

# Die Abmahnung im Arbeitsrecht als Vorstufe zur Kündigung

Ein Handbuch

von

Dr. Annette Pflaum

Decker & Müller  
Heidelberg

# Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i> .....	V
<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	XV

## Einleitung

A. Die Abmahnung im Arbeitsrecht als Vorstufe zur Kündigung .....	1
B. Ziel, Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung .....	1

## Erster Teil

### Individualrechtliche Probleme der Abmahnung

<i>§ 1 Entwicklung des Abmahnungserfordernisses, Funktion und Begriff der Abmahnung im Arbeitsrecht</i> .....	3
A. Historischer Überblick über die Entwicklung des Abmahnungserfordernisses im Arbeitsrecht .....	3
B. Terminologische Probleme um die Abmahnung .....	14
C. Funktionen und Begriff der Abmahnung .....	19
I. Funktionen der Abmahnung .....	19
II. Begriff der Abmahnung .....	23
<i>§ 2 Dogmatische Grundlage der Abmahnung im Arbeitsrecht</i> .....	27
A. Rechtsgrundlage der Abmahnung .....	27
I. Rechtsgrundlage für das Recht zur Abmahnung .....	30
1. Ansichten zur Rechtsgrundlage für das Recht zur Abmahnung .....	31
2. Überprüfung der Ansichten zur Rechtsgrundlage .....	33
II. Rechtsgrundlage für die Notwendigkeit zur Abmahnung .....	37
1. Dogmatische und systemkongruente Einfügung des Abmahnungserfordernisses in das Kündigungsrecht .....	37
a) Systematische Stellung des Abmahnungserfordernisses im Kündigungsrecht ..	38

b) Die Vorschriften des Kündigungsrechts als der richterlichen Rechtsfortbildung zugängliche Vorschriften .....	39
2. Ableitungen des Abmahnungserfordernisses in Rechtsprechung und Literatur .....	45
a) Ableitung aus dem Grundgedanken des § 326 Abs. 1 BGB .....	45
b) Ableitung aus dem Verhältnismäßigkeits- bzw. ultima-ratio-Prinzip .....	48
c) Ableitung aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens .....	52
d) Ableitung aus der Fürsorgepflicht .....	54
e) Ableitung aus § 626 BGB und § 1 KSchG .....	54
3. Kritik der Ableitungen des Abmahnungserfordernisses in Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich ihrer Eignung als methodengerechte Fortbildung des Kündigungsrechts .....	58
a) Ableitung aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens .....	59
b) Ableitung aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers .....	62
c) Ableitung aus § 626 BGB und § 1 KSchG .....	64
d) Ableitung aus dem Rechtsgedanken des § 326 Abs. 1 BGB .....	70
e) Ableitung aus dem Verhältnismäßigkeits- bzw. ultima-ratio Prinzip .....	86
§ 3 Die Abmahnung als notwendige Vorstufe zu anderen Maßnahmen als der Beendigungskündigung nach § 626 Abs. 1 BGB und § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG .....	116
A. Das Erfordernis einer Abmahnung vor einer nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden ordentlichen Kündigung .....	116
I. Kündigung während der ersten sechs Monate des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses .....	117
II. Kündigung in Kleinbetrieben .....	123
B. Das Erfordernis einer Abmahnung vor einer Kündigung nach dem BBiG .....	124

C. Das Erfordernis einer Abmahnung vor der Änderungskündigung .....	126
I. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts .....	126
II. Anforderungen an die Wirksamkeit einer Änderungskündigung und Folgerungen hieraus für die Notwendigkeit einer Abmahnung .....	128
D. Das Erfordernis einer Abmahnung vor der Versetzung .....	135
I. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts .....	135
II. Verhältnismäßigkeitskontrolle von Versetzungen mit der Folge eines vorherigen Abmahnungserfordernisses .....	136
E. Das Erfordernis einer Abmahnung vor der Inanspruchnahme auf Schadensersatz? .....	141
§ 4 <i>Das Abmahnungserfordernis</i> .....	145
A. Gegenstand der Abmahnung .....	145
I. Gegenstand des Abmahnungserfordernisses nach den vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätzen .....	146
II. Kritik der vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze insbesondere vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips .....	149
III. Die nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip für ein Abmahnungserfordernis geltenden Grundsätze .....	153
1. Ausnahmen vom Abmahnungserfordernis .....	154
a) Entbehrlichkeit der Abmahnung infolge nicht abänderbaren Verhaltens .....	157
b) Entbehrlichkeit der Abmahnung aufgrund objektiver Umstände .....	160
2. Entbehrlichkeit der Abmahnung infolge „vorweggenommener“ bzw. „antizipierter“ Abmahnung? .....	176
B. Problematische Grenzfälle für ein Abmahnungserfordernis ..	181
I. Außerdienstliches Verhalten, insbesondere Lohnpfändungen .....	181
II. Politisches Verhalten .....	189
III. Mischtatbestände .....	192
IV. Verhalten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung betriebsverfassungs- oder personalvertretungsrechtlicher Aufgaben .....	194

V. Verhalten von gewerkschaftlichen Vertrauensleuten .....	198
<i>§ 5 Anforderungen an eine Abmahnung und sonstige bei Ausspruch einer Abmahnung oder einer späteren Kündigung im Hinblick auf die Abmahnung zu beachtenden Umstände</i> .....	199
A. Inhaltliche Anforderungen an eine Abmahnung .....	199
I. Genaue Bezeichnung des Fehlverhaltens .....	199
II. Rechtliche Würdigung und sachliche Beanstandung des Fehlverhaltens .....	201
III. Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen für den Fall der Wiederholung oder Fortsetzung des beanstandeten Verhaltens .....	202
IV. Bezeichnung als Abmahnung? .....	205
B. Formale Wirksamkeitsvoraussetzungen der Abmahnung .....	206
I. Abmahnungsberechtigung .....	206
II. Schriftform .....	210
III. Zugang oder darüber hinaus auch Kenntnisnahme der Abmahnung? .....	211
IV. Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Abmahnung? .....	221
C. Zeitpunkt der Abmahnung, insbesondere Verwirkung des Abmahnungsrechtes, Bestehen einer Regelausschlußfrist	225
D. Genaue Definition der Abmahnung .....	230
<i>§ 6 Rechtliche Folgen bzw. Wirkungen der Abmahnung</i> .....	231
A. Kein Kündigungsrecht wegen eines bereits abgemahnten Verhaltens .....	231
B. Kündigungsrecht bei wiederholtem oder fortdauerndem Fehlverhalten .....	233
I. Gleichartigkeit der Verhaltensverstöße .....	234
II. Zeitraum zwischen Abmahnung und Kündigung, insbesondere Problem der Wirkungslosigkeit einer Abmahnung infolge Zeitablaufs .....	239
1. Mindestzeitraum zwischen Abmahnung und Kündigung .....	240
2. Maximaler Zeitraum zwischen Abmahnung und Kündigung in Anbetracht der Wirkungsdauer einer Abmahnung .....	241
III. Anzahl der vorangegangenen Abmahnungen .....	246

**Zweiter Teil**  
**Kollektivrechtliche Probleme der Abmahnung**

<b>§ 7 Beteiligungsrechte des Betriebsrates und Personalrates im Hinblick auf die Abmahnung .....</b>	<b>249</b>
<b>A. Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (§ 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG)? .....</b>	<b>249</b>
I. Abgrenzung zwischen Abmahnung und Betriebsbuße nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Literatur .....	252
II. Umdeutung einer formal unwirksamen Betriebsbuße in eine Abmahnung .....	258
III. Die Betriebsbuße als neben der Abmahnung oder ebenso wie die Abmahnung vor der verhaltensbedingten Kündigung gebotenes milderer Mittel .....	260
<b>B. Anhörungsrecht des Betriebsrates in entsprechender Anwendung des § 102 Abs. 1 BetrVG bzw. Mitwirkungsrecht des Personalrates in entsprechender Anwendung des § 79 Abs. 1 und § 79 Abs. 3 BPersVG? .....</b>	<b>264</b>
<b>C. Informationsrecht des Betriebsrates gem. § 80 Abs. 2 BetrVG bzw. des Personalrates nach § 68 Abs. 2 BPersVG? .....</b>	<b>265</b>
<b>D. Möglichkeiten der Regelung abmahnungsrechtlicher Fragen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung oder durch Aufstellung betrieblicher Auswahlrichtlinien .....</b>	<b>271</b>
I. Die Abmahnung als Regelungsgegenstand einer freiwilligen Betriebsvereinbarung i.S.v. § 88 BetrVG .....	274
1. Die Abmahnung als soziale Angelegenheit .....	276
2. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der Abmahnung aufgrund freiwilliger Betriebsvereinbarung .....	279
II. Aufstellung betrieblicher bzw. dienstlicher Richtlinien nach § 95 BetrVG bzw. § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG .....	282
<b>§ 8 Mitwirkungsrechte des Sprecherausschusses bei Abmahnungen leitender Angestellter .....</b>	<b>284</b>

**Dritter Teil**  
**Innerbetriebliche bzw. innerdienstliche Gegenrechte**  
**des Arbeitnehmers, prozeß- und datenschutzrechtliche Aspekte**  
**der Abmahnung**

<b>§ 9 Innerbetriebliche bzw. innerdienstliche Rechte des Arbeitnehmers .....</b>	<b>289</b>
<b>A. Innerbetriebliche Rechte nach dem Betriebsverfassungs- und Sprecherausschußgesetz .....</b>	<b>289</b>
I. Rechte des Arbeitnehmers nach § 82 BetrVG .....	289
II. Rechte des Arbeitnehmers nach § 83 BetrVG und für leitende Angestellte nach § 28 Abs. 2 SprAuG .....	290
III. Rechte des Arbeitnehmers nach § 84 BetrVG .....	291
IV. Rechte des Arbeitnehmers nach § 85 BetrVG .....	291
V. Rechte des Arbeitnehmers nach § 75 BetrVG .....	292
<b>B. Innerdienstliche Rechte des Arbeitnehmers nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz und tarifrechtlichen Vorschriften .....</b>	<b>293</b>
 <b>§ 10 Rechte des abgemahnten Arbeitnehmers aus prozessualer Sicht; Prüfungsumfang der Gerichte .....</b>	 <b>295</b>
<b>A. Gerichtliche Überprüfbarkeit der Abmahnung .....</b>	<b>295</b>
I. Rechtsgrundlagen eines gegen eine Abmahnung gerichteten Anspruchs des Arbeitnehmers .....	303
II. Folgerungen aus den Rechtsgrundlagen auf die gerichtliche Überprüfbarkeit der Abmahnung .....	309
<b>B. Inhalt und Umfang der Beseitigungs- bzw. Schadensersatzansprüche .....</b>	<b>311</b>
<b>C. Klagearten, insbesondere Zulässigkeit einer Feststellungsklage .....</b>	<b>316</b>
I. Zulässigkeit einer Feststellungsklage neben der Leistungsklage .....	317
II. Zulässigkeit einer Feststellungsklage bei mündlichen Abmahnungen .....	318
<b>D. Die Verhältnismäßigkeit einer Abmahnung als Prüfungsgegenstand der Gerichte .....</b>	<b>320</b>
<b>E. Zu einem Beseitigungs- oder Feststellungsanspruch des Arbeitnehmers führende „Mängel“ einer Abmahnung .....</b>	<b>328</b>

I. Teilweise unbestimmte Abmahnungen, insbesondere Möglichkeit der „Nachbesserung“ einer Abmahnung .....	330
II. In die Personalakte aufgenommene Abmahnungen ohne vorherige tarifvertraglich vorgesehene Anhörung ..	334
III. Wirkungslose, überholte Abmahnungen .....	336
IV. Abmahnungen nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses .....	339
F. Klagefrist, insbesondere Geltung einer tariflichen Ausschlußfrist, und Verwirkung der Abwehrrechte gegenüber Abmahnungen .....	342
I. Geltung einer tariflichen Ausschlußfrist .....	343
II. Verwirkung der Abwehransprüche gegenüber Abmahnungen .....	347
G. Möglichkeit der Abmahnung wegen eines erfolglos zum Anlaß einer Kündigung genommenen Fehlverhaltens, Umdeutung einer erfolglosen Kündigung in eine Abmahnung oder die Kündigung als Abmahnungersatz .....	350
H. Streitwert einer gegen eine Abmahnung gerichteten Klage ....	353
I. Zuständigkeit der Einigungsstelle in Anbetracht der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Abmahnung .....	354
<i>§ 11 Rechte des abgemahnten Arbeitnehmers, des Betriebs-, Personalrates und Sprecherausschusses aus datenschutzrechtlicher Sicht .....</i>	<i>357</i>
A. Die Abmahnung als ein in Personalinformationssystemen gespeichertes personenbezogenes Datum im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes .....	357
I. Schutzrechte des Arbeitnehmers nach dem Bundesdatenschutzgesetz im Hinblick auf § 45 S. 2 Nr. 5 BDSG .....	361
II. Überblick über die Schutzrechte des Arbeitnehmers .....	364
B. Kollektive Beteiligungsrechte und Abwehrrechte des Betriebs-, Personalrates und des Sprecherausschusses .....	367
<i>Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....</i>	<i>369</i>
<i>Literaturverzeichnis .....</i>	<i>375</i>
<i>Stichwortverzeichnis .....</i>	<i>383</i>