

# Die »gelbe Karte« im Arbeitsleben

**ABMAHNUNG** *In der Personalakte dokumentiert der Arbeitgeber mit einer Abmahnung, dass er den betroffenen Beschäftigten verwarnet. Das kann die Vorstufe zu einer Kündigung sein.*

VON JAVIER DAVILA CANO

## DARUM GEHT ES

1. Der Arbeitgeber kann dem Beschäftigten eine Abmahnung erteilen, wenn er eine Pflichtverletzung im Arbeitsverhältnis für gegeben hält.
2. Beschäftigte haben verschiedene Möglichkeiten, sich gegen eine ungerechtfertigte Abmahnung zu wehren.
3. Anders als bei einer verhaltensbedingten Kündigung hat der Betriebsrat bei einer Abmahnung keine Beteiligungsrechte.

**V**erstößt ein Fußballspieler während des Spiels gegen bestimmte Spielregeln, kann ihm der Schiedsrichter wegen des Verstoßes eine gelbe Karte zeigen. Der Spieler ist damit verwarnet und weiß, dass er bei dem nächsten groben Verstoß das Spielfeld vorzeitig verlassen muss. Solche »gelben Karten« gibt es auch im Arbeitsverhältnis; man nennt sie Abmahnungen (siehe Kasten S. 37).

### Anlässe für eine Abmahnung

Grundsätzlich kann jeder Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine vertraglichen und gesetzlichen Haupt- und/oder Nebenpflichten zu einer Abmahnung führen. Voraussetzung ist jedoch stets, dass es eine Pflicht gibt, gegen die der Arbeitnehmer verstoßen hat. Beispielsweise hat man die Pflicht, pünktlich am Arbeitsplatz zu erscheinen oder das Eigentum des Arbeitgebers nicht zu beschädigen. Kommt man zu spät zur Arbeit oder verschüttet man den Kaffee auf die Tastatur, liegt ein Fehlverhalten vor, das den Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, den Arbeitnehmer abzumahnern. Nicht richtig ist das Gerücht, eine Abmahnung komme nur bei schwerwiegenden Verstößen oder erst dann in Betracht, wenn beim Arbeitgeber ein Schaden entstanden ist.

### Form und Frist

Der Arbeitgeber kann eine Abmahnung mündlich oder schriftlich erteilen. Das Gesetz kennt keinen bestimmten Formzwang für die Abmah-

nungen, so dass auch mündliche Abmahnungen grundsätzlich wirksam sind. In der Praxis werden Abmahnungen jedoch überwiegend schriftlich erteilt, um im Zweifel nachweisen zu können, wann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weswegen abgemahnt hat.

Anders als bei einer außerordentlichen Kündigung, wo der Arbeitgeber diese innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung von den Umständen aussprechen muss, hat der Arbeitgeber bei der Abmahnung keine Frist zu wahren. Eine Abmahnung kann daher auch durchaus Monate später ausgesprochen werden.

### Wann ist eine Abmahnung rechtswidrig?

Die Rechtswidrigkeit der Abmahnung kann darauf beruhen, dass der Arbeitgeber von einer unzutreffenden Tatsachengrundlage ausgeht, indem die von ihm angenommene Pflichtverletzung der Sache nach zwar abmahnungswürdig ist, der Arbeitnehmer aber diese Pflichtverletzung nicht begangen hat.<sup>1</sup> Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer A vorwirft, Ware beschädigt zu haben, obwohl in Wirklichkeit der Arbeitnehmer B die Ware beschädigt hatte. Die Rechtswidrigkeit der Abmahnung kann weiterhin aber auch auf einer unzutreffenden rechtlichen Würdigung des Verhaltens des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber beruhen, der Arbeitnehmer also das beanstandete Verhalten nachweisbar begangen hat, dieses aber entgegen der Auffassung des Arbeitgebers vertragsgemäß ist.<sup>2</sup> Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeit-

1 LAG Hamm v. 20.3.2009 – 10 Sa 1407/08.

2 LAG Hamm v. 20.3.2009 – 10 Sa 1407/08.



nehmer, der um 9:00 Uhr zur Arbeit kommt, mit der Begründung abmahnt, er sei zu spät gekommen, weil er um 8:00 Uhr hätte anfangen müssen, der Arbeitnehmer aber eine Gleitzeitvereinbarung hat, wonach er berechtigt ist, zwischen 8:00 Uhr und 9:30 Uhr seine Arbeit aufzunehmen.

Die Rechtswidrigkeit der Abmahnung kann aber auch aus rein formellen Gründen in Betracht kommen. Der Inhalt einer Abmahnung folgt aus ihrer Funktion. Der Betroffene muss der Abmahnung zweifelsfrei entnehmen können, was ihm vorgeworfen wird, wie er sein Verhalten in Zukunft einzurichten hat und welche Sanktionen ihm drohen, wenn er sich nicht entsprechend verhält. Der Arbeitgeber muss den gerügten Vorfall einzeln konkret mit Datum und Uhrzeit schildern. Denn nur so kann sich der Arbeitnehmer gegen unberechtigte Vorwürfe substantiiert zur Wehr setzen.<sup>3</sup> Gibt der Arbeitgeber nur pauschal an, »wir mahnen Sie ab, weil Sie zu spät zur Arbeit gekommen sind« oder droht der Arbeitgeber allgemein »arbeitsrechtliche Konsequenzen an«, ist die Abmahnung nicht hinreichend konkret und damit unwirksam.

Werden in einem Abmahnungsschreiben mehrere Pflichtverletzungen gleichzeitig gerügt und treffen davon nur einige (aber nicht alle) zu, ist die Abmahnung als Ganzes unwirksam.<sup>4</sup> In diesem Fall kann der Arbeitgeber allerdings jederzeit eine neue Abmahnung erteilen, in der nur die Pflichtverletzungen aufgeführt werden, die auch zutreffen. Dies gilt auch, wenn die Abmahnung aus formellen Gründen unwirksam ist, beispielsweise weil die Pflichtverletzung nicht konkret genug beschrieben wurde.

### Wie kann man sich gegen eine Abmahnung zur Wehr setzen?

Hat man eine Abmahnung erhalten und will man diese nicht tatenlos hinnehmen, gibt es mehrere Reaktionsmöglichkeiten und -stufen. Die mildeste Reaktionsmöglichkeit ist das Erstellen einer so genannten »Gegendarstellung«. Der Arbeitnehmer schreibt dem Arbeitgeber seine Sicht der Dinge auf und erläutert, weshalb die Abmahnung zu Unrecht erteilt wurde. Entscheidet man sich für eine Gegendarstellung, sollte man darauf bestehen, dass die Gegendarstellung ebenfalls zur Personalakte genommen wird. Es empfiehlt sich auch, nach einer gewissen Zeit Einblick in die Perso-

### DEFINITION

#### Was genau ist eine Abmahnung?

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) (zuletzt Entscheidung v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07) liegt eine Abmahnung vor, wenn der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise Leistungsmängel beanstandet, ihn an seine vertraglichen Pflichten erinnert (Erinnerungs- oder Hinweisfunktion) und vor Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis bei weiterem Fehlverhalten warnt, indem er darauf hinweist, dass im Wiederholungsfalle Inhalt und Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sind (Warnfunktion). Vereinfacht gesagt, muss der Arbeitnehmer darauf hingewiesen werden, dass er etwas »falsch« gemacht hat, wie er es hätte richtiger/besser machen können und sollen/müssen und dass er im Wiederholungsfall damit rechnen muss, gekündigt zu werden.

nalakte zu nehmen, um zu prüfen, ob die Abmahnung und die Gegendarstellung tatsächlich zur Personalakte genommen wurden.


Im Falle einer aus Arbeitnehmersicht unberechtigten Abmahnung kann der Arbeitnehmer sich auch durch Erhebung einer Klage auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte zur Wehr setzen. Die Zulässigkeit einer solchen Klage ist nach zutreffender Rechtsprechung<sup>5</sup> nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer berechtigt ist, eine Gegendarstellung zur Personalakte abzugeben. Der Prozess auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte dauert im Regelfall circa vier bis sechs Monate. Das Gericht prüft, ob die Abmahnung berechtigt ist und gibt – im Falle ihrer Unwirksamkeit – dem Arbeitgeber auf, die Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen. Die Darlegungs- und Beweislast für die Wahrheit der in der Abmahnung aufgestellten Tatsachenbehauptungen trägt der Arbeitgeber.<sup>6</sup> Wirft der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer beispielsweise vor, zu spät zur Arbeit gekommen zu sein, muss der Arbeitgeber die Verspätung bei Gericht beweisen. Berufet sich der Arbeitnehmer auf einen Rechtfertigungsgrund, beispielsweise dass er mit Zustimmung seines Vorgesetzten seine Arbeit später aufnehmen

## AiB:Assist


Nutze mich jetzt –  
ich bin in Deinem  
Abonnement bereits  
enthalten.

### Das sind meine Werkzeuge.


#### BetrVG-Online-Kommentar

 Kompakte, leicht  
lesbare Erläuter-  
ungen des Betriebs-  
verfassungsgesetzes.


#### Betriebsrats-Lexikon

 130 Stichwörter zu  
den Kernaufgaben  
der Betriebsrats-  
arbeit.


#### Betriebsvereinbarungen

 80 Musterverein-  
barungen zu den  
häufigsten Fragen  
der Mitbestimmung.

#### Gesetze und Verordnungen

 Die wichtigsten  
Gesetzestexte in  
aktueller Fassung.

#### Top 100 Urteile

 An diesen Gerichts-  
entscheiden führt  
kein Weg vorbei. Du  
solltest sie kennen.

<sup>3</sup> BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07.  
<sup>4</sup> BAG v. 13.3.1991 – 5 AZR 133/90.

<sup>5</sup> LAG Hamm v. 20.3.2009 – 10 Sa 1407/08.  
<sup>6</sup> BAG v. 26.1.1994 – 7 AZR 640/92.

## KÜNDIGUNG UND ABMAHNUNG

Mit dem Ausspruch einer Abmahnung verzichtet der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG v. 26.11.2009 – 2 AZR 751/08 in der Regel zugleich und konkludent auf das Recht zur Kündigung aus den in der Abmahnung gerügten Gründen. Der Arbeitgeber gibt mit einer Abmahnung zu erkennen, dass er das Arbeitsverhältnis noch

nicht als so gestört ansieht, dass er es nicht mehr fortsetzen könnte. Hat man also eine Abmahnung wegen eines konkreten Verstoßes erhalten, muss man in der Regel nicht befürchten, wegen dieser selben Sache auch gekündigt zu werden. Nur bei Wiederholung dieses Fehlverhaltens kann eine Kündigung in Betracht kommen.

durfte, muss der Arbeitnehmer bei Gericht darlegen und beweisen, dass er diese Zustimmung tatsächlich hatte.

Wenn die Abmahnung unwirksam ist, der Arbeitnehmer aber keine Möglichkeit hat, dies bei Gericht zu beweisen oder dem Arbeitnehmer das Führen eines Verfahrens schlichtweg zu teuer ist, kann er die Abmahnung in der Personalakte belassen. Damit gibt der Arbeitnehmer nicht zu verstehen, dass er die Abmahnung akzeptiert oder dass diese berechtigt ist. Spricht der Arbeitgeber zu einem späteren Zeitpunkt eine Kündigung mit der Begründung aus, »es ist nicht das erste Mal, dass der Arbeitnehmer eine derartige Verfehlung an den Tag legt«, muss das Gericht inzident in diesem Verfahren prüfen, ob die Abmahnung aus der Vergangenheit auch wirksam ist. In einem solchen Verfahren obliegt es dem Arbeitgeber, darzulegen und zu beweisen, dass die Abmahnung wirksam ist. Nachteil dieses Vorgehensweise ist allerdings, dass die Abmahnung in der Personalakte – auch wenn sie unberechtigt ist – ein negatives Bild des Arbeitnehmers gibt. Dies kann sich dann beispielsweise bei innerbetrieblichen Bewerbungen und Auswahlverfahren negativ auswirken.

**Muss eine Frist eingehalten werden?**

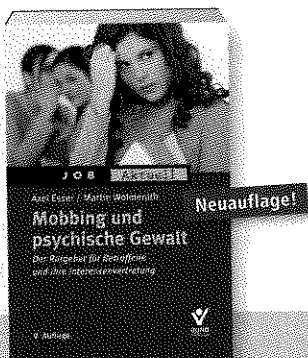
Ebenso wie es keine Frist zum Ausspruch einer Abmahnung gibt, gibt es auch keine Frist, um sich gegen eine Abmahnung zur Wehr zu setzen. Nach zutreffender Auffassung des Bundesarbeitsgerichts unterliegt der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte keiner Verfallfrist.<sup>7</sup> Anders ist es bei einer Kündigung, wo der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach dem Zugang eine Klage erheben muss. Dennoch empfiehlt es sich, kurzfristig gegen eine Abmah-

nung vorzugehen. Besteht Streit darüber, ob der Arbeitnehmer tatsächlich – wie in der Abmahnung geschrieben – ein bestimmtes Verhalten an den Tag gelegt hat, kann eine Aufklärung schwieriger werden, wenn das Verhalten bereits länger zurückliegt, beispielsweise weil sich Zeugen nach mehreren Monaten nicht mehr so gut an die Geschehnisse erinnern können.

**Verhaltensbedingte Kündigung**

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist gerechtfertigt, wenn eine störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist, das heißt, künftigen Pflichtverstößen demnach nur durch die Beendigung der Vertragsbeziehung begegnet werden kann.<sup>8</sup> Die Abmahnung dient der Objektivierung dieser negativen Prognose. Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann.<sup>9</sup> Die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen.<sup>10</sup> Dies muss der Arbeitgeber nicht hinnehmen; er kann das Arbeitsverhältnis kündigen.

Häufig wird angenommen, bei drei Abmahnungen folge generell die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Weder der Gesetzgeber noch das Bundesarbeitsgericht geben aber standardmäßig vor, wie oft man zuvor abgemahnt worden sein muss, bevor man gekündigt werden kann. Die Frage, inwiefern vor

**Gib Mobbing keine Chance!**

Esser / Wolmerath  
Mobbing und psychische Gewalt  
Der Ratgeber für Betroffene und ihre  
Interessenvertretung  
9., überarbeitete Auflage  
2015. 368 Seiten, kartoniert  
€ 19,90  
ISBN 978-3-7663-6330-5

[www.bund-verlag.de/6330](http://www.bund-verlag.de/6330)



kontakt@bund-verlag.de  
Info-Telefon: 069/795010-20

7 BAG v. 14.12.1994 – 5 AZR 137/94.

8 BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09.

9 Schlachter, NZA 2005, 433, 436.

10 BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09.

Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung eine einzige einschlägige Abmahnung genügt oder ob mehrere Abmahnungen desselben Fehlverhaltens zu fordern sind, lässt sich nach zutreffender Auffassung des Landesarbeitsgerichts (LAG) Hamm<sup>11</sup> nicht allgemein beantworten. Während es etwa bei geringfügigen Pflichtverletzungen oder bei einer länger zurückliegenden Abmahnung zur Erhaltung der Warnfunktion erforderlich sein kann, erneut oder mehrere Male abzumahnern, bedürfen besonders schwere Verstöße keiner oder wenn überhaupt nur einer einzigen Abmahnung. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Abmahnung entbehrlich, wenn der Arbeitnehmer nicht willens oder nicht in der Lage ist, sich vertragstreu zu verhalten. Eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung ist auch dann möglich, wenn dem Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung ohne weiteres erkennbar ist und



Hält der Arbeitnehmer eine Abmahnung für unberechtigt, kann er sich mit einer Klage vor dem Arbeitsgericht dagegen wehren.

er mit deren Billigung durch den Arbeitgeber offensichtlich nicht rechnen konnte.<sup>12</sup> Hier lassen sich strafbare Handlungen wie Diebstahl, Betrug (insbesondere Reisekosten- oder Spesenbetrug), Unterschlagung, grobe Beleidigungen, Körperverletzung und Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit beispielhaft aufzählen.

#### KOSTEN EINER KLAGES

Nachteil eines gerichtlichen Verfahrens auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte aus Arbeitnehmersicht ist allerdings – wie in den übrigen arbeitsgerichtlichen Verfahren auch – die Kostenregelung in § 12a Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG), wonach in der ersten Instanz jede Partei ihre eigenen Rechtsanwaltskosten – unabhängig davon, ob man obsiegt oder unterliegt – tragen muss. Als Streitwert für eine Klage auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte wird überwiegend ein Bruttomonatsgehalt zugrunde gelegt. Bei einem Bruttomonatsgehalt von beispielsweise 3.000 Euro können allein die Anwaltskosten auf Basis des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG) für die außergerichtliche Aufforderung an den Arbeitgeber auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte und für den späteren Prozess erster Instanz (ohne Vergleichsgebühr) circa 800 Euro betragen. In der arbeitsgerichtlichen Praxis erledigen sich die Prozesse auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte häufig durch einen dahingehenden Vergleich, dass die Abmahnung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Personalakte verbleibt und dann ersatzlos entfernt wird.

#### Mitbestimmung des Betriebsrats?

In der Praxis hört man auch gelegentlich »Die Abmahnung ist unwirksam, weil der Betriebsrat nicht zuvor angehört wurde«. Auch hierbei handelt es sich um einen Irrtum, jedenfalls was die Privatwirtschaft anbelangt. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ergeben sich aus dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Abmahnungen sieht das BetrVG aber nicht vor. Dort ist insbesondere in § 102 Abs. 1 BetrVG nur geregelt, dass der Betriebsrat vor Ausspruch einer Kündigung – und nicht vor Ausspruch einer Abmahnung – anzuhören ist und dass die ohne vorherige Betriebsratsanhörung ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Eine Ausnahme kann für den öffentlichen Dienst in Betracht kommen. Beispielsweise sieht das Landespersonalvertretungsgesetz NRW in § 74 Abs. 2 vor, dass die Dienststelle vor Ausspruch einer Abmahnung verpflichtet ist, den Personalrat anzuhören. Leider fehlt eine vergleichbare Regelung für Abmahnungen im BetrVG. Entscheidet sich der Arbeitgeber, einen Mitarbeiter abzumahnern, kann er dies tun, ohne zuvor den Betriebsrat beteiligen zu müssen. <



**Javier Davila Cano**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, CNH-Anwälte in Essen.  
[www.BR-Anwaelte/Essex](http://www.BR-Anwaelte/Essex)

<sup>11</sup> Urteil v. 25.9.1997 – 8 Sa 557/97.

<sup>12</sup> BAG v. 28.10.2010 – 2 AZR 293/09.