weisung, Verbindlichkeit für den Arbeitnehmer, Abmahnungsrisiko
 5. XING-Profil: Außerordentliche Kündigung wegen Konkurrenzfähigkeit
- VIII. Fazit und Thesen

I. Arbeitsvertragliches Gläubigerrecht

Bei der **Abmahnung** handelt es sich um die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts, die bei Pflichtverletzungen von beiden Vertragsparteien ausgesprochen werden kann. Als Gläubiger der Arbeitsleistung weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen **vertragliche Pflichten** hin und macht ihn auf die **Verletzung** dieser Pflichten aufmerksam (Rüge- bzw. Dokumentationsfunktion). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragsgetreuen Verhalten auf und kündigt, wenn ihm dies angebracht erscheint, **individualrechtliche Konsequenzen** für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion, BAG, Urt. v. 30.5.1996 – 6 AZR 537/95, NZA 1997, 145; vgl. § 12 Abs. 3 AGG und § 314 Abs. 2 BGB).

Hinweis:

Die Abmahnung zielt darauf ab, **künftigen Vertragsverstößen** entgegenzuwirken und künftige Vertragstreue herzustellen. Bildlich gesprochen soll der Arbeitnehmer „auf den Pfad der Arbeitstugenden“ zurückgebracht werden. Die Abmahnung ist somit nach ihrer rechtlichen Konzeption zukunftsorientiert und dient nicht zur Sanktion eines in der Vergangenheit liegenden Verhaltens (vgl. BINKERT NZA 2016, 721).

Abmahnung

Die Abmahnung ist eine geschäftsähnliche Erklärung, für die das **Widerrufsrecht** nach ihrem Zugang beim Arbeitnehmer entsprechend § 130 Abs. 1 S. 2 BGB **ausgeschlossen** ist (KLEINEBRINK ArbRB 2017, 154, 155; zum **umstrittenen Rechtscharakter** vgl. QUECKE, in: HENSSLER/WILLEMSEN/KALB, Arbeitsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 1 KSchG Rn 198 [im Folgenden kurz: HWK-QUECKE]). Die Rechtswirksamkeit einer Abmahnung wird nicht dadurch gehindert, dass der Arbeitnehmer der deutschen Sprache nicht mächtig ist (vgl. Hessisches LAG, Urt. v. 23.1.2018 – 8 Sa 334/17 Rn 103; BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 252/12 Rn 41, NZA 2014, 1076).

Der Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer wegen einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung abmahnt, übt ein **vertragliches Rügerecht** aus. Es gibt keine „Regelausschlussfrist“, innerhalb derer das Rügerecht ausgeübt werden muss. Die im Gesetz für andere Rechtsinstitute vorgesehenen **Ausschlussfristen können auch nicht** in entsprechender Anwendung auf die **Abmahnung ausgedehnt** werden. Die Abmahnung ist weder ein Gestaltungsrecht, noch ist sie eine Willenserklärung im rechtlichen Sinne. Bei ausreichendem **Zeit- und Umstandsmoment** kann das Abmahnungsrecht aber wohl nach § 242 BGB **verwirken** (vgl. BAG, Urt. v. 15.1.1986 – 5 AZR 70/84, NZA 1986, 421; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 18.9.2007 – 3 Sa 267/07). In diesem Fall muss die **Abmahnung illoyal verspätet** sein. Der Arbeitgeber muss unter Umständen untätig geblieben sein, so dass bei dem Arbeitnehmer der Eindruck erweckt wird, der Arbeitgeber werde sein Abmahnungsrecht ihm gegenüber nicht mehr geltend machen. Der Kläger muss sich aus der Sicht eines objektiven Dritten mit Blick auf das Zeit- und Umstandsmoment darauf einstellen dürfen, nicht mehr abgemahnt zu werden (vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 18.9.2007 – 3 Sa 267/07 Rn 22).

Eine Abmahnung kann nicht wegen unbedeutender Pflichtenverstöße ausgesprochen werden. Eine Abmahnung muss **verhältnismäßig** sein. Aus der Warnfunktion der Abmahnung folgt, dass der vom Arbeitgeber abgemahnte **Verstoß** grundsätzlich auch eine **Kündigung rechtfertigt**. Folglich muss ein gewichtiger arbeitsrechtlicher Verstoß vorliegen. Anderenfalls kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in **Abgrenzung zur Abmahnung** belehren, ermahnen, verwarnen oder ihm einen Verweis erteilen. Diese Rechtsinstitute enthalten im Unterschied zur Abmahnung jedoch keine Kündigungsandrohung, zeitigen keine Rechtsfolgen und sind deshalb kündigungsrechtlich ohne Belang.

Eine Abmahnung ist im **Kleinbetrieb** (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) entbehrlich. In allen anderen Betrieben ist sie bei einer **fristgerechten ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung** während der **ersten sechs Monate** der Beschäftigung (Wartezeit, § 1 Abs. 1 KSchG, „**Probezeitkündigung**“) nicht erforderlich.

II. Zielsetzung und Funktionen der Abmahnung

Die Abmahnung trägt mit ihrer **Rüge- und Warnfunktion** dem im Kündigungsschutzrecht geltenden **Ultima-Ratio-Prinzip** Rechnung. Mit der Abmahnung als zur Kündigung milderem Mittel versucht der Arbeitgeber, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu sichern. Zweck der Abmahnung ist vom rechtlichen Grundgedanken her, auf das Verhalten des Arbeitnehmers so Einfluss zu nehmen, dass sein beanstandetes Fehlverhalten künftig unterbleibt. Reagiert der Arbeitnehmer auf diese Warnung und richtet er sein zukünftiges Verhalten auf eine vertragsgerechte Durchführung aus, kann es aus den mit der Abmahnung gerügten Gründen (**Pflichtverletzungen im einschlägigen Pflichtenkreis**) nicht mehr zu einer Kündigung kommen (vgl. BAG, Urt. v. 29.6.2017 – 2 AZR 302/16 Rn 28, NZA 2017, 1121; v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; MUEs ArbRB 2003, 336).

Hinweis:

Mit Blick auf die Anforderungen der Rechtsprechung und ihren Gebrauch in der Praxis wird die Abmahnung aufgrund ihrer kündigungsvorbereitenden Wirkung sowohl arbeitgeber- als auch arbeitnehmerseits häufig aber nicht als Wohltat, sondern als „gelbe Karte“ des die Trennung anstrebenden Arbeitgebers und damit als letzte Chance des Arbeitnehmers verstanden.

III. Rechtliche Anforderungen

1. Rügefunktion

Mit einer Abmahnung weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen arbeitsvertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam. Der Arbeitnehmer wird in **hinreichend bestimmter** bzw. **deutlicher Art und Weise** (Zeit, Ort) auf den von ihm begangenen **konkreten Pflichtenverstoß** vom Arbeitgeber hingewiesen. Die Rüge des Fehlverhaltens muss konkret und in ihren Einzelheiten zutreffend formuliert sein.

Beispiel:

„Am 7.11.2018 erschienen Sie verspätet erst um 10:45 Uhr an Ihrem Arbeitsplatz. Dies berichteten uns Frau/Herr (...), zudem konnten wir dies Ihrer Zeiterfassung entnehmen. Zu Ihren arbeitsvertraglichen Pflichten zählt aber, die Arbeit bis spätestens 9 Uhr ordnungsgemäß anzutreten.“

Ist nur ein Teil der Rüge **unzutreffend**, muss die **Abmahnung insgesamt entfernt** werden (BAG, Urt. v. 13.3.1991 – 5 AZR 133/90, NZA 1991, 768; MUES ArbRB 2003, 336). Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, mittels Abmahnung den Verdacht einer Vertragspflichtverletzung zu formulieren und das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers aufgrund eines solchen Verdachts zu erschweren. Eine „**Verdachtsabmahnung**“ kennt das Arbeitsrecht nicht (Hessisches LAG, Urt. v. 24.1.2014 – 14 Sa 776/13 Rn 84).

Typische Anlässe und Gründe für eine **arbeitgeberseitige Abmahnung** sind etwa unentschuldigtes Fehlen, Unpünktlichkeit, Arbeitsbummelei, Verletzung der Anzeige- und/oder Nachweispflichten bei Krankheit, Beleidigungen oder Tätlichkeiten gegenüber Mitarbeitern, Störung des Betriebsfriedens, private Telefonate und Surfen am Arbeitsplatz sowie sonstige arbeitsvertragliche Schlechtleistungen unterschiedlichster Art (vgl. HUNOLD NZA-RR 2014, 169). Die **Kasuistik** der Rechtsprechung zeigt eine **bunte Vielfalt von Abmahnszenarien**.

Mit der Abmahnung muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer **auffordern, sich künftig vertragsgemäß zu verhalten** (**Appellfunktion**). Ihm ist zu verdeutlichen, was der Arbeitgeber von ihm verlangt und wie er sich in Zukunft beanstandungsfrei zu verhalten hat. Auch das ist Teil der Rüge- und Warnfunktion der Abmahnung.

Formulierungsbeispiel:

„Wir fordern Sie hiermit auf, in Zukunft Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten einzuhalten. Dazu gehört auch, dass Sie pünktlich Ihre Arbeit antreten.“

2. Warnfunktion

Bei **gleichgelagerten Verstößen im selben, abgemahnten Pflichtenkreis** muss der Arbeitnehmer mit weitergehenden arbeitsrechtlichen Schritten rechnen, die bis hin zur (außerordentlichen) Kündigung des Arbeitsverhältnisses reichen können (vgl. BAG, Urt. v. 19.4.2012 – 2 AZR 258/11, NZA-RR 2012, 567). Die Abmahnung soll dem Arbeitnehmer die **Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens aufzeigen** und ihm deutlich machen, dass das Arbeitsverhältnis im **Wiederholungsfall** beendet werden kann. Diese Warnung ist nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes notwendig. Beruht eine Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten eines Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann.

Hinweis:

Die ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus (vgl. BAG, Urt. v. 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 Rn 16, NZA 2013, 319 m.w.N.).

Abmahnung

Auch **formell fehlerhafte Abmahnungen** entfalten regelmäßig die erforderliche Warnfunktion (vgl. BAG, Urt. v. 28.6.2018 – 2 AZR 436/17, NZA 2018, 1259; v. 19.2.2009 – 2 AZR 603/07, NZA 2009, 894; v. 15.12.1994 – 2 AZR 251/94; v. 21.5.1992 – 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028). Insofern kommt es allein auf die **sachliche Berechtigung** der Abmahnung und darauf an, ob der Arbeitnehmer ihr den Hinweis entnehmen konnte, der Arbeitgeber erwäge für den Wiederholungsfall die Kündigung. Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist der Arbeitnehmer unabhängig von formellen Unvollkommenheiten der Abmahnung gewarnt.

Hinweis:

Aus der formellen Unwirksamkeit einer Abmahnung kann der Arbeitnehmer nicht entnehmen, der Arbeitgeber billige das abgemahnte Verhalten (BAG, Urt. v. 19.2.2009 – 2 AZR 603/07, a.a.O.).

Zahlreiche Abmahnungen des Arbeitnehmers wegen gleichartiger Pflichtverletzungen, denen keine weiteren Konsequenzen von Seiten des Arbeitgebers folgen, können kontraproduktiv sein. Sie schwächen die Warnfunktion der Abmahnung so ab, dass trotz eines gleichgelagerten Pflichten- und Vertragsverstößes nicht gekündigt werden kann, weil der Arbeitnehmer sie für „leere“ Drohungen halten darf (vgl. KÜTTNER/EISEMANN, Personalbuch 2018, 25. Aufl. 2018, Stichwort: Abmahnung, Rn 22 unter Hinweis auf BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425). Die vorschnelle Empfehlung „viel hilft viel“ ist deshalb im Arbeitsrecht unter Umständen ein fehlerhafter Rechtsrat.

Die **Androhung „arbeitsrechtlicher Konsequenzen“** kann eine hinreichende Warnung vor einer Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses oder seines Inhalts sein. Mit einer solchen Formulierung wird ausgedrückt, dass der Arbeitnehmer im Wiederholungsfall mit allen denkbaren arbeitsrechtlichen Folgen bis hin zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechnen muss. Eine **ausdrückliche Kündigungsandrohung** ist dafür **nicht erforderlich**. Es ist ausreichend, wenn der Arbeitnehmer erkennen kann, der Arbeitgeber werde im Wiederholungsfall möglicherweise auch mit einer Kündigung reagieren (BAG, Urt. v. 19.4.2012 – 2 AZR 258/11, NZA-RR 2012, 567; v. 18.1.1980 – 7 AZR 75/78 Rn 22, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung).

Praxishinweis:

Als Merksatz und Erkenntnis gilt, dass der Arbeitgeber mit der Abmahnung klarstellen muss, dass er sich einseitige Schritte zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder seines Inhalts vorbehält. Um bildlich gesprochen „auf der sicheren Seite zu sein“ und um bei dem Arbeitnehmer die richtige Wahrnehmung und Warnung zu erzeugen, empfiehlt es sich aber für den Arbeitgeber, in der Abmahnung im Fall eines erneuten gleichgelagerten Pflichtenverstößes die dann drohende Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich anzusprechen.

Formulierungsbeispiel für eine Kündigungsandrohung:

- „ ... behalten wir uns eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung vor“;
- „ ... gefährden Sie Ihren Arbeitsplatz“ (vgl. DILLER ArbRAktuell 2010, 595);
- „ ... behalten wir uns arbeitsrechtliche Schritte vor, die bis hin zu einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses reichen können“.

3. Dokumentations- und Beweisfunktion

Zwar steht bei einer Abmahnung inhaltlich die Rüge- und Warnfunktion im Vordergrund. Da aber eine Abmahnung je nach den Umständen des Einzelfalls regelmäßig über eine ganze Reihe von Jahren hinweg für ein Arbeitsverhältnis von Bedeutung sein kann, spielt auch die Dokumentationsfunktion eine **wichtige und wesentliche Rolle**. Wegen der sich regelmäßig auf mehrere Jahre erstreckenden Relevanz einer zur Personalakte genommenen Abmahnung müssen der Anlass und die Eigenart der **beanstandeten Pflichtverletzung in tatsächlicher Hinsicht hinreichend konkret und bestimmt** dargestellt werden, um **über Jahre hinweg rekonstruierbar** zu bleiben. Dies gilt einerseits vor dem Hintergrund, dass das menschliche Erinnerungsvermögen mit fortschreitender Zeit verblasst, andererseits aber auch deshalb,

weil insbesondere auf Arbeitgeberseite im Laufe der Zeit die handelnden Personen und Verantwortungsträger wechseln können (LAG Köln, Urt. v. 19.4.2018 – 7 Sa 625/17).

Praxishinweis:

Es empfiehlt sich, die bei der Abmahnung einzuhaltenden Prozesse und Abläufe in der Personalabteilung zu strukturieren und **gerichtsverwertbar** zu dokumentieren, um Fehlerquellen möglichst auszuschließen.

Checkliste:

Dabei ist folgende Checkliste – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zur **Erfassung des abzumahnenden Sachverhalts** hilfreich (nach KLEINEBRINK ArbRB 2017, 154, 157):

- Was hat sich genau, wann und wo zugetragen?
- Welche arbeitsvertraglichen Pflichten hat der Arbeitnehmer verletzt?
- Wie kann der Pflichtenverstoß beschrieben und rechtlich eingeordnet werden?
- Bei Verstoß gegen Arbeitsanweisungen: Wie hätte sich der Arbeitnehmer richtig, beanstandungsfrei verhalten müssen?
- Welcher Schaden ist durch das Fehlverhalten des Arbeitnehmers entstanden?
- Wer war an dem Geschehen beteiligt?
- Gibt es (namentlich zu benennende) Zeugen?

4. Abmahnungs- bzw. Weisungsbefugnis

Der abmahnende Vertreter des Arbeitgebers muss zwar nicht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses befugt sein. Jedoch bedarf der **Vorgesetzte** einer Weisungsbefugnis. Er muss **verbindliche Anweisungen** hinsichtlich des Ortes, der Zeit sowie der Art und Weise der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung **erteilen können** (BAG, Urt. v. 8.2.1989 – 5 AZR 47/88, ZTR 1989, 314; v. 8.1.1980 – 7 AZR 75/78; KORINTH ArbRB 2003, 94).

5. Abmahnung, Schriftform, Formvorgaben in Tarifverträgen

Zwar ist die Abmahnung **formfrei** und kann daher theoretisch auch **mündlich** ausgesprochen werden. Aus **Beweisgründen** und zur **Dokumentation der Weisungsbefugnis** sollte die Abmahnung aber **stets schriftlich** erteilt, **eigenhändig unterschrieben** und zur **Personalakte** genommen werden (vgl. DILLER ArbRAktuell 2010, 595). Auch **Tarifverträge** können **abweichende Formvorgaben** enthalten, was bei dem Ausspruch einer Abmahnung Berücksichtigung finden muss. Auch wenn die **Abmahnung** nicht ausdrücklich als solche bezeichnet sein muss (vgl. BAG, Urt. v. 18.1.1980 – 7 AZR 75/78, a.a.O.), bietet sich dieser „Titel“ aus Klarstellungsgründen, zur Vermeidung streitiger Auslegungen und aus Gründen der Rechtssicherheit selbststredend an (vgl. KÜTTNER/EISEMANN, a.a.O., Stichwort: Abmahnung, Rn 24).

6. Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Abmahnung

Eine Anhörung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber vor Ausspruch einer Abmahnung ist grundsätzlich **rechtlich nicht erforderlich**. Ein Anhörungsrecht folgt auch nicht aus § 82 Abs. 1 BetrVG (Anhörungs- und Erörterungsrecht des Arbeitnehmers).

Etwas **anderes kann gelten**, wenn § 13 Abs. 2 BAT auf das Arbeitsverhältnis noch **Anwendung** findet (vgl. BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 unter Hinweis auf BAG, Urt. v. 16.11.1989 – 6 AZR 64/88, NZA 1990, 477). Nach dieser Vorschrift gilt: Der Angestellte muss über Beschwerden und Behauptungen tatsächlicher Art, die für ihn ungünstig sind oder ihm nachteilig werden können, vor Aufnahme in die Personalakten gehört werden. Seine Äußerung ist zu den Personalakten zu nehmen. Eine ohne vorherige Anhörung des Arbeitnehmers in die Personalakte genommene Abmahnung ist auf sein Verlangen wieder zu entfernen. Jedoch behält sie die **Warnwirkung** für eine verhaltensbedingte Kündigung, da die Norm allein den **Schutz der Personalakte** bezweckt (vgl. BAG, Urt. v. 21.5.1992 – 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028; HWK-QUECKE, a.a.O., § 1 KSchG Rn 198).

Abmahnung

Hinweis:

Auch § 3 Abs. 6 S. 4 TV-L enthält eine entsprechende Regelung, während § 3 Abs. 5 TVöD keine derartige Anhörungspflicht mehr vorsieht.

7. Zugang, Nachweis

Ihre Funktionen kann die Abmahnung nur erfüllen, wenn sie dem Arbeitnehmer **erteilt** wurde und ihm **zugegangen und zur Kenntnis** gelangt ist. Hierfür ist der **Arbeitgeber** bei einem Bestreiten durch den Arbeitnehmer **darlegungs- und beweisbelastet**. Entsprechend ist bei der Abmahnung (= geschäftsähnliche Handlung) derselbe Sorgfaltsmaßstab wie bei einer Kündigung (= Willenserklärung) anzuwenden (vgl. BAG, Urt. v. 9.8.1984 – 2 AZR 400/83, NZA 1985, 124). Das heißt, die Übergabe hat unter **Zeugen** persönlich, am besten gegen **Übergabebestätigung**, stattzufinden oder der Zugang beim Arbeitnehmer ist durch **Einschreiben gegen Rückschein** gerichtsverwertbar zu dokumentieren.

IV. Rücknahme der Abmahnung, Anspruch auf Entfernung

Nach der Rechtsprechung des BAG können Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB (sog. **quasinegatorischer Anspruch** bei fortdauernder Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts) die **Entfernung** einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer **Personalakte** verlangen. Ein Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte besteht für den Fall, dass die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt.

Einen **Entfernungsanspruch** kann der Arbeitnehmer des Weiteren geltend machen, wenn der Arbeitgeber bei einer (zu Recht erteilten) Abmahnung **kein schutzwürdiges Interesse** mehr an deren **Verbleib** in der **Personalakte** des Arbeitnehmers vorweisen kann. Eine Abmahnung ist nicht bereits deshalb unzulässig, weil der Arbeitgeber über den erhobenen Vorwurf auch hinwegsehen könnte, weil der Arbeitnehmer einen bewussten Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten nicht beabsichtigt hatte. Der Berechtigung einer Abmahnung des Arbeitgebers steht die **Entscheidungung des Arbeitnehmers** nicht entgegen (BAG, Urt. v. 20.1.2015 – 9 AZR 860/13 Rn 31, NZA 2015, 805; v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11 Rn 13, NZA 2013, 91; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.7.2018 – 5 Sa 77/18).

Für die Frage, ob eine Abmahnung zu Recht erfolgt ist, kommt es auf die **subjektive Vorwerfbarkeit** des Verhaltens des Arbeitnehmers im Sinne eines Verschuldens nicht an. Entscheidend ist allein, ob der Vorwurf objektiv gerechtfertigt ist (BAG, Urt. v. 31.8.1994 – 7 AZR 893/93 Rn 31 m.w.N., NZA 1995, 225; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.7.2018 – 5 Sa 77/18 Rn 23; v. 29.8.2012 – 8 Sa 126/12 Rn 39).

Endet das **Arbeitsverhältnis** im Laufe des Berufungsverfahrens vor dem Landesarbeitsgericht, **entfällt** für einen **Antrag auf Entfernung von Abmahnungen** aus der Personalakte regelmäßig das **Rechtsschutzbedürfnis**. Etwas anderes kann gelten, wenn – wie etwa im öffentlichen Dienst – die Personalakte an andere potenzielle Arbeitgeber weitergegeben werden kann (LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 19.7.2016 – 1 Sa 37/16, RDV 2017, 41).

Praxishinweis:

Um die Belastbarkeit einer Abmahnung zu sichern, sollte der Arbeitgeber nie mehrere Verstöße in einer Abmahnung rügen, sondern stets **Einzelabmahnungen** aussprechen und dabei vorher sorgfältig die Verhältnismäßigkeit der Abmahnung und damit die ausreichende Schwere der Pflichtverletzung prüfen (Stichwort: abmahnungswürdiges und -fähiges Fehlverhalten).

Wird eine Abmahnung auf **mehrere Vertragsverstöße** gestützt, von denen **einige zu Unrecht** erhoben werden, oder ist sie aus formalen Gründen unwirksam, muss sie **insgesamt** aus der Personalakte **entfernt werden**. Dennoch behält sie ihre Wirkung als mündliche Abmahnung, soweit die Vorwürfe

zutreffen. Zudem bleibt es dem Arbeitgeber überlassen, eine auf die zutreffenden Pflichtverletzungen beschränkte formal ordnungsgemäße Abmahnung auszusprechen und diese erneut zu der Personalakte zu nehmen (vgl. BAG, Urt. v. 19.2.2009 – 2 AZR 603/07, NZA 2009, 894; v. 13.3.1991 – 5 AZR 133/90, NZA 1991, 768; KÜTTNER/EISEMANN, a.a.O., Stichwort: Abmahnung, Rn 40). In der Praxis kann dies aber zu einer teuren **Verzögerung der Trennung** und im schlimmsten Fall zur Unwirksamkeit der Kündigung und damit einhergehend zum Verbrauch der Kündigungsgründe führen.

V. Prozessuales, richtiger Klageantrag

Der Arbeitnehmer hat seine Klage im Regelfall als **Leistungsklage** auf die **Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte** zu richten. Entsprechend ist der gegen eine Abmahnung des Arbeitgebers gerichtete Klageantrag wie folgt zu formulieren:

„Die Beklagte wird verurteilt, die dem Kläger mit Schreiben vom (...) erteilte Abmahnung aus der Personalakte des Klägers zu entfernen.“

Enthält die Abmahnung **ehrverletzende Äußerungen**, ist sie **gleichzeitig zu widerrufen** (BAG, Urt. v. 27.11.1985 – 5 AZR 101/84, NZA 1986, 227). Dieser Widerruf kann auch noch nach der Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte verlangt werden. Ein **Widerrufsanspruch** dient dem Schutz des Betroffenen vor einer anhaltenden Beeinträchtigung seiner Rechte. Er setzt neben dem Vorliegen entsprechender Rechtsverletzungen voraus, dass diese Rechtsbeeinträchtigungen andauern und durch den begehrten Widerruf auch beseitigt werden können (BAG, Urt. v. 15.4.1999 – 7 AZR 716/97, NZA 1999, 1037). Eine Klage auf Widerruf der Abmahnung ist nur begründet, wenn die **unwahre Tatsachenbehauptung** nicht nur in der Abmahnung enthalten ist, sondern **auch gegenüber anderen Personen kundgegeben** wurde und dadurch das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzt ist (vgl. DILLER ArbRAktuell 2010, 595, 596).

Praxishinweis:

Eine Klage auf „Feststellung der Unwirksamkeit“ der Abmahnung ist nicht möglich und erweist sich als **anwaltsliche Schlechtleistung**, da Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO nur ein „Rechtsverhältnis“ sein kann. Einer Feststellungsklage fehlt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse (vgl. BAG, Urt. v. 15.4.1999 – 7 AZR 716/97, a.a.O.; DILLER a.a.O.).

VI. Prozesstaktik

Beide Arbeitsvertragsparteien sollten sich in prozesstaktischer Hinsicht mit Blick auf die **Risiken und Chancen** eingehend mit der Abmahnung befassen.

1. Unerwünschter Kündigungsverzicht durch Abmahnung, Klageverbrauch, Verbot der Wiederholungskündigung

Der Arbeitgeber muss sich insoweit die Frage nach dem Sinn und der tatsächlichen **Erforderlichkeit** einer der Kündigung vorausgehenden **Abmahnung zur Erreichung des angestrebten Ziels** (= möglichst schnelle und wirtschaftliche Trennung vom Arbeitnehmer) stellen. Im Ausspruch einer Abmahnung ist regelmäßig der (konkludente) **Verzicht auf das Recht zur Kündigung** zu sehen. Der Arbeitgeber rügt das mit der Abmahnung beanstandete Verhalten und kündigt erst für den Fall der Wiederholung eines vergleichbaren Fehlverhaltens weitergehende arbeitsrechtliche Schritte an, woraus logisch der **Kündigungsverzicht** und der **Verbrauch des Kündigungsgrundes** abzuleiten sind. Abgemahnte Verhaltensmängel behalten nur dann rechtliche Bedeutung, wenn später weitere erhebliche Umstände eintreten oder bekannt werden, insbesondere der Arbeitnehmer **weitere gleichartige Pflichtverletzungen** begeht (BAG v. 15.3.2001 – 2 AZR 147/00, EzA § 626 BGB n.F. Nr. 185).

Etwa **85–90 % aller Kündigungsschutzverfahren** in Deutschland enden mit einem **Abfindungsvergleich**, in dem kündigungsschutzrechtliche Risiken des Arbeitgebers, wie etwa die Wirksamkeit der Abmahnung, der als unzureichend erachtete Kündigungsgrund, ein Sonderkündigungsschutz, die feh-

Abmahnung

lerhafte Betriebsratsanhörung, die schwierige Interessenabwägung und insbesondere das Verzugslohnrisiko kapitalisiert werden. Der Versuch, eine „**mustergültige Abmahnung**“ zu erstellen und erst dann bei einem **wiederholten Pflichtenverstoß** nach ausreichender **Bewährungszeit** zu kündigen, mag zwar dem theoretisch anerkannten Prüfungsraaster und dem Ultima-Ratio-Grundsatz vorbildlich entsprechen. In der Praxis kann es infolge des mit der **Abmahnung verbundenen Zeitfensters** bis zu einem erneuten gleichgelagerten Pflichtenverstoß aber bei Befolgung des „**arbeitsrechtlichen Masterplans**“ schnell zu finanziellen Mehrbelastungen des Arbeitgebers kommen. MUES (ArbRB 2003, 336, 337) merkt zu dieser Fallgestaltung zutreffend an, dass es der Arbeitgeber und sein anwaltlicher Berater in dieser Situation wohl übersehen haben, dass die **Abmahnung nur einer von mehreren Unsicherheitsfaktoren der Kündigung** ist und deshalb keineswegs zwangsläufig zu einer sicheren und erfolgversprechenden Kündigungssituation führt.

Praxishinweis:

Aus taktischer Sicht des Arbeitgebers ist die Abmahnung deshalb im Regelfall (Ausnahmen bestätigen die Regel) nur dann sinnvoll, wenn er das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer fortsetzen und ihn tatsächlich zu einem einsichtigen, vertragsgerechtem Verhalten „erziehen“ will. Aber diese **Handlungsempfehlung** gilt ebenfalls nur eingeschränkt, da auch eine berechnete Abmahnung das Vertrauensverhältnis der Arbeitsvertragsparteien im Regelfall nachhaltig belastet und deshalb vom Arbeitgeber zu erwägen ist, ob nicht eine offene, deutliche „Ansprache“ und damit einhergehende Ermahnung das sanftere und bessere Mittel ist, um den (einsichtigen und grundsätzlich geschätzten) Arbeitnehmer wieder „auf Kurs zu bringen“.

2. Entbehrlichkeit der Abmahnung

a) Verhaltensänderung auch bei Abmahnung nicht zu erwarten, schwere Pflichtverletzung

Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine **Hinnahme** durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – **ausgeschlossen** ist (BAG, Urt. v. 25.10.2012 – 2 AZR 495/11, NZA 2013, 954; v. 19.4.2012 – 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027; BINKERT NZA 2016, 721, 722).

Bei **Tätlichkeiten unter Arbeitskollegen** bedarf es vor Ausspruch einer Kündigung grundsätzlich **keiner Abmahnung**. Liegen gewichtige, objektive Anhaltspunkte für eine erhebliche aktive Beteiligung des Arbeitnehmers an einer tätlichen Auseinandersetzung vor, darf sich der Arbeitgeber, der keine eigene Sachkenntnis hat, zunächst hierauf stützen. Unter einer solchen Voraussetzung ist es dem unmittelbar an dem Konflikt beteiligten **Arbeitnehmer** regelmäßig zumutbar, sich im Kündigungsrechtsstreit im Rahmen einer **sekundären Vortragslast** so weit wie möglich zum Anlass und zum Verlauf der tätlichen Auseinandersetzung zu erklären und ggf. seine Behauptung, er sei lediglich das Opfer der Auseinandersetzung geworden bzw. habe sich in Notwehr verteidigt, zu substantiieren (BAG, Urt. v. 18.9.2008 – 2 AZR 1039/06, DB 2009, 964; LAG Köln, Urt. 12.12.2017 – 4 Sa 291/17). Entscheidend bei der Feststellung der Entbehrlichkeit ist, dass durch das Fehlverhalten des Arbeitnehmers das **Vertrauensverhältnis** zwischen den Vertragsparteien so **nachhaltig erschüttert** worden ist, dass es auch durch eine Abmahnung nicht wiederhergestellt werden kann (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 17.1.2013 – 19 W 1/13; Urt. v. 20.10.2000 – 19 U 86/00, NJW-RR 2001, 820; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24.10.2007 – 7 Sa 385/07).

Wie **risikobehaftet** die rechtssichere Beurteilung der ausreichenden Schwere der Pflichtverletzung in der Beratungspraxis ist, zeigt die vorgenannte Entscheidung des BAG vom 25.10.2012. Hier hatte der Zweite Senat entschieden, die außerordentliche Kündigung eines Chefarztes wegen – wenigen und kurzen – privaten Telefonaten im Operationssaal mit dem schnurlosen Handapparat seines Diensttelefons und/oder seinem Mobiltelefon während laufender Operationen sei ohne vorherige Abmahnung unverhältnismäßig, wenn der Arbeitgeber zuvor unter den gleichen Bedingungen dienstlich veranlasste Telefongespräche geduldet habe. Der auf dem Operationstisch liegende Patient hätte die Frage nach der Schwere der Pflichtverletzung aus der Sicht eines Laien mit Blick auf Leib und Leben sowie die

verringerte Aufmerksamkeit und Konzentration seines Operators womöglich – auch mit Blick auf die vorherige Duldung – abweichend beurteilt.

Praxishinweis:

Als Lehre aus dem Fall gilt es also, den erheblichen Bewertungsspielraum der Arbeitsgerichte bei der Prüfung einer Abmahnung zur Kenntnis zu nehmen und in die eigenen Überlegungen und Strategien einzupreisen.

b) Pflichtverstoß im Vertrauensbereich

Zwar bedarf es einer Wiederholungsgefahr und damit einer Abmahnung nach Vertragspflichtverletzungen im Vertrauensbereich dann nicht, wenn das **Vertrauen in den Arbeitnehmer unwiederbringlich zerstört** wird, weil in diesem Fall bereits hierin die Prognose eines auch zukünftig belasteten Arbeitsverhältnisses begründet ist. Jedoch ist dieser Grundsatz durch die „Emmely“-Entscheidung (BAG, Urt. v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; s. auch oben II.) wieder eingeschränkt. Hiernach wird eine **für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung** zweier Vertragspartner nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrausenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört. Die **Dauer des Arbeitsverhältnisses** und dessen **störungsfreier Verlauf** dürfen bei der **Interessenabwägung** im Rahmen der Prüfung des wichtigen Grundes i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB berücksichtigt werden.

Hinweis:

Dies verstößt nicht gegen das Gebot einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts (vgl. EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – C-555/07 [Kücüdeveci]; BAG, Urt. v. 7.7.2011 – 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412).

Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch **erarbeitete Vorrat an Vertrauen** durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird (BAG, Urt. v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09; Hessisches LAG, Urt. v. 24.1.2014 – 14 Sa 776/13). Auch diese Rechtsgrundsätze mögen angewandt auf den entschiedenen Einzelfall zutreffend und nachvollziehbar sein. In der Praxis und im Rechtsverkehr werfen sie aber mehr Fragen und Unsicherheiten auf, als dass sie Antworten und Rechtssicherheit geben. Im Recht der Abmahnung greift somit nicht nur ein Bewertungsspielraum, sondern es gilt in besonderem Maße auch die Lebenserfahrung: „Auf hoher See und vor Gericht bist du in Gottes Hand.“

3. Keine Pflicht zur zeitnahen Beanstandung der Abmahnung

Der abgemahnte Arbeitnehmer seinerseits stellt sich die Frage, ob es sinnvoll ist, die **Abmahnung anzugreifen** oder ob man sie nicht besser als **berechtigte Warnung** des missgestimmten Arbeitgebers hinnehmen sollte. In der Literatur wird diesbezüglich – mit Blick auf das wahre Leben und mit guten Gründen – die Auffassung vertreten, die **arbeitnehmerseitige Klage gegen eine Abmahnung** sei in fast allen Fällen ein **(anwältlicher) Kunstfehler** (vgl. DILLER ArbRAktuell 2010, 595).

In diesem Kontext ist zu beachten, dass **keine Verpflichtung** oder **Obliegenheit** des Arbeitnehmers besteht, **gegen** eine ihm ausgesprochene **Abmahnung fristgebunden** oder **zeitnah vorzugehen**. Auch erfassen tarif- oder arbeitsvertragliche Ausschlussfristen nicht den Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte, weil dieser letztlich auf einer **Verletzung des Persönlichkeitsrechts** (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) beruht (vgl. BAG, Urt. v. 14.12.1994 – 5 AZR 137/94) und diese Rechtsbeeinträchtigung keinen Ausschlussfristen unterliegt.

Zudem kann der Arbeitnehmer die Abmahnung auch in einem späteren **Kündigungsschutzprozess** mit überprüfen lassen, wobei sich dann ggf. infolge der den Arbeitgeber treffenden Darlegungs- und Beweislast für die Rechtfertigung der Abmahnung (vgl. BAG, Urt. v. 13.3.1987 – 7 AZR 601/85) **prozess-taktische Vorteile** bei einer Unwirksamkeit infolge fehlender Nachholbarkeit ergeben können, die sich auch auf die Kündigung und deren Unwirksamkeit auswirken können.

Abmahnung

Da die Abmahnung nach einer undefinierten Zeit entsprechend den Umständen des Einzelfalls ihre Wirkung einbüßt, der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für ihre Rechtmäßigkeit trägt und eine isolierte Klage gegen eine Abmahnung immer zu einer Belastung und streitigen Auseinandersetzung zwischen den Arbeitsvertragsparteien führt, muss die Erhebung einer Abmahnungsklage durch den Arbeitnehmer deshalb wohlüberlegt sein. Aus seiner Sicht ergibt die Klage nur dann taktisch Sinn, wenn man die Abmahnung als Kristallisationspunkt verwendet, um mit dem Arbeitgeber in Trennungsverhandlungen einzutreten bzw. die Trennung zu provozieren (DILLER ArbRAktuell 2010, 595; MUES ArbRB 2003, 336, 337). Insoweit gilt es, mit KORINTH (ArbRB 2003, 94) zutreffend festzustellen, dass nichts so sehr im Gedächtnis eines Personalverantwortlichen haften bleibt wie eine Abmahnung, zu deren Entfernung er verurteilt worden ist. Auch die Nachholbarkeit einer formal fehlerhaften Abmahnung und Ersetzung durch eine wirksame Abmahnung kann das Obsiegen im Abmahnungsprozess für den Arbeitnehmer ungewollt in einen Pyrrhussieg verwandeln und seine Ausgangslage in einem nachfolgenden Kündigungsschutzprozess bei nun vorliegender wirksamer Abmahnung nachhaltig verschlechtern (DILLER ArbRAktuell 2010, 595, 596).

Es existiert keine Regelfrist, aus der zwingend der Wirkungsverlust einer früheren Abmahnung und damit einhergehend ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte folgt. Eine Unwirksamkeit durch Zeitablauf kann nur aufgrund aller Umstände des Einzelfalls festgestellt werden. In der Praxis wird als Anhaltspunkt für die zeitliche Bestimmung der Geltungsdauer häufig eine Frist von zwei oder drei Jahren zugrunde gelegt (vgl. HWK-QUECKE, a.a.O., § 1 KSchG Rn 191). Diese Frist ist aber nicht zwingend. Maßgebend sind die Art und die Schwere der Verfehlung des Arbeitnehmers und sein Folgeverhalten im Anschluss an die Abmahnung.

Praxishinweis:

Der mit der Prüfung einer arbeitsrechtlichen Abmahnung beauftragte Rechtsanwalt muss deshalb sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite immer die taktische Ausgangslage und die rechtliche Situation sorgfältig prüfen. Er muss bei seiner Handlungsempfehlung die Interessen des Mandanten und alle seine Rechte sowie die Gesamtsituation in arbeitsrechtlicher Risikosicht einpreisen. Dabei kann das dem Arbeitnehmer und Mandanten ggf. schwer zu vermittelnde beste Ergebnis auch sein, zunächst nichts gegen die Abmahnung zu unternehmen, sondern stattdessen die weitere Entwicklung des Arbeitsverhältnisses abzuwarten. Da keine Obliegenheit des Arbeitnehmers besteht, gegen eine aus seiner Sicht unzutreffende Abmahnung vorzugehen, kann er auch auf eine Verbesserung seiner Rechtsposition durch Zeitablauf setzen. Spricht der Arbeitgeber mit gehörigem zeitlichem Abstand zu der Abmahnung eine Kündigung aus, kann der Arbeitnehmer ihm dann entgegenhalten, es habe an einer wirksamen Abmahnung gefehlt und die Kündigung sei damit wegen Verstoßes gegen den Ultima-Ratio-Grundsatz unwirksam. Möglicherweise gerät der darlegungs- und beweislaster Arbeitgeber daraufhin in Erklärungsnot, weil er die Ereignisse nicht mehr, wie prozessual gefordert, rekonstruieren kann oder weil er keinen Zugriff mehr auf Zeugen hat, die seine Behauptungen bestätigen (vgl. KORINTH ArbRB 2003, 94).

All diese Zusammenhänge müssen vor Erhebung einer auf die Entfernung einer Abmahnung gerichteten Klage vom Arbeitnehmer und seinem anwaltlichen Berater wohl bedacht und abgewogen sein.

VII. Aktuelle Fälle aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Die nachfolgenden fünf aus der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte beispielhaft herausgegriffenen aktuellen Streitfälle belegen einerseits die Aktualität des Abmahnungsrechts, das stets neue Fallgestaltungen produziert und durch gesellschaftliche Phänomene und Strömungen sowie technologische Entwicklungen besonders geprägt wird (Fälle 1. bis 3. und 5.). Andererseits zeigt die Grundlagenscheidung des Zehnten Senats zur (fehlenden) Verbindlichkeit des Weisungsrechts des Arbeitgebers bei unbilligen Weisungen (Fall 4.) die enge Verzahnung von Weisungs-, Abmahnungs- und Kündigungsschutzrecht auf, die maßgeblich die rechtliche und taktische Beratung bestimmt und die deshalb in der anwaltlichen Praxis beherrscht und dem Mandanten mitgeteilt werden muss.

1. Verweigerung der Herausgabe der privaten Mobilfunknummer, Datenschutz

Die Erhebung/Erfassung der privaten Mobiltelefonnummer eines Arbeitnehmers gegen seinen Willen ist wegen des darin liegenden äußerst schwerwiegenden **Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** des Arbeitnehmers **nur dann ausnahmsweise zulässig**, wenn der Arbeitgeber ohne Kenntnis der Mobiltelefonnummer im Einzelfall eine legitime Aufgabe, für die der Arbeitnehmer eingestellt ist, nicht, nicht vollständig oder nicht in rechtmäßiger Weise erfüllen kann und ihm eine andere Organisation der Aufgabenerfüllung nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Verweigert ein Arbeitnehmer die datenschutzrechtlich unzulässige Erfassung der Mobiltelefonnummer, hat er einen Anspruch auf Rücknahme und Entfernung einer deshalb erteilten Abmahnung aus der Personalakte (LAG Thüringen, Ur. v. 16.5.2018 – 6 Sa 442/17, ZAP EN-Nr. 589/2018).

2. Sexuelle Belästigung kein außerordentlicher Kündigungsgrund ohne vorherige Abmahnung, MeToo-Debatte

Erfüllen sowohl ein Kuss auf die Wange als auch der Inhalt eines WhatsApp-Chats den Tatbestand einer sexuellen Belästigung i.S.d. § 3 Abs. 4 AGG und stellen diese Verhaltensweisen daher eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dar, ist eine **außerordentliche Kündigung** seitens der Arbeitgeberin gleichwohl **unverhältnismäßig, wenn keine** Umstände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass selbst nach einer Abmahnung von einer **Wiederholungsgefahr** auszugehen ist, und die **Pflichtverletzung** des Arbeitnehmers **nicht** als derart **schwerwiegend** erscheint, dass selbst deren erstmalige Hinnahme der Arbeitgeberin nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich auch für den Arbeitnehmer erkennbar ausgeschlossen ist (LAG Rheinland-Pfalz v. 23.3.2018 – 1 Sa 507/17).

3. Ausländerfeindliches Verhalten, Internet-Post

Veröffentlicht ein Arbeitnehmer auf einer **rechtsradikalen Facebook-Seite** unter seinem Namen und in Straßenbahnuniform ein Foto mit einer meckernden Ziege mit der Sprechblase „Achmed, ich bin schwanger“, so kann dies eine **fristlose Kündigung** der im Eigentum einer Stadt stehenden Straßenbahngesellschaft rechtfertigen. Das Ziegenfoto hat nichts mit Satire zu tun, sondern enthält ausschließlich eine menschenverachtende und menschenherabwürdigende „Botschaft“. Eine solche **Schmähkritik** ist von der Meinungsfreiheit nicht geschützt. Der Bezug zum Arbeitsverhältnis liegt darin, dass der Kläger sich auf der Internet-Plattform öffentlich neben dem Ziegenbild in seiner Uniform als Straßenbahnschaffner und unter seinem Namen abbilden ließ. Damit ist für jeden Betrachter klar geworden, dass der Kläger Arbeitnehmer der Beklagten ist und seine menschenverachtende Haltung in Bezug zur Beklagten darstellte (Anm.: Außenwirkung, Rufschädigung). Einer Abmahnung bedarf es nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten ist oder es sich um eine so schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist. Im Hinblick auf die **Schwere der Pflichtverletzung** war es für den Kläger erkennbar, dass eine **Hinnahme** dieser Pflichtverletzung durch die Beklagte offensichtlich **ausgeschlossen** war. Eine Abmahnung war deshalb entbehrlich (vgl. Sächsisches LAG, Ur. v. 27.2.2018 – 1 Sa 515/17, NZA-RR 2018, 244 unter Hinweis auf BAG, Ur. v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 Rn 37 m.w.N.).

4. Versetzung, unbillige Weisung, Verbindlichkeit für den Arbeitnehmer, Abmahnungsrisiko

Nach übereinstimmender Auffassung des Fünften (vgl. zur abgelösten Rechtsprechung Ur. v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858) und Zehnten Senats ist ein Arbeitnehmer nach § 106 S. 1 GewO, § 315 BGB **nicht** – auch nicht vorläufig – an eine **Weisung** des Arbeitgebers **gebunden**, die die Grenzen billigen Ermessens nicht wahrt (**unbillige Weisung**, BAG, Ur. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452). Auf der Grundlage dieser gewandelten Rechtsprechung braucht der Arbeitnehmer nunmehr zwar nicht mehr zwangsläufig bis zur rechtskräftigen Klärung ihrer Billigkeit oder Unbilligkeit einer Weisung seines Arbeitgebers zu folgen. Jedoch trägt er bei einer (**beharrlichen**) **Verweigerungshaltung** das **Risiko**, dass ihn sein Arbeitgeber wegen der Nichtbefolgung der Weisung – unter Hinweis auf deren Billigkeit, Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit – **abmahnt** und bei einer **fortgesetzten Verweigerung** bzw. **Ablehnung** zur **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses schreitet. Mit anderen Worten: Akzeptiert der **Arbeitnehmer** eine Weisung nicht, die er als unbillig ansieht, und **erbringt** er **keine Arbeitsleistung**, trägt

Abmahnung

er das Risiko, ob ein Gericht im Rahmen der Prüfung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB seine Einschätzung teilt (vgl. zur Risikoverteilung BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16 Rn 79, a.a.O.; v. 19.1.2016 – 2 AZR 449/15, NZA 2016, 1144 Rn 29; v. 29.8.2013 – 2 AZR 273/12 Rn 32, NZA 2014, 533).

5. XING-Profil: Außerordentliche Kündigung wegen Konkurrenzfähigkeit

Wie schwierig und risikobehaftet die rechtliche Wertung (Kündigungsrelevanz) von vermeintlichen Pflichtverstößen des Arbeitnehmers im Bereich **unerlaubter Konkurrenzfähigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis** (§ 60 HGB) und die Beurteilung der Notwendigkeit von vorrangigen Abmahnungen ist, belegt beispielhaft eine Entscheidung des LAG Köln (Urt. v. 7.2.2017 – 12 Sa 745/16, NZA-RR 2017, 353). Die **fehlerhafte Angabe im privaten XING-Profil** eines Arbeitnehmers einer Steuerberaterkanzlei, dieser sei als „Freiberufler“ tätig, stellt ohne Hinzutreten weiterer Umstände noch **keine aktive Werbung für eine Konkurrenzfähigkeit** und damit noch keinen Verstoß gegen das gesetzliche Verbot der Wettbewerbstätigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis dar. Derartige weitere Umstände, die geeignet wären, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen, könnten jedoch darin gesehen werden, wenn der Arbeitnehmer unter der **XING-Rubrik „Ich suche“** aktiv im bestehenden Arbeitsverhältnis freiberufliche **Mandate in Konkurrenz** zu seinem Arbeitgeber **akquiriert**. Ist der Name des derzeitigen Arbeitgebers und der – bereits vereinbarte – künftige Zeitpunkt der Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses im XING-Profil zutreffend unter der Rubrik „Berufserfahrung“ angegeben, spricht dies bei der **gebotenen Gesamtschau** dafür, dass auch die Angabe einer „freien Mitarbeit“ unter der Rubrik „Ich biete“ nicht zwingend nahelegt, dass eine solche auch schon für den Zeitraum vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses angeboten wird. Weil die **Abgrenzung** zwischen **erlaubter Vorbereitung** einer späteren Selbstständigkeit und **unerlaubter Konkurrenzfähigkeit** während des Arbeitsverhältnisses **häufig fließend** ist, kann bei Sachverhalten in diesem Grenzbereich regelmäßig auch nicht von der Entbehrlichkeit einer Abmahnung ausgegangen werden (BAG, Urt. v. 26.6.2008 – 2 AZR 190/07, NZA 2008, 1415; LAG Köln, Urt. v. 7.2.2017 – 12 Sa 745/16, a.a.O.).

VIII. Fazit und Thesen

1. Die Abmahnung ist ein wichtiges und zentrales Instrument im Arbeitsrecht an der Schnittstelle zwischen Weisungs- (§ 106 GewO, § 315 BGB) und Kündigungs(schutz)recht.
2. Der Einsatz der Abmahnung auf Arbeitgeberseite und die Reaktion darauf auf Arbeitnehmerseite wollen gut bedacht sein. Es heißt Chancen und Risiken sorgfältig entsprechend den Umständen des Einzelfalls abzuwägen.
3. „Schnellschüsse“ sind zu vermeiden, um unerwünschten Rechtsfolgen zu entgehen. Sonst wird die Abmahnung schnell zu einem „Stolperstein ersten Grades“ und zu einem Faktor zusätzlicher Rechtsunsicherheit bei der Kündigung.
4. Geboten ist auf Seiten des Arbeitgebers eine saubere und sorgfältige Administration durch geschulte und weisungsbefugte Mitarbeiter.
5. Bei der Erstellung der Abmahnung müssen Sorgfalt und Sachverstand walten. Dies gilt insbesondere bei der Beschreibung, Einordnung und Bewertung sowohl des Lebenssachverhalts als auch des Pflichtenverstoßes des Arbeitnehmers. Die Schwere des Pflichtenverstoßes, die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Arbeitsvertragsparteien, die Verhältnismäßigkeit der Abmahnung und eine umfassende Interessenabwägung bestimmen maßgeblich das Rechtsumfeld.
6. Auf Arbeitnehmerseite bestehen vielfältige Reaktionsmöglichkeiten, die aber qualifizierte taktische, d.h. i.d.R. (fach-)anwaltliche Beratung voraussetzen. Oftmals gilt es auf Seiten des Arbeitnehmers, die Emotionen in den Griff zu bekommen und Ruhe zu bewahren. Statt „viel hilft viel“ ist häufig eine sachliche Gegendarstellung und eine ernst gemeinte Auseinandersetzung mit der in der Abmahnung zum Ausdruck kommenden Kritik des Arbeitgebers sinnvoller als ein Arbeitsgerichtsverfahren und sein ungewisser Ausgang.