



## **Abmahnung**

Ist der Arbeitgeber mit Arbeitsleistung und -einstellung eines Beschäftigten nicht zufrieden, wird er ihn, salopp formuliert, loswerden wollen.

### **Die Abmahnung in der Praxis !**

Über den Begriff der Abmahnung und deren Voraussetzungen ist, insbesondere in den letzten Jahren, viel geschrieben und gestritten worden. Die Abmahnung, oft eine Vorstufe zur Kündigung, ist häufig - im Gegensatz zu früher - Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung, was mit dem durch eine solche Maßnahme angekündigten Arbeitsplatzverlust im Zusammenhang steht. Aufgabe dieses Beitrags soll es sein, auf häufige Fehlerquellen in der betrieblichen Praxis hinzuweisen, die mit dem Ausspruch einer solchen arbeitgeberseitigen Abmahnung zusammenhängen.

### **Fehlerquellen und Hinweise**

#### **1. Bestreiten des Zugangs der Abmahnung durch den Arbeitnehmer**

Die Abmahnung, die nicht als Willenserklärung im Rechtssinn, sondern als geschäftsähnliche Handlung anzusehen ist, ist nur dann rechtswirksam, wenn der betreffende Arbeitnehmer von ihr Kenntnis nehmen kann, wobei diese eben dann keine Wirkung entfalten kann, wenn er von ihr keine Kenntnis genommen hat. Zur Wirksamkeit der Abmahnung ist über ihren Zugang hinaus grundsätzlich auch die Kenntnis des Empfängers von ihrem Inhalt erforderlich. Häufig wird der Zugang bzw. der Erhalt einer Abmahnung im Rechtsstreit bestritten. Dies ist auch vielfach im Zusammenhang mit mehrfach ausgesprochenen Abmahnungen der Fall, wo der Arbeitnehmer hier insbesondere den Zugang der letzten Abmahnung bestreitet, die relevant war für die dann nach ihr begangene Pflichtverletzung, die schließlich zum Ausspruch der Kündigung führte.

Der Arbeitgeber ist für die Kenntnisnahme bzw. den Zugang der Abmahnung darlegungs- und im Bestreitensfall beweispflichtig. Probleme ergeben sich hier insbesondere, wenn der Arbeitgeber die Abmahnung mit einfachem Brief an den Arbeitnehmer sendet und dieser dann den Erhalt bestreitet. In einem solchen Fall werden dem Arbeitgeber



regelmäßig keine Zeugen zur Verfügung stehen, so daß er sich, da er im Regelfall hier keine entsprechenden Beweismittel hat, nur auf die Parteivernehmung des Gegners (§ 445 Abs. 1 ZPO) beziehen kann, wenn er das Schreiben mit Normalbrief auf den Postweg gegeben hat. Die Parteivernehmung stellt sich hier als unsicheres schwächstes Beweismittel dar, das der Zivilprozeß dem Beweispflichtigen zur Verfügung stellt. Die Partei, hier der Arbeitnehmer als Adressat, wird im Regelfall dazu neigen, den streitigen Vorgang in einem für ihn günstigen Sinn zu erklären. Er wird im Regelfall - entsprechend seinem Vortrag im Rechtsstreit - nur selten bestätigen, daß er den betreffenden Brief tatsächlich erhalten hat. Der Arbeitgeber kommt dann hier in Beweisschwierigkeiten, da er die Kenntnisnahme auf diesem Weg kaum beweisen kann. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß es keinen Beweis des ersten Anscheins dahingehend gibt, wenn der Arbeitgeber darlegt und unter Beweis stellt, daß er den Normalbrief zur Post aufgegeben hat. Der Absender dieses Briefs muß hier im Rechtsstreit den vollen Nachweis des tatsächlichen Zugangs bzw. der Kenntnisnahme an den Abmahnungsadressaten führen.

Der Arbeitgeber umgeht diese Problematik, wenn er sich bei der Übergabe des Abmahnungsschreibens den Erhalt desselben quittieren läßt. Ist dies nicht möglich, weil z. B. der Arbeitnehmer nicht betriebsanwesend ist, so erscheint es zweckmäßig und als sicherer Weg, den Abmahnungsbrief dem Adressaten per Boten zu Hause zu überbringen oder ihm das genannte Schreiben per Einschreiben mit Rückschein zuzustellen.

Der Zugang der Abmahnung kann unter Umständen entbehrlich sein, was bei der rechtswidrigen Zugangsvereitelung oder bei sonstigen zurechenbaren Zugangshindernissen durch den Arbeitnehmer anzunehmen sein muß. Eine Berufung auf fehlenden Zugang seitens des Arbeitnehmers wäre unter diesen Umständen als treuwidrig und wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) daher als zwecklos anzusehen.

## **2. Fehlende Konkretisierung des Abmahnungssachverhalts**

Wie die gerichtliche Praxis zeigt, scheitern sehr viele schriftliche Abmahnungen bereits schon daran, daß der Sachverhalt, der die arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellt, unsubstantiiert im Abmahnungsschreiben aufgeführt ist. Hierauf hat der Arbeitgeber besonders zu achten. Man findet z. B. hin und wieder in solchen Schreiben die Formulierung, daß der Arbeitnehmer wegen "unzureichender Arbeitsleistungen" abgemahnt wird. Oder es heißt: "Ihre Leistungen entsprechen nicht unseren Anforderungen." Hierunter fällt auch der pauschale Hinweis "wegen der Ihnen bekannten Vorkommnisse" oder "wegen Störung des Betriebsfriedens". So wird auch z. B. ein Auslieferungsfahrer abgemahnt, weil er "zum wiederholten



Mal falsch Ware ausgeliefert hat". Oder es heißt schließlich in einem Abmahnungsschreiben, daß der Arbeitnehmer "in der letzten Zeit vielfach morgens zu spät gekommen ist". Einer Abmahnung, die lediglich pauschale Rügen enthält, kann im nachfolgenden Kündigungsrechtsstreit keine Bedeutung beigemessen werden. Die Abmahnung muß dem Vertragspartner deutlich machen, welches Fehlverhalten als nicht vertragsgemäß angesehen wird und welche Konsequenzen im Wiederholungsfall gezogen werden. Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 18.1.1980 auf die Warn- und Ankündigungsfunktion hingewiesen, worauf noch oben einzugehen ist. Diese kündigungsrelevante Hinweis- und Warnfunktion kann nämlich die Abmahnung grundsätzlich nur dann erfüllen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber genau bezeichnete Leistungsmängel beanstandet. Nur wenn die gerügten Leistungsmängel genügend konkretisiert werden, weiß der Arbeitnehmer, daß der Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten als nicht vertragsgemäß ansieht und dies künftig nicht mehr hinnehmen will. Der Arbeitgeber muß die vom Arbeitnehmer begangene Pflichtverletzung einer bestimmten arbeitsvertraglichen Haupt- oder wesentlichen Nebenpflicht klar und deutlich zum Ausdruck bringen und das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Fehlverhalten unmißverständlich beschreiben. Es ist damit daran festzuhalten, daß das gerügte Fehlverhalten ganz konkret, insbesondere auch datumsmäßig bestimmt, angegeben sein muß.

In diesem Zusammenhang ist auf den in der Praxis hin und wieder vorkommenden Fall hinzuweisen, wonach in einem Abmahnungsschreiben verschiedene arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen aufgeführt sind, von denen nur ein Teil konkretisiert ist. Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 13.3.1991 ausgesprochen, daß ein solches Abmahnungsschreiben auf Verlangen des Arbeitnehmers vollständig aus der Personalakte entfernt werden muß und nicht teilweise aufrechterhalten werden kann, wobei aber dem Arbeitgeber überlassen ist, ob er statt dessen eine auf die (konkret aufgeführten) zutreffenden Pflichtverletzungen beschränkte Abmahnung aussprechen will. Werden z. B. bei komplexen Sachverhalten die aus der Sicht des Arbeitgebers möglicherweise mehrfach verletzten Vertragspflichten nicht genau benannt und den einzelnen Verhaltensweisen zugeordnet, so kann der Arbeitnehmer darüber hinaus weder die Schwere seines Vertragsverstoßes einschätzen noch überprüfen, ob die gegen ihn erhobenen Vorwürfe vom Vortrag her überhaupt gerechtfertigt sind. Er weiß nicht, ob er eine Nebenpflicht (z. B. Abmeldepflicht), eine Hauptpflicht (Arbeitspflicht) oder beides verletzt hat und deshalb gerügt werden soll.

Auch wenn, wie in der betrieblichen Praxis sicher oft, der Arbeitnehmer zunächst mündlich unter Darlegung der konkreten Pflichtverletzung abgemahnt wird und unmittelbar nachfolgend die Abmahnung ihm schriftlich zugeht, sollte man auch hier darauf bedacht sein, die im einzelnen beanstandeten Pflichtverletzungen dort nochmals konkret -



und darüber hinaus auch zeitlich bestimmt - zu wiederholen.

### **3. Ankündigungs- und Warnfunktion.**

Wie bereits dargelegt, kann von einer Abmahnung nur dann gesprochen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deutlich und ernsthaft ermahnt und ihn dabei auffordert, das genau bezeichnete Fehlverhalten zu ändern. Eine Abmahnung liegt nur dann vor, wenn der Arbeitgeber beim Arbeitnehmer in einer für ihn hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise Leistungsmängel beanstandet und damit den Hinweis verbindet, daß im Wiederholungsfall der Inhalt oder Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei (Warnfunktion). Die kündigungsrechtliche Warn- und Ankündigungsfunktion erfordert aber nicht das Inaussichtstellen von bestimmten kündigungsrechtlichen Maßnahmen (z. B. ordentliche oder außerordentliche Kündigung, Änderungskündigung). Es genügt, wenn der Arbeitnehmer durch eine zur Abmahnung berechnete Person eindeutig und unmißverständlich darauf hingewiesen wird, daß bei wiederholten Leistungsmängeln - oder anderen Pflichtverletzungen - der gerügten Art der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei. Die wichtige Voraussetzung, die die Abmahnung erst ausmacht, wird in der betrieblichen Praxis hin und wieder übersehen. So muß der Arbeitgeber eben, wenn der Arbeitnehmer z. B. unentschuldigt gefehlt hat und er ihn wegen dieser Pflichtverletzung abmahnt, die konkreten Folgen in Aussicht stellen, wenn er erneut unentschuldigt fehlen würde. Es genügt z. B. nicht, wenn ein Außendienstmitarbeiter auf seine schwache und damit unzureichende Tätigkeit mit konkretem Zahlenmaterial (Auftragsrückgänge zum Vorjahr; Auftragszahlen der vergleichbaren Mitarbeiter) hingewiesen wird, u. U. mit der Aufforderung, seine Leistung in Zukunft zu steigern. Zur Schilderung der konkreten Pflichtverletzung (nach Art, Zeit, eventuell Ort) muß der Hinweis auf die Bestands- und Inhaltsgefährdung des Arbeitsverhältnisses kommen, was in der Praxis durch die Androhung von kündigungsrechtlichen Konsequenzen oder der Beendigungskündigung geschieht. Fehlt diese wichtige Voraussetzung, so liegt keine kündigungsrelevante Abmahnung im oben genannten Sinn, sondern lediglich eine Ermahnung oder Rüge als Ausübung des Gläubigerrechts vor. Hierauf hat der Arbeitgeber besonders zu achten. Auch diese Rüge kann zur Klarstellung in die Personalakte aufgenommen werden.

Abschließend zu diesem Punkt ist anzumerken, daß der Arbeitgeber allerdings nicht verpflichtet ist, eine bestimmte Kündigungsart in Aussicht zu stellen. Die bloße Rüge oder Mißbilligung eines bestimmten Fehlverhaltens des Arbeitnehmers reicht selbst bei noch so großer Eindringlichkeit nicht aus, wenn es an der Ankündigung möglicher Konsequenzen fehlt. Wenn auch ein Hinweis auf arbeitsrechtliche Konsequenzen entsprechend der geforderten Warnfunktion ausreichend ist, so wird es sich doch in der betrieblichen Praxis empfehlen, mit dem



Ausspruch der Abmahnung bereits bestimmte kündigungsrechtliche Maßnahmen (ordentliche oder außerordentliche Kündigung) anzudrohen.

#### **4. Gelegenheit zum Abstellen des abgemahnten Fehlverhaltens**

Hierzu zunächst ein Beispiel:  
Ein kurzfristig beschäftigter Arbeitnehmer, der arbeitsunfähig krank ist, zeigt dies dem Arbeitgeber zunächst nicht an. Letzterer mahnt ihn wegen "unentschuldigtem Fehlen" an diesem Tag ab und schickt das Abmahnungsschreiben sofort per Post ab. Nachdem der Arbeitgeber auch am zweiten Tag von diesem Mitarbeiter nichts hört, mahnt er ihn wiederum wegen unentschuldigtem Fehlen ab und schickt ihm am dritten "Fehltag" die fristlose Kündigung. Am nachfolgenden Tag erreicht den Arbeitgeber dann eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die der Arbeitnehmer am zweiten Tag der Krankheit abgeschickt hatte. Solche Fallgestaltungen treten häufig bei neu begründeten Arbeitsverhältnissen auf. Hier verliert die Abmahnung ihren Sinn und Zweck. Denn der Arbeitgeber sucht in erster Linie nur einen Weg, um sich möglichst schnell von dem Mitarbeiter zu trennen. Der Sinn der Abmahnung besteht darin, dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, sein Fehlverhalten zu ändern und gleichzeitig die Chance zu haben, sich zukünftig vertragstreu zu verhalten. Dies wird aber hier durch die Abmahnung nicht erreicht. Wird ein Mitarbeiter z. B. wegen einer vertragswidrig zu geringen Arbeitsleistung abgemahnt, so muß ihm auch hier genügend Zeit zur Leistungssteigerung gelassen werden, ehe der Arbeitgeber wegen dieser Pflichtverletzung später kündigt. 13a)

#### **5. Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit**

Da der Arbeitgeber durch die Abmahnung den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet und damit in bestehende Rechtspositionen des Arbeitnehmers eingreift, setzt die Abmahnung eine gewisse Intensität des Fehlverhaltens voraus. Hieraus ist herzuleiten, daß geringfügige Pflichtverstöße für eine Abmahnung nicht ausreichend sein können. Nach der Entscheidung des BAG vom 6.8.1991 stehen nämlich auch Abmahnungen unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Man denke hier an die Fälle, daß eine Sekretärin wegen eines oder mehrerer Zeichen- oder Rechtschreibfehler bzw. einer stilistischen Unkorrektheit abgemahnt würde. In einem solchen Fall empfiehlt sich je nach den Einzelumständen - wo auch auf die Häufigkeit solcher Fehler abzustellen wäre -, das allgemeine vertragliche Rügerecht auszuüben, wenn solche Fehler vom Umfang und Gewicht her nicht zur Regel werden. Auf ähnlicher Ebene lag ein Sachverhalt, mit dem sich das Arbeitsgericht Hanau zu befassen hatte: Eine Buchhalterin war (mit einem Vermerk an einem Rechnungsvorgang) zur Rücksprache bei der Geschäftsführerin aufgefordert worden. Sie suchte diese sofort in ihren Privaträumen - neben den Geschäftsräumen gelegen - auf. Wegen der Verletzung der



"Intimsphäre" wurde sie hierauf abgemahnt. Hintergrund hierfür war ein verllorener Kündigungsschutzprozeß des Arbeitgebers, der im Berufungsverfahren gerade anhängig war.

## **6. Arbeitsunfähigkeit**

In selteneren Fällen - doch hin und wieder - kommt es vor, daß ein Arbeitnehmer wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten abgemahnt wird. Dabei ist anzumerken, daß Gegenstand einer Abmahnung nur die, wenn auch möglicherweise subjektiv nicht vorwerfbare Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten sein kann. Wenn ein Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit der Arbeit fernbleibt, liegt ein vertragswidriges rechtswidriges Verhalten nicht vor. Der Arbeitgeber kann hier zwar mitteilen, daß bei weiteren Fehlzeiten solcher Art eine Kündigung ins Auge gefaßt sei. Wenn er dies aber in die Form einer Abmahnung kleidet, so bringt er damit eine Mißbilligung zum Ausdruck. Eine solche ist aber unangebracht, da ein vertragswidriges Fehlverhalten hier nicht vorliegt.

## **7. Gleichartigkeit der Pflichtverletzungen**

Grundsätzlich ist die Abmahnung nicht geeignet, für alle Fälle künftiger Leistungsstörungen die Kündigung wirksam anzudrohen. Umstritten ist, ob bei wiederholten Vertragsverstößen der Abmahnungssachverhalt und der Kündigungssachverhalt denselben Unrechtsgehalt aufweisen müssen. Das BAG fordert insoweit gleichartige Wiederholungsfälle. Es muß, wie das BAG in neueren Entscheidungen ausgeführt hat, ein vergleichbarer Pflichtwidrigkeitstypus vorliegen, bei dem der Arbeitnehmer davon ausgehen kann, die Abmahnung erstrecke sich auf Pflichtwidrigkeiten, die ihm anläßlich der Kündigung vorgeworfen werden. Wenn auch die Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten machen mag, so ist doch die Gleichartigkeit des Pflichtverstoßes wegen der Warnfunktion der Abmahnung unerläßlich. Der abgemahnte Vorfall muß mit dem Anlaß für die Kündigung auf einer Ebene liegen, d. h., es muß jeweils derselbe spezielle Pflichtenkreis der Abmahnung wie der Kündigung zugrunde liegen. Diese Grundsätze sind in der betrieblichen Praxis besonders zu beachten. Hier tauchen häufig Fehler auf. Insbesondere der Arbeitgeber kleinerer Unternehmen geht oft davon aus, daß eine Abmahnung sich auf alle Pflichtverletzungen bezieht. Die Warnfunktion würde aber nicht erfüllt, wenn man jedes weitere, aber anders gelagerte Fehlverhalten zum Anlaß einer Kündigung nehmen könnte. Als vergleichbare Fälle werden angesehen: mehrmaliges unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit, unterlassene Mitteilung der Arbeitsverhinderung sowie verspätetes Einreichen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. So hat die Rechtsprechung z. B. auch das mehrfache verspätete Aufsuchen und zu frühe Verlassen des Arbeitsplatzes, das vorzeitige Verlassen einer Baustelle sowie das Kartenspielen während der Arbeitszeit als gleichartige Pflichtverletzungen angesehen. Das Arbeitsgericht Wiesbaden hat die Verstöße gegen die Verpflichtung zu gesundheitsförderndem Verhalten,





Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit und unentschuldigtes Fehlen als auf einer Ebene liegend und damit als gleichartig angesehen. Demgegenüber liegen aber z. B. Schlechtleistungen und Arbeitszeitverstöße nicht auf einer Ebene, da es hier einerseits um den Umfang, andererseits um den Inhalt der Leistungspflicht geht. Ist der Mitarbeiter wegen Arbeitszeitverstößen und Fernbleibens von einem Besprechungstermin abgemahnt worden, dann kann er nicht entlassen werden, wenn er danach in der Folgezeit Berichte nicht termingerecht fertigstellt.

## **8. Mündliche Abmahnungen**

Die Einhaltung der Schriftform für die auszusprechende Abmahnung, wie in der betrieblichen Praxis fälschlicherweise hin und wieder angenommen wird, ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Damit kann sie auch mündlich ausgesprochen werden. Dies kann jedoch in einem Rechtsstreit zu Darlegungs- und Beweisproblemen für den Arbeitgeber führen, der für das Vorliegen einer wirksamen Abmahnung die Darlegungs- und Beweislast trägt. Man denke an den Fall, daß z. B. ein Bauarbeiter auf wechselnden Baustellen eingesetzt ist und von verschiedenen dort jeweils zuständigen Polieren wegen arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen abgemahnt wird oder an einen Meister (Schichtführer), der einen Mitarbeiter in der vergangenen Zeit (wann?) wegen wiederholter Ausschußproduktion mündlich abgemahnt hat. In solchen Fällen kann der Arbeitgeber Darlegungsprobleme haben, wegen welcher konkreter Pflichtverletzungen, an welchen Tagen und zu welcher Zeit, an welchem Ort (Baustelle?) und von welchem Vorgesetzten der Arbeitnehmer abgemahnt worden sein soll.

Da der Arbeitgeber, wie dargelegt, für das Vorliegen einer wirksamen Abmahnung darlegungs- und nachweispflichtig ist, empfiehlt es sich, die Abmahnung auch in schriftlicher Form auszusprechen, zudem eventuelle frühere Pflichtverletzungen schon längere Zeit zurückliegen werden.

## **9. Betriebsanhörung**

Der Arbeitgeber hat auch darauf zu achten, daß er bei einer verhaltensbedingten Kündigung oder einer außerordentlichen Kündigung dem Betriebsrat mitteilt, daß und wann der Arbeitnehmer vorher vergeblich abgemahnt wurde, wenn er sich auf die Abmahnung berufen will. Im Fall von schriftlich vorliegenden Abmahnungen legt er diese dem Anhörungsschreiben bei oder dem Betriebsrat vor. Unterrichtet er den Betriebsrat über die Abmahnung nicht, so kann dies dazu führen, daß im Kündigungsschutzprozeß der Arbeitgeber sich hierauf nicht mehr berufen kann, wenn er sie dem Betriebsrat vorher nicht mitgeteilt bzw. vorgelegt hat.



## 10. Mehrere Abmahnungen

Eine bestimmte Anzahl von Abmahnungen ist nicht erforderlich. Da es aber für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes nach § 1 Abs. 2 KSchG auf eine negative Zukunftsprognose ankommt, kann es je nach Schwere der Pflichtverletzung nicht ausreichend sein, wenn der Arbeitnehmer nur einmal abgemahnt wurde. Es ist damit grundsätzlich darauf zu verweisen, daß die Zahl der der Kündigung vorangegangenen Abmahnungen sich nach dem Einzelfall richten wird. So können bei leichteren Verstößen, z. B. verspätete Anzeige der Arbeitsunfähigkeit, nicht nur etwa eine, sondern zwei oder drei Abmahnungen vor dem Ausspruch einer Kündigung erforderlich sein. Wenn der Arbeitgeber dagegen, wie es in der Praxis meistens geschieht, mehrere Abmahnungen ausgesprochen hat, so kann ihm dies nicht zum Nachteil gereichen. Er will damit im Regelfall dem Mitarbeiter, insbesondere wenn er gute oder befriedigende Leistungen erbringt, nochmals eine Chance geben. Die Abmahnung verliert hier nicht den Charakter ihrer Ernsthaftigkeit. Andernfalls würde nämlich der Arbeitgeber gezwungen sein, schon früher entscheiden zu müssen, ob er nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt kündigen soll. Die Prozeßvertretung auf Arbeitnehmerseite führt diesen Gesichtspunkt hin und wieder im Prozeß ins Feld.

## 11. Verwirkung des Kündigungsrechts

Wie die gerichtliche Praxis zeigt, kommt es auch vor, daß der Arbeitgeber denselben Pflichtverstoß zum Ausspruch einer Abmahnung nimmt und gleichzeitig darauf - nach kurzer Überlegung - eine Kündigung ausspricht und diese damit nachschiebt. Man denke hier zunächst an den Fall, daß ein Arbeitgeber den Mitarbeiter schriftlich oder mündlich abmahnt, der Arbeitgeber sich kurz darauf anders entscheidet und dann diesen Sachverhalt zum Anlaß einer Kündigung nimmt. Oder der Arbeitgeber spricht z. B. wegen unentschuldigtem Fehlen eine schriftliche Abmahnung aus und entschließt sich dann zwei Tage später zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung wegen dieser Pflichtverletzung. Auf oben 4. wird in diesem Zusammenhang hingewiesen.

Mit dem Ausspruch einer Abmahnung verzichtet hier der Arbeitgeber konkludent auf ein Kündigungsrecht wegen der der Abmahnung zugrundeliegenden Tatsachen. So kann eine darauf folgende Kündigung nicht mehr allein auf dieselben abgemahnten Pflichtverletzungen gestützt werden, sondern sie muß vielmehr weitere Pflichtverletzungen als Kündigungsgründe enthalten, wie das BAG in seiner Entscheidung vom 10.11.1988 ausgeführt hat. Dies läßt sich bereits auch aus der mit der Abmahnung verbundenen Warnfunktion herleiten, da der Arbeitgeber durch diese ankündigt, Konsequenzen erst bei einem weiteren einschlägigen Fehlverhalten des Mitarbeiters zu ziehen.





## 12. Zurückgenommene oder unwirksame Kündigung

Wird eine Kündigung seitens des Arbeitgebers zurückgenommen, so beseitigt dies nicht den Charakter der Abmahnung. Eine Kündigung, die aus formellen Gründen unwirksam ist, kann als Abmahnung bei feststehendem Sachverhalt Bestand haben. Der Kündigungsgrund, daß z. B. der Kläger unentschuldigt gefehlt hat, steht fest. Danach muß ihm klar sein, daß bei einem erneuten unentschuldigten Fehlen eine Kündigung ausgesprochen werden würde.

Die Funktion der Abmahnung erfüllt eine vorhergehende Kündigung damit auch dann, wenn die Tatsachen, auf die die Kündigung gestützt wird, feststehen und die Kündigung aus anderen Erwägungen als sozialwidrig erachtet wird. Wird z. B. die Kündigung auf eine nicht ordnungsgemäße Anzeige bzw. fehlende Anzeige der Arbeitsunfähigkeit (Verstoß gegen § 3 LFZG, jetzt § 5 EFZG) gestützt, genügt dies nicht zur Rechtfertigung der ausgesprochenen Kündigung. Durch diese (unwirksame) Kündigung wird jedoch deutlich, daß im Fall einer weiteren Verletzung der Anzeigepflicht der Arbeitnehmer den Bestand seines Arbeitsverhältnisses aufs Spiel setzt, so daß er damit ausreichend gewarnt ist.

## 13. Vorweggenommene Abmahnung

Auch dieser Punkt ist für die Praxis von Interesse. So wird beispielsweise hin und wieder durch Aushang (Schwarzes Brett) darauf hingewiesen, daß Drogen- und Alkoholgenuß im Betrieb zum Ausspruch einer Kündigung führen. Es stellt sich hier die Frage, ob im Fall einer solchen Pflichtverletzung als Verstoß gegen die betriebliche Ordnung der Arbeitgeber ohne nochmalige Abmahnung die Kündigung aussprechen kann, die Abmahnung hier also entbehrlich wäre. Die Rechtsprechung hält eine Abmahnung in einem solchen Fall nicht mehr für erforderlich, weil der Arbeitnehmer hier aus den Umständen die Kündigungsrelevanz entnehmen könne. In einer ähnlichen Entscheidung hat das LAG Köln den Hinweis in einem Arbeitsvertrag, daß ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers eine fristlose Kündigung nach sich ziehe, genügen lassen, da auch hiermit die Warnfunktion erkennbar sei, die den Ausspruch einer Abmahnung als entbehrlich ansehe. Eine Abmahnung wird also dann nicht erforderlich sein, wenn der Arbeitgeber unmißverständlich erklärt hat, er werde bei einem bestimmten Pflichtverstoß (z. B. unerlaubter Alkohol- oder Drogenkonsum im Betrieb) die Kündigung aussprechen, was meistens durch einen Aushang am Schwarzen Brett geschieht.



#### 14. Zeitspanne für den Ausspruch einer Abmahnung

Hin und wieder taucht in der Praxis die Frage auf, wann und in welchem Zeitraum der Arbeitgeber die Abmahnung aussprechen muß. Hunold stellt auf einen Zeitraum von vier Wochen nach Kenntnisnahme ab. Eine andere Meinung knüpft an den Zweiwochenzeitraum des § 626 Abs. 2 BGB an. In seiner Entscheidung vom 15.1.1986 hat sich das BAG eingehend mit dieser Frage befaßt und insoweit herausgestellt, daß es keine "Regelausschlußfrist" für die Ausübung des Abmahnungsrechts gebe.

Es steht zunächst im Belieben des Arbeitgebers, ob er eine Arbeitsvertragsverletzung des Mitarbeiters abmahnt oder auf die Abmahnung verzichtet. Wollte man - so das BAG - an eine bestimmte Frist anknüpfen, könnte sich dies im Gegenteil zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken. Der Arbeitgeber wäre nämlich dann gehalten, innerhalb der gesetzten Frist auch dann eine Abmahnung auszusprechen, wenn er dies sonst u. U. unterlassen hätte. Es ist aber grundsätzlich davon auszugehen, daß eine Abmahnung, die erst längere Zeit nach der begangenen Pflichtverletzung ausgesprochen wird, in ihrer Wirkung abgeschwächt wird. Denn das Fehlverhalten wirkt durch die Zwischenzeit, in der der Arbeitnehmer sich vertragstreu verhalten hat, nicht mehr so gravierend, daß es etwa im Fall der Kündigung überhaupt noch beachtlich wäre.

Es wird also auf den Einzelfall ankommen, wobei die Schwere des Pflichtverstoßes und das spätere Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverhalten zu berücksichtigen sind.