

Pascal Croset / Markus Dobler

Die rechtssichere Abmahnung

Ein Leitfaden für Personalabteilung
und Geschäftsführung



Pascal Croset / Markus Dobler

Die rechtssichere Abmahnung

Pascal Croset / Markus Dobler

Die rechtssichere Abmahnung

Ein Leitfaden für Personalabteilung
und Geschäftsführung

Unter Mitwirkung von Ole Schulz



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

1. Auflage 2012

Alle Rechte vorbehalten

© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2012

Lektorat: Maria Akhavan-Hezavei | Sabine Bernatz

Gabler Verlag ist eine Marke von Springer Fachmedien.

Springer Fachmedien ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.

www.gabler.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg

Druck und buchbinderische Verarbeitung: AZ Druck und Datentechnik, Berlin

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISBN 978-3-8349-2959-4

Inhaltsverzeichnis

Vorwort aus arbeitsrechtlicher Sicht	9
Vorwort aus arbeitspsychologischer Sicht	11
Abkürzungsverzeichnis	13
1 Grundlagen	15
1.1 Gesetzliche Regelungen und Rechtsprechung	15
1.2 Bedeutung der Abmahnung im Arbeitsrecht: Betrieblich und prozessual... ..	15
2 Führen und Mitarbeiterkommunikation	17
2.1 Abmahnung als Mitarbeiterkommunikation.....	18
2.2 Grundsätze des Abmahnungsgesprächs.....	18
3 Anforderungen an eine wirksame Abmahnung	21
3.1 Formale Voraussetzungen	21
3.1.1 Abmahnungsberechtigte Person	21
3.1.2 Form der Abmahnung.....	22
3.1.3 Zugang der Abmahnung	23
3.1.4 Fristen: Zeitpunkt der Abmahnung	27
3.1.5 Vorweggenommene Abmahnung	28
3.1.6 Mangelnde Deutschkenntnisse: Übersetzung erforderlich?	30
3.1.7 Anhörungsrecht des Arbeitnehmers	31
3.1.8 Beteiligungsrecht des Betriebsrates bzw. Personalrates.....	32
3.2 Inhalt der Abmahnung (drei Funktionen)	33
3.2.1 Dokumentationsfunktion: Pflichtverstoß des Arbeitnehmers	33
3.2.2 Hinweisfunktion: Aufzeigen des vertragsgerechten Verhaltens.....	38
3.2.3 Warnfunktion: Androhung von Konsequenzen im Wiederholungsfall	40
3.3 Rechtsfolgen der Unwirksamkeit der Abmahnung.....	46
3.4 Abgrenzung zur Ermahnung/Verwarnung	46

4	Abmahnung und Kündigung	49
4.1	Grundsatz keine verhaltensbedingte Kündigung ohne einschlägige Abmahnung	49
4.1.1	Personenbedingte und betriebsbedingte Kündigung: Keine Abmahnung erforderlich	49
4.1.2	Verhaltensbedingte Kündigung: Negativprognose durch Abmahnung	49
4.1.3	Einschlägige Abmahnung	50
4.2	Wie viele vorangegangene Abmahnungen sind erforderlich?	52
4.2.1	Einzelfallbetrachtung	52
4.2.2	„Abmahnungs-Inflation“	55
4.3	Wann ist der Ausspruch einer Abmahnung entbehrlich?	56
4.3.1	Abgrenzung zwischen Leistungs- und Vertrauensbereich	57
4.3.2	Grundsatz: Abmahnung im Vertrauensbereich entbehrlich	57
4.3.3	Ausnahme: Abmahnung im Vertrauensbereich erforderlich	61
5	Vorgehen des Arbeitnehmers gegen eine ausgesprochene Abmahnung.....	67
5.1	Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte.....	67
5.1.1	Formell nicht ordnungsgemäßes Zustandekommen	67
5.1.2	Unrichtige Tatsachenbehauptung.....	68
5.1.3	Unrichtige rechtliche Bewertung	68
5.1.4	Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.....	69
5.1.5	Kein schutzwürdiges Interesse des AG am Verbleib in der Personalakte ..	71
5.2	Frist zur Geltendmachung	72
5.2.1	Entfernungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis	72
5.2.2	Entfernungsanspruch im beendeten Arbeitsverhältnis	73
5.2.3	Entfernungsanspruch: Typische Praxis-Konstellationen	73
5.3	Gerichtliche Geltendmachung des Entfernungsanspruches.....	75
5.4	Rechtsfolgen der gerichtlichen Durchsetzung des Entfernungsanspruches.....	75
5.4.1	Entfernung und Vollstreckung.....	76
5.4.2	Entfernung und Warnfunktion	76
6	Checkliste Abmahnung.....	77
6.1	Checkliste Abmahngespräch:	77
6.2	Checkliste Abmahnung.....	78

7	Musterabmahnungen	81
01	Abmahnung wegen alkoholbedingten Fehlverhaltens (Alkoholverbot)	81
02	Abmahnung wegen Verweigerung der Teilnahme an einer ärztlichen Untersuchung	83
03	Abmahnung wegen Erstattung einer Anzeige.....	85
04	Abmahnung wegen Verstoß gegen Arbeitsschutzvorschriften	87
05	Abmahnung wegen Verstoß gegen Anzeigepflicht (Arbeitsunfähigkeit I)	89
06	Abmahnung wegen Verstoß gegen Nachweispflicht (Arbeitsunfähigkeit II)....	91
07	Abmahnung wegen genesungswidrigen Verhaltens (Arbeitsunfähigkeit III)....	93
08	Abmahnung wegen Vorlage einer gefälschten AU-Bescheinigung (Arbeitsunfähigkeit IV)	95
09	Abmahnung wegen Androhung Krankfeiern	97
10	Abmahnung wegen Arztbesuch während Arbeitszeit (Arbeitsunfähigkeit VI) ..	99
11	Abmahnung wegen Arbeitszeitbetrugs	101
12	Abmahnung wegen Beleidigung (eines Kollegen)	103
13	Abmahnung wegen Verweigerung von Überstunden	105
14	Abmahnung wegen Verstoß gegen Datenschutz	107
15	Abmahnung wegen Selbstbeurlaubung (Urlaub I)	109
16	Abmahnung wegen Diebstahl.....	111
17	Abmahnung wegen Spesenbetrugs.....	113
18	Abmahnung wegen privater Internetnutzung I (ausdrückliches Verbot)	115
19	Abmahnung wegen privater Internetnutzung II (kein ausdrückliches Verbot) ..	117
20	Abmahnung wegen mangelnder Körperhygiene.....	119
21	Abmahnung wegen sexueller Belästigung.....	121
22	Abmahnung wegen unangemessener Kleidung	123
23	Abmahnung wegen Arbeitsverweigerung	125
25	Wahrheitspflicht, Verletzung	129
26	Abmahnung wegen Verstoß gegen Wirtschaftlichkeitsgebot.....	131
27	Abmahnung wegen Betriebsrat, fehlende Abmeldung I.....	133
28	Abmahnung wegen Betriebsrat, fehlende Abmeldung II.....	135
29	Dienstwagen, Missbrauch.....	137
	Literaturverzeichnis.....	139
	Die Autoren.....	141

Vorwort aus arbeitsrechtlicher Sicht

In der Praxis erweisen sich circa 70 Prozent der ausgesprochenen Abmahnungen als unwirksam! Auch ohne belastbare Statistiken bestätigen arbeitsrechtliche Praktiker – Personaler, Arbeitsrichter und Fachanwälte für Arbeitsrecht – diese traurige Quote einhellig. Die sträfliche Vernachlässigung der Abmahnung als Vorstufe der Kündigung führt zu bösen Überraschungen im Kündigungsschutzprozess. Häufig ist es nicht der Kündigungssachverhalt an sich, der die Kündigung zu Fall bringt, sondern die vorangegangene mangelhafte Abmahnung.

Das Bundesarbeitsgericht hat zur Erstellung einer ordnungsgemäßen, formal und inhaltlich wirksamen Abmahnung klare Regeln aufgestellt. Vorliegendes Buch zeigt diese Leitlinien strukturiert auf. Sie erhalten Vorschläge zum Aufbau einer Abmahnung sowie Hinweise auf typische, vermeidbare Fehler. Klare Formulierungsbeispiele unterstützen Sie unmittelbar bei der praktischen Umsetzung.

Ich wünsche Ihnen, dass Sie mit Hilfe dieses Buches den in der ersten Zeile genannten Durchschnitt heben!

Pascal Croset

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Vorwort aus arbeitspsychologischer Sicht

Das Wort Abmahnung klingt in den meisten Ohren sehr negativ, nach Wut, nach Entschlossenheit und nach viel Stress. An jedem Abmahnprozess ist sowohl der Aussteller als auch der Empfänger Beteiligter und Betroffener. Unsere Erfahrungen zeigen jedoch, dass beide Parteien sich in den meisten Fällen weniger als Beteiligte, sondern vielmehr als Betroffene fühlen, also sozusagen als Opfer der Umstände. In dieses negative Gefühl mischt sich bei beiden Parteien auch die Unsicherheit. Gerade der Abmahnungsersteller ist (durchaus zu Recht) unsicher in Bezug auf die rechtlichen Stolperfallen und er ist sich unsicher, ob und wie er eine solche Abmahnung überhaupt überbringen soll. In vielen Fällen kommt die psychologische Unsicherheit von einer Angst, der Mitarbeiter könnte im Anschluss aus Frust und Wut seine Leistungsbereitschaft massiv eindämmen.

Dieses Buch soll daher auch dazu dienen, dem Abmahnungsersteller arbeitspsychologische Hinweise zu geben, wie er ein solches Abmahnungsgespräch aufbauen und durchführen kann. Hinweise sind jedoch nur brauchbar, wenn sie verstanden werden und auch praktisch umsetzbar sind. Wissenschaftliche Texte helfen hier also wenig. Gefragt ist vielmehr Praxiswissen. Daher basieren die arbeitspsychologischen Hinweise weniger auf einer wissenschaftlichen Erörterung mit Umständen, sondern vereinen sowohl meinen eigenen Erfahrungsschatz der letzten 20 Jahre als Führungskraft als auch passende Forschungsergebnisse aus fast 100 Jahren Psychologie.

Aus demselben Grund ist auch die Sprache weder von der in der Psychologie üblichen und (dort) notwendigen Wortwahl noch von deren Stil geprägt. Die Hinweise sind eher in einer verständlichen Alltagssprache verfasst.

In diesem Sinne hoffe ich, dass Sie, liebe Leser, beim Durcharbeiten dieses Buches viele Impulse erhalten.

Dr. Markus Dobler

Zur männlichen/weiblichen Form

Schildert ein Text, wie „der/die Mitarbeiter/in als Kaufmann/frau seine/ihre Arbeitsleistung“ nicht ordnungsgemäß erbringt, so sorgt dies für mehr Worte und weniger Übersichtlichkeit. Daher haben wir uns zur besseren Lesbarkeit für eine Geschlechterform entschieden. Wir tun dies aus der Überlegung heraus, dass mit „Mitarbeiter“ oder „Arbeitnehmer“ nicht in erster Linie eine Frau oder ein Mann gemeint ist, sondern ein Mensch.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AG	Arbeitgeber
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AN	Arbeitnehmer
ArbG	Arbeitsgericht
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BR	Betriebsrat
BUrlG	Bundesurlaubgesetz
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

i.d.R.	in der Regel
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LPersVG	Landespersonalvertretungsgesetz
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
PersVG	Personalvertretungsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
TvöD	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst
TV-L	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst der Länder
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

1 Grundlagen

1.1 Gesetzliche Regelungen und Rechtsprechung

Der Abmahnung kam im Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland von Anfang an eine bedeutende Rolle zu. Erstmals Erwähnung findet die Abmahnung im Rahmen der Rechtsprechung des BAG in einer Entscheidung vom 03.12.1954¹.

In der Folgezeit arbeiteten Rechtsprechung und Literatur die Konturen der Abmahnung als Ausfluss des sogenannten Ultima-Ratio-Prinzips immer präziser heraus, bis das BAG (soweit ersichtlich) erstmalig in seiner Entscheidung vom 29.07.1976² den allgemeinen Leitsatz aufstellte, dass vor einer ordentlichen Kündigung „in der Regel“ eine Abmahnung erforderlich sei.

Eine zumindest ansatzweise gesetzliche Regelung erfolgte erst durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001³ im Rahmen der §§ 314 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB. Die für die Personalpraxis relevanten rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an die Abmahnung muss der Personalverwalter indes weiterhin exklusiv der facettenreichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes entnehmen.

1.2 Bedeutung der Abmahnung im Arbeitsrecht: Betrieblich und prozessual

Die praktische Bedeutung der Abmahnung für das Arbeitsrecht ist erheblich – und zwar sowohl unter betrieblichen als auch unter prozessualen Gesichtspunkten.

Wer die Abmahnung allein als rechtliches Instrument zur Vorbereitung einer Kündigung sieht, verkennt ihren erheblichen betrieblichen Einfluss. Die Abmahnung dient dem Arbeitgeber in erster Linie als klares Signal an den Arbeitnehmer, dass er ein bestimmtes Verhalten missbilligt. Gleichzeitig drückt sie dessen unmissverständliche Entschlossenheit aus, für die Zukunft Änderung bzw. Abhilfe zu verlangen. Eine Abmahnung hat also eine erhebliche psychologische Wirkung – nicht nur auf den konkreten Arbeitnehmer, sondern auch auf die gesamte Belegschaft!

Daneben kommt der Abmahnung erhebliche rechtliche und dort vor allem prozessuale Bedeutung zu. Denn im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetz-

¹ BAG, Urteil vom 03.12.1954 – 1 AZR 150/54.

² BAG, Urteil vom 29.07.1976 – 3 AZR 50/75.

³ BGBl. I 2001, Seite 3138.

zes (KSchG) muss eine ordentliche Kündigung stets auf betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Gründe gestützt werden, eine außerordentliche Kündigung sogar auf einen sogenannten wichtigen Grund. Wenngleich die Mehrzahl der in der Praxis ausgesprochenen Kündigungen auf betriebsbedingten Gründen beruht (oder zumindest vordergründig auf solche gestützt wird), kommt der verhaltensbedingten Kündigung stets eine herausragende Rolle zu. Denn die „Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers“ beruhen in aller Regel auf einem schweren Vorwurf gegen den Arbeitnehmer. Sie sind daher mit persönlichen Reibungen zwischen den beteiligten Personen verbunden und führen in aller Regel zu erheblicher Unruhe im Betrieb. Dem Arbeitgeber bzw. der mit der Kündigung befassten Personalabteilung droht im Falle des Ausspruches einer unwirksamen verhaltensbedingten Kündigung stets erheblicher Gesichtsverlust. Zudem ist die erfolgreiche gerichtliche Durchsetzung einer verhaltensbedingten Kündigung mit großen Schwierigkeiten verbunden. In der gerichtlichen Praxis stellt sich dabei das Erfordernis der ordnungsgemäßen Abmahnung regelmäßig als die gefährlichste Klippe dar.

Arbeitsrechtlicher Hinweis: Die Erfahrung zeigt, dass circa 70 Prozent der ausgesprochenen Abmahnungen unwirksam sind!

2 Führen und Mitarbeiterkommunikation

Die Leistung eines Mitarbeiters hängt von mehreren Voraussetzungen ab. So benötigt ein Mitarbeiter zum Beispiel eine Mindestklarheit über seine Aufgabenstellung. Ebenso braucht er alle Informationen, die er für die Ausführung seiner Aufgabenstellung benötigt (Informationsgrad), sowie Arbeitsmittel und einen gewissen Gestaltungsspielraum, der ja über die Organisation definiert wird. Diese Voraussetzungen für die Leistung liegen in der Verantwortung des Arbeitgebers.

Eine weitere Voraussetzung für eine Leistungsabgabe (neben dem Können und der Methodik) ist die Leistungsbereitschaft (das Wollen), welche sich unter anderem aus der Triebmotivation (innere Motivation) und der Reizmotivation (äußere Motivation) zusammensetzt. Viele Führungskräfte sind der Ansicht, dass das Unternehmen auch dafür zuständig sei, den Mitarbeiter zu motivieren. Doch die Erfahrungen zeigen, dass man Mitarbeiter nicht extra motivieren muss, wenn der Mitarbeiter eine Tätigkeit hat, die ihm Spaß macht. Mitarbeiter sind in aller Regel ausreichend motiviert. Jemanden, der in seiner Freizeit seiner Leidenschaft (Hobby) frönt, muss ja auch niemand speziell motivieren. Das Unternehmen ist lediglich dafür verantwortlich, die vom Mitarbeiter mitgebrachte Motivation nicht zu zerstören.

Führungskräfte können nur dann führen, wenn ihnen die Mitarbeiter auch folgen (wollen). Denn ein Bergführer, dem keiner folgt, führt nicht, sondern geht lediglich seinen Weg. Damit jemand einem Bergführer folgt, ist eine Motivation (Wollen) erforderlich. Fehlt die Motivation, einer Führungskraft zu folgen, wird echtes Führen nicht mehr möglich. Dann nämlich wird die Führungskraft zum (An)Treiber, ähnlich einem Hirtenhund, der ständig verhindern muss, dass Schafe aus der Herde ausbrechen. Dies ist nicht nur kraftraubend, sondern auch ineffizient: In der Zeit, in der der Hirtenhund hinter bzw. neben seiner Herde läuft, bleibt die Spitze eben ungeführt und die „Schafe“ treiben führerlos.

Einfacher ist es, wenn die Mitarbeiter der Führungskraft folgen, weil sie der Führungskraft folgen wollen. Einer der Antriebe des Wollens ist Überzeugung. Überzeugung wird vor den Taten stets durch die Kommunikation erzeugt!

Daher ist Führungskommunikation heute ein, wenn nicht *das* zentrale Steuerungsinstrument. Es geht bei der Führungskommunikation also vor allem darum, Einzelleistungen zu mobilisieren, zu kanalisieren und dabei die Motivation nicht zu zerstören.