



Abmahnung

(Stand: 2014)

Jürgen Jendral (HMAV)



Was versteht man unter einer Abmahnung?

Jeder Arbeitnehmer hat bestimmte Pflichten, die er auf der Grundlage seines Arbeitsvertrages, der den Tarifvertrag in Bezug nimmt, auf der Grundlage von Betriebsvereinbarungen oder von Gesetzen erfüllen muss.

Verletzt der Arbeitnehmer die ihm obliegenden Pflichten, dann hat der Arbeitgeber verschiedene Möglichkeiten, auf diese Pflichtverletzungen zu reagieren. Ein arbeitsrechtliches Instrument dazu ist die Abmahnung.

Die Abmahnung ist der Ausdruck der **Missbilligung eines Verhaltens unter Androhung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, sofern das Verhalten nicht geändert wird.**¹

Wo finden sich die Rechtsgrundlagen für eine Abmahnung?

Die Abmahnung als Rechtsinstrument hat keine gesetzliche Regelung. Sie ist ein selbstverständliches **Gläubigerrecht**.

Rechtsgrundlage hierfür ist das in den §§ 314 Abs. 2, 541, 543 Abs. 3, 643 und 651 e Abs. 2 BGB konkretisierte sogenannte **Übermaßverbot**.² Vor dem Hintergrund der zitierten Vorschriften muss der Gläubiger (Arbeitgeber) bei einem vertragswidrigen Fehlverhalten des Schuldners (Arbeitnehmer) **vor** einem Einwirken auf Inhalt oder Bestand des Vertragsverhältnisses diesem grundsätzlich durch eine Abmahnung Gelegenheit geben, sein Verhalten zu ändern.

¹ BAG vom 17.2.1994, NZA 1994,656.

² Siehe dazu auch: BAG vom 25.10.2012, NZA 2013, 319.

Das Kündigungsrecht des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber ist das letzte Mittel des Arbeitsrechts (ultima ratio). Davon darf nur Gebrauch gemacht werden, wenn alle anderen (milderen) Möglichkeiten und Mittel ausgeschöpft sind.

Abmahnung und Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

Das KSchG ist durchdrungen vom **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Vor dem Ausspruch einer **verhaltensbedingten Kündigung** hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deshalb grundsätzlich abzumahnern, um ihm so die Gelegenheit zu geben, sein Fehlverhalten zu ändern.

Rechtsnatur der Abmahnung.

Die Abmahnung ist keine Willenserklärung im Rechtssinne.

Die angestrebten Rechtsfolgen treten nicht ein, weil der Abmahnende dies will, sondern von Rechts wegen. Die Abmahnung wird daher in der Fachliteratur als „geschäftähnliche Handlung“ bezeichnet, durch die dem Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens vor Augen geführt werden soll.³

Wann ist eine Abmahnung erforderlich?

Das Fehlverhalten des Arbeitnehmers muss grundsätzlich von diesem **steuerbar sein**. Beispiel: Ständiges Zuspätkommen.

Beispiele für ein **steuerbares Fehlverhalten** des Arbeitnehmers, das eine Abmahnung erfordert (aus der Rechtsprechung des BAG):⁴

Die Weigerung, klare Arbeitsanweisungen zu befolgen.

Unentschuldigtes Fehlen.

Wiederholte Unpünktlichkeit.

Nicht oder nicht rechtzeitige Anzeige bzw. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit.

Verweigerung der Arbeit aus Gewissensgründen.

Verstöße gegen betriebliche Rauch- und Alkoholverbote.

³ Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Auflage, § 132, Rdnr. 6, unter Bezugnahme auf BAG vom 21.5.1992, NZA 1992, 1028.

⁴ Weitere Beispiele siehe: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Auflage, § 132, Rdnr. 24

Wann ist eine Abmahnung in der Regel **nicht** erforderlich?

Das BAG hält eine Abmahnung für entbehrlich, wenn der Arbeitnehmer nicht willens oder nicht in der Lage ist, sich vertragstreu zu verhalten.⁵

Weiter hält das BAG eine Abmahnung für nicht erforderlich, wenn die Kündigung nach Abwägung aller Umstände angesichts der Art, Schwere und Folgen der Pflichtverletzung billigungswert und angemessen erscheint, dem Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit der Pflichtwidrigkeit ohne weiteres erkennbar ist und er mit deren Billigung durch den Arbeitgeber offensichtlich nicht rechnen konnte.⁶

Beispiele aus der Rechtsprechung:⁷

| |
|---|
| Sexuelle Zudringlichkeiten eines Vorgesetzten gegenüber Arbeitnehmerinnen, insbesondere Auszubildenden. |
| Strafbare Handlungen wie Diebstahl, Unterschlagung, Betrug. ⁸ |
| Tätlichkeiten oder grobe Beleidigungen von Vorgesetzten und Kollegen. |
| Beharrliche Arbeitsverweigerung und Selbstbeurlaubung. |
| Missbrauch von Kontrolleinrichtungen (Stempeluhren). |
| Ausländerfeindliche Äußerungen. |
| Androhung von Arbeitsunfähigkeit, wenn Urlaub nicht gewährt wird. |

Ein besonders krasser Fall, der eine ordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigte, war das Verkleben der Mäuler von Schülern mit Tesafilm durch eine Grundschullehrerin zum Zwecke der Disziplinierung.⁹

Ist in der Probezeit und in kleinen Dienststellen, die nicht unter das KSchG fallen, ebenfalls eine Abmahnung erforderlich?

Nach der Rechtsprechung des BAG ist eine Abmahnung während der Probezeit (bei einem Arbeitsverhältnis, das nicht länger als sechs Monate bestanden hat) entbehrlich. Wird eine längere Probezeit als sechs Monate vereinbart, muss bei Pflichtverstößen eine Abmahnung erfolgen.

⁵ BAG vom 27.9.2012 –2 AZR 646/11, 19.4.2012, NZA 2013, 27.

⁶ BAG vom 25.10.2012, NZA 2013, 319.

⁷ Weitere Aufzählungen siehe: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch 15. Auflage, § 132, Rdnr. 28.

⁸ Siehe dazu Urteilsdarstellungen im Anhang.

⁹ BAG vom 19.4.2012, NZA 2012, 1274.

In Dienststellen, die unter die „Kleinbetriebsklausel“ des § 23 Abs. 1 KSchG fallen, ist eine Abmahnung grundsätzlich nicht erforderlich! Dort kann sie nur ausnahmsweise nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) erforderlich sein, wenn sich der Arbeitgeber andernfalls mit der Kündigung in Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten setzen würde.¹⁰

Die Wirksamkeit einer Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen setzt **außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG** in der Regel nicht voraus, dass dem Arbeitnehmer zuvor vergeblich eine Abmahnung erteilt wurde.¹¹

Muss auch vor einer außerordentlichen („fristlosen“) Kündigung abgemahnt werden?

Eine Abmahnung ist vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB) regelmäßig nicht erforderlich.

Dies hat seinen Grund darin, dass bei einer außerordentlichen Kündigung der Kündigungsgrund so erheblich sein muss, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses überhaupt und bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist.

Gibt es gesetzliche Formvorschriften für eine Abmahnung?

Es bestehen keine gesetzlichen Formvorschriften. Eine Abmahnung kann nach der Rechtsprechung des BAG **mündlich** oder **schriftlich** erfolgen.

Die Schriftform ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung, es sei denn, sie ist tariflich vorgeschrieben.

Aus Beweisgründen wird in der Regel die Schriftform gewählt.

Zugang der Abmahnung.

Die Abmahnung muss dem Arbeitnehmer **zugehen** und er muss den **Inhalt der Abmahnung zur Kenntnis nehmen können**. Die Kenntnisnahme wird vermutet, sofern der Zugang feststeht. Unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer das Abmahnungsschreiben tatsächlich liest.

¹⁰ Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Auflage, § 132, Rdnr. 4.

¹¹ BAG vom 28.8.2003, NZA 2004, 1296.

Darf eine Abmahnung gleichzeitig mit einer Kündigung wegen der abgemahnten Pflichtverletzung gekoppelt werden?

Nein. Der Arbeitgeber darf wegen der mit der Abmahnung gerügten Pflichtverletzung nicht noch zugleich eine Kündigung aussprechen. Er gibt durch die Erklärung der Abmahnung verbindlich zu erkennen, dass er das beanstandete Verhalten dieses Mal nicht zum Anlass einer Kündigung nimmt.

Der Arbeitnehmer soll durch eine Abmahnung nicht bestraft werden, deshalb hat sie **keine Sanktionsfunktion**. Sie dient dazu, den Arbeitnehmer künftig zu vertragsgemäßem Verhalten anzuhalten.

Wer darf eine Abmahnung erteilen?

Alle Personen, die kündigungsberechtigt sind und ebenso alle Vorgesetzten, die nach ihrer Aufgabenstellung befugt sind, dem Arbeitnehmer Anweisungen wegen des Orts, der Zeit, sowie der Art und Weise der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu erteilen.¹²

Im Ergebnis trifft somit nach der Rechtsprechung des BAG die Abmahnungsberechtigung mit der in § 106 Gewerbeordnung (GewO) normierten Weisungsbefugnis zusammen.

Welchen **I n h a l t** muss eine Abmahnung haben?

Die Abmahnung hat drei wesentliche Funktionen:

- **Dokumentationsfunktion**
- **Hinweisfunktion** (Erinnerungsfunktion an die arbeitsvertraglichen Pflichten).
- **Warnfunktion** (Warnung vor Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis bei weiterem Fehlverhalten).

Dies stellt sich im einzelnen wie folgt dar:

Das k o n k r e t e vertragswidrige Verhalten muss geschildert und gerügt werden.

¹² BAG vom 5.7.1990, NZA 1991, 667.

Beispiel: Es genügt nicht „Sie kommen häufig zu spät“. Es muss der **konkrete Tag**, die **konkrete Zeit** und der **konkrete Ort** bezeichnet werden. Ggf. sind Personen, die die Pflichtverletzung unmittelbar wahrgenommen haben, namentlich zu benennen.

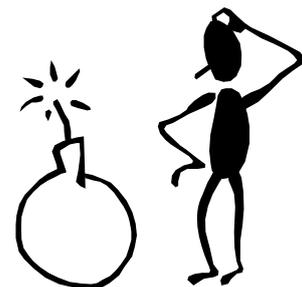
Schlagworte wie beispielsweise „fehlende Bereitschaft zur Zusammenarbeit“, „Unzuverlässigkeit“ oder „Störung des Betriebsfriedens“ genügen nicht.¹³

Der Arbeitnehmer muss aufgefordert werden, das gerügte Fehlverhalten für die Zukunft abzustellen.

Hier wird in der Regel auf die Einhaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten Bezug genommen. Der Arbeitnehmer wird an diese Pflichten durch die Abmahnung erinnert.

Es muss der Hinweis in der Abmahnung enthalten sein, dass der Arbeitnehmer im Wiederholungsfall mit einer (verhaltensbedingten) Kündigung rechnen muss.

Dem Arbeitnehmer muss unmißverständlich klargemacht werden, dass (in diesem Beispiel bei weiterem Zuspätkommen) der Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährdet ist.



| |
|---|
| Was ist der Unterschied zwischen Abmahnung und Ermahnung? |
|---|

Die Ermahnung ist eine bloße Rüge eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers, die –im Gegensatz zur Abmahnung- keine Kündigungsandrohung für den Fall erneuter Pflichtverletzungen enthält.

¹³ LAG Düsseldorf, BB1991, 911.

Mehrere Abmahnungen wegen gleichartigen Pflichtverletzungen.

Wird ein Arbeitnehmer mehrmals wegen gleichartiger Pflichtverletzungen abgemahnt und bleiben diese Abmahnungen für ihn folgenlos, dann muss der Arbeitgeber, wenn er kündigen möchte, die letzte Abmahnung vor dem Ausspruch der Kündigung **besonders eindringlich** gestalten, um dem Arbeitnehmer deutlich klar zu machen, dass dies die letzte Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung ist.¹⁴

Wann muss die Abmahnung ausgesprochen werden?

In zeitlicher Nähe zu dem beanstandeten Fehlverhalten. Es gibt keine „Regelausschlussfrist“ innerhalb der eine Abmahnung erteilt werden muss. **Die sechsmonatige Ausschlussfrist des § 37 TV-EKBO gilt hier nicht. Allerdings wird die Warnfunktion einer Abmahnung immer schwächer, je länger sie vom beanstandeten Fehlverhalten entfernt ausgesprochen wird.** Das Recht zur Abmahnung kann auch **verwirken**.¹⁵

Wie lange „wirkt“ eine erteilte Abmahnung?

Die Warnfunktion einer Abmahnung ist zeitlich begrenzt. Es gibt keine konkrete Frist, nach deren Ablauf die Abmahnung ihre Wirkung verliert. Zu berücksichtigen sind immer die Umstände des Einzelfalls.

Wann muss eine Abmahnung aus der Personalakte entfernt werden?

Nach Auffassung des BAG hat der Arbeitnehmer dann ein Recht auf Entfernung der Abmahnung aus seiner Personalakte, wenn die Abmahnung ihre Wirkung verloren hat.

Verloren hat sie ihre Wirkung dann, wenn der Arbeitnehmer „längere Zeit“ unbeanstandet seine Pflichten erfüllt hat oder der Arbeitgeber weitere Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers oder anderer Mitarbeiter unbeanstandet hinnimmt.

¹⁴ BAG vom 15.11.2001, NZA 2002, 968.

¹⁵ Markus Kuner, Arbeitsrecht und TvöD/TV-L, Berufspraxis Rechtsanwälte, Rdnr. 1207.



Kirchlicher Bereich: Personalaktenordnung beachten!

Eine in der Personalakte befindliche, zu Recht erteilte Abmahnung, ist **auf Antrag** des oder der Betroffenen nach **drei Jahren** aus der Personalakte zu entfernen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 Personalaktenordnung, Kirchliches Amtsblatt Nr. 8 / 2000, Seite 130 f).

Muss die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer **v o r** Aufnahme der Abmahnung in die Personalakte dazu angehört werden?

Bei Arbeitsverhältnissen, die unter den TV-EKBO fallen, ist dies in § 3 Abs. 6 Satz 4 TV-EKBO z w i n g e n d vorgeschrieben.

Die Äußerung der Mitarbeiterin/des Mitarbeiters ist zu den Personalakten zu nehmen.

Welche Folgen hat es, wenn der kirchliche Arbeitgeber es versäumt, den Arbeitnehmer **v o r** Aufnahme der Abmahnung in die Personalakte anzuhören?

Der Text in **§ 3 Abs. 6 Sätze 4 und 5 TV-EKBO** lautet: „Die Mitarbeiter müssen über Beschwerden und Behauptungen tatsächlicher Art, die für sie ungünstig sind, vor Aufnahme in die Personalakten gehört werden. Ihre Äußerung ist zu den Personalakten zu nehmen.“

Der ehemalige § 13 Abs. 2 BAT hatte einen inhaltlich identischen Wortlaut. Dazu gibt es eine Entscheidung des BAG¹⁶ mit folgendem Inhalt:

Wurde eine Abmahnung unter Missachtung des Anhörungsrechts nach § 13 Abs. 2 BAT in die Personalakte aufgenommen, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entfernung. Dieser formelle Mangel kann nicht durch eine nachträgliche Anhörung des Arbeitnehmers in Form der Übersendung des zu den Akten genommenen Abmahnungsschreibens geheilt werden.

¹⁶ BAG vom 16.11.1989 –6 AZR 64/88.

Ebenso wenig muss der Arbeitnehmer sich auf sein Recht zur Gegendarstellung oder sein Recht zur Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit verweisen lassen. Die Abmahnung ist zunächst bis zur Durchführung der Anhörung aus der Personalakte zu entfernen. Nach entsprechender Würdigung des Vorbringens des Arbeitnehmers kann der Vorgang ggf. wieder zu den Akten genommen werden.



Wichtig zu wissen ist, dass aus der Verletzung des Anhörungsrechts kein kündigungswirtschaftliches Verwertungsverbot folgt!

Auch eine wegen unterbliebener Anhörung des Arbeitnehmers **formell** unwirksame Abmahnung entfaltet nach der Rechtsprechung des BAG die regelmässig vor einer verhaltensbedingten Kündigung erforderliche Warnfunktion.¹⁷

Welche Möglichkeiten hat ein Arbeitnehmer gegen eine vermeintlich oder tatsächlich unberechtigte Abmahnung vorzugehen?

- Er kann eine Gegendarstellung verfassen, die in die Personalakte mit aufzunehmen ist.
- Anrufung des Schlichtungsausschusses (§ 36 TV-EKBO) mit dem Ziel der Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte.
- Klage beim Arbeitsgericht auf Rücknahme und Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte.

Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Behauptung, es liege ein Pflichtverstoss des Arbeitnehmers vor.

¹⁷ BAG vom 21.5.1992 –2 AZR 551/91.

**Achtung! Nicht überstürzt handeln.
Taktische Überlegungen anstellen!**

Es sollten sorgfältige taktische Überlegungen angestellt werden, o b und ggf. w i e der Arbeitnehmer gegen eine Abmahnung, die er für unberechtigt hält vorgeht.

Wichtig zu wissen ist:

Der Arbeitnehmer kann sich im Falle eines späteren Kündigungsschutzprozesses vor dem Arbeitsgericht noch immer auf die fehlende Berechtigung einer früheren Abmahnung berufen, um auf diese Weise der Kündigung ggf. die Basis zu entziehen. Tarifvertragliche Ausschlussfristen greifen hier nicht.¹⁸

Markus Kuner, Fachanwalt für Arbeitsrecht, gibt in seinem sehr empfehlenswerten Buch „**Arbeitsrecht und TvöD/TV-L**“, folgenden Rat:

„Grundsätzlich sollte gelten: Ist die Abmahnung berechtigt, erscheint es empfehlenswert nichts zu unternehmen. Der Arbeitnehmer ist gehalten, seine Vertragspflichten künftig gewissenhaft zu erfüllen. Mit dem störungsfreien Zeitablauf verliert die Abmahnung nach und nach ihre Wirkung, so dass der Arbeitgeber immer weniger die Möglichkeit hat, eine Kündigung darauf zu stützen. Darauf ist zu vertrauen.

Ist die Abmahnung unberechtigt, so ist auch meist hier der Rat, nichts zu unternehmen, der beste Rat. Der Arbeitnehmer muss bedenken, dass durch eine Klage gegen die Abmahnung ggf. ein heftiger Rechtsstreit mit dem Arbeitgeber eröffnet wird, der im Zweifel dazu führt, dass über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhandelt wird. Wie gesagt, es besteht für den Arbeitnehmer keine rechtliche Notwendigkeit, Klage gegen eine unberechtigte Abmahnung zu erheben“.¹⁹

¹⁸ BAG vom 14.12.1994, NZA 1995, 676.

¹⁹ Markus Kuner, Arbeitsrecht und TvöD/ TV-L, Berufspraxis Rechtsanwälte, C.H. Beck Verlag 2007, Rdnr. 1208.

Was ist zu tun, wenn der Arbeitnehmer durch eine unberechtigte Abmahnung in seinem **Persönlichkeitsrecht** verletzt wurde?

Wurde –beispielsweise durch falsche Tatsachenbehauptung- ein Arbeitnehmer in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt, kann er einen Anspruch auf Widerruf der in der Abmahnung abgegebenen Erklärungen geltend machen (§§ 242, 1004 BGB) und ggf. gerichtlich durchsetzen. Dieser Widerrufsanspruch ist auch nach Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte noch möglich..²⁰

Abmahnung und Beteiligungsrechte der MAV.

Die Abmahnung ist ein (individualrechtliches) Gläubigerrecht des Arbeitgebers und unterliegt nicht der Mitbestimmung durch die MAV und zwar auch dann nicht, wenn die mit der Abmahnung beanstandete Vertragspflichtverletzung einen Verstoß gegen die betriebliche Ordnung darstellt.

Ob im Rahmen der Informationsrechte (§ 34 MVG.EKD) der MAV von der Dienststellenleitung Abmahnungen generell zur Kenntnis gegeben werden müssen, ist umstritten.

Allerdings sind **Abmahnungen „dienstliche Beurteilungen“ im Sinne des § 34 Abs. 4 Satz 2 MVG.EKD, die auf Verlangen der Beurteilten vor der Aufnahme in die Personalakte der MAV zur Kenntnis zu bringen sind.**²¹

Können MAV-Mitglieder vom Arbeitgeber abgemahnt werden?

MAV Mitglieder können nur dann abgemahnt werden, wenn sie gegen **Pflichten aus ihrem Arbeitsvertrag** verstossen haben.

Eine Abmahnung wegen der **berechtigten** Wahrnehmung ihrer MAV-Tätigkeit ist dagegen ausgeschlossen.²²

²⁰ BAG vom 15.4.1999, NZA 1999, 1037.

²¹ Fey/ Rehren, MVG.EKD, Kommentar, § 34, Rdnr. 24, unter Bezugnahme auf Baumann-Czichon/ Gathmann/ Germer, MVG.EKD, 4. Auflage, § 34 Rdnr. 18.

²² Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Auflage, § 132, Rdnr. 7 (Betriebsratsmitglieder), unter Bezugnahme auf BAG vom 31.8.1994, NZA 1995, 225.

Anlage 1: Arbeitszeitbetrug und Abmahnungserfordernis.²³

Das BAG hat sich in seiner Entscheidung vom 9.6.2011²⁴ unter anderem mit der Frage beschäftigt, ob bei einer Arbeitnehmerin, die tarifvertraglich nur „aus wichtigem Grund“ kündbar ist, beim Vorliegen eines Arbeitszeitbetrugs eine Abmahnung vor einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.

Sachverhalt:

Die Klägerin war bei dem Beschäftigten als Verwaltungsfachangestellte beschäftigt. Ihrem Arbeitsverhältnis lag ein Tarifvertrag zugrunde. Nach diesem Tarifvertrag war sie nur noch „aus wichtigem Grund“ kündbar.

In der Dienststelle, in der sie arbeitete, gibt es eine Dienstvereinbarung über die gleitende Arbeitszeit. Mitarbeiter, die an dieser DV teilnehmen, können danach in der Zeit von 6 Uhr bis 22 Uhr Beginn und Ende ihrer Arbeitszeit selbst bestimmen. **Sie sind verpflichtet, Beginn und Ende der Anwesenheitszeit minutengenau zu dokumentieren.** Dies geschieht mit einem elektronischen Zeiterfassungssystem mit Hilfe des PCs am Arbeitsplatz. In der DV ist auch geregelt, dass Mißbrauch und Manipulation der Gleitzeitregelung „grundsätzlich disziplinarische bzw. arbeitsrechtliche Maßnahmen“ zur Folge haben.

Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis der Klägerin wegen **„Arbeitszeitbetrugs“** außerordentlich („fristlos“).

Zusammengefasst betrachtet ergab sich aus den im Prozess vom Arbeitgeber vorgelegten Unterlagen die Behauptung, die Klägerin hätte an **sieben Arbeitstagen jeweils 13 Minuten, an einigen Tagen sogar mehr als 20 Minuten als Arbeitszeiten dokumentiert, obwohl sie noch nicht im Betrieb gewesen sei oder den Betrieb bereits verlassen hätte.**

Insgesamt ging es –nach Feststellung des Gerichts- um eine Summe von 135 Minuten, die von der Klägerin als Arbeitszeit angegeben, aber nicht erbracht wurden.

Die Klägerin machte geltend, dass sie glaubte, die Arbeitszeit beginne jeweils bereits dann, wenn sie die Parkplatzeinfahrt durchfahren habe.

²³ Ausführliche Darstellung siehe: Jürgen Jendral, Arbeitszeitbetrug und Abmahnungserfordernis. Zum Urteil des BAG vom 9.6.2011, abrufbar unter hmav.ekbo.de

²⁴ BAG vom 9.6.2011 –2 AZR 381/10, NZA 2011,1027.

Weiter behauptete sie, es hätte keine Anweisung gegeben, dass maßgeblich für die Arbeitszeiterfassung die Uhr im Eingangsbereich sei. Sie hätte häufig sehr viel Zeit mit der Suche nach einem Parkplatz verbracht. Für 50 Mitarbeiter hätten nur 27 Parkplätze zur Verfügung gestanden.

Aus der Urteilsbegründung des BAG:

Das BAG bestätigte die außerordentliche („fristlose“) Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Zur Begründung führte das BAG unter anderem aus, dass der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 626 I BGB darzustellen. Dies gelte für einen vorsätzlichen Missbrauch einer Stempeluhr ebenso wie für das wissentliche und vorsätzliche falsche Ausstellen entsprechender Formulare. Dabei komme es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen **schweren Vertrauensbruch**. Der Arbeitgeber müsse auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit der am Gleitzeitmodell teilnehmenden Arbeitnehmer vertrauen können. Wenn er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst übertrage und wenn diese das dafür zur Verfügung gestellte Formular falsch ausfüllten, so stelle dies in der Regel einen **schweren Vertrauensmissbrauch** dar.

Zum Abmahnungserfordernis stellte das BAG u.a. fest:

„Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen.“

Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach der 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. Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich.“

Das Gericht befand, dass das „auf Heimlichkeit angelegte, vorsätzliche und systematische Fehlverhalten“ der Klägerin besonders schwer wiegt. **Deshalb –so das BAG- erscheine die für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensgrundlage auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht mehr wiederherstellbar.**

Weiter wurde dazu ausgeführt, dass eine Hinnahme des vorsätzlichen und systematischen Verhaltens durch die Beklagte -auch für die Klägerin erkennbar- auf Grund der Schwere ihrer Pflichtverletzung unabhängig von einer Wiederholungsgefahr ausgeschlossen sei.

Anlage 2: Neue Rechtsprechung zu Kündigung bei Vermögensdelikten (Betrugshandlung) und zum Abmahnungserfordernis nach der „Emmely“-Entscheidung des BAG.²⁵

Geringfügige Eigentumsdelikte eines Arbeitnehmers, wie Diebstahl, Betrug oder Unterschlagung, durch die der Arbeitgeber nicht wesentlich geschädigt wird, werden als sog. „**Bagatelldelikte**“ bezeichnet. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG sind solche Handlungen als Grund für eine **außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung** objektiv geeignet. Es handelt sich um schwere Vertragspflichtverletzungen, die in der Regel (nach der Rechtsprechung des BAG **vor** der sogenannten „Emmely“-Entscheidung) den Arbeitgeber zu einer außerordentlichen Kündigung **ohne Abmahnung** berechtigen.

Viel diskutiert wurden in diesem Zusammenhang der sog. „**Bienenstich-Fall**“²⁶, in dem eine Arbeitnehmerin unberechtigt ohne Bezahlung einen Kuchen im Wert von 1 DM verzehrte und ähnlich gelagerte Fälle.

Die „Emmely“-Entscheidung des BAG und der Wandel der bisherigen Rechtsprechung zum Abmahnungserfordernis bei Kündigungen wegen „Bagatelldelikten“:

Sachverhalt:

Eine Kassiererin wurde außerordentlich („fristlos“) gekündigt, weil sie zwei aufgefundene Leergutbons im **Wert von insgesamt 1,30 €** unrechtmäßig einlöste. Das LAG Berlin stellt in seinem Urteil fest, dass die Klägerin die ihr vorgeworfenen Handlungen tatsächlich begangen hat.

²⁵ BAG, Urteil vom 10.6.2010 –2 AZR 541/09.

²⁶ BAG vom 17.5.1984 –2 AZR 3/83.

Das BAG bewertet diesen Vertragsverstoss als „schwerwiegend“ und sieht trotz des geringen Wertes der beiden Pfandbons das Vertrauensverhältnis der Parteien „objektiv erheblich belastet“.

Dennoch stellte das BAG die Unwirksamkeit der Kündigung fest. Die Gründe hierfür sind auch für unsere MAVen von Bedeutung, da sich hier ein Wandel in der bisher sehr starren Rechtsprechung des BAG zu „Bagatelldelikten“ vollzieht.

Die rechtlichen Ausführungen des BAG lassen sich wie folgt kurz zusammenfassend darstellen:

1. Ein vorsätzlicher Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag kann eine fristlose Kündigung auch dann rechtfertigen, wenn der damit einhergehende wirtschaftliche Schaden sehr gering ist.
2. Umgekehrt ist aber nicht jede gegen die Vermögensinteressen des Arbeitgebers gerichtete Vertragspflichtverletzung ohne weiteres ein Kündigungsgrund.
3. Maßgeblich ist, dass nach **§ 626 Abs. 1 BGB** eine fristlose Kündigung nur aus „**wichtigem Grund**“ erfolgen kann.
4. Das Gesetz kennt, so das BAG in seinen Ausführungen, **keine „absoluten Kündigungsgründe“**. Ob ein „**wichtiger Grund**“ vorliegt muss nach dem Gesetz „**unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile**“ beurteilt werden.
5. **Bei dieser Beurteilung sind alle für das jeweilige Vertragsverhältnis in Betracht kommende Gesichtspunkte zu bewerten.** Dazu gehören:
 - Das Maß der Beschädigung des Vertrauens.
 - Das Interesse an der korrekten Handhabung der Geschäftsanweisungen.
 - Das vom Arbeitnehmer in der Zeit seiner unbeanstandeten Beschäftigung erworbene „**Vertrauenkapital**“.
 - Die wirtschaftlichen Folgen des Vertragsverstoßes.

Das BAG betont, dass eine abschließende Aufzählung nicht möglich sei.

Der Erwerb von „Vertrauenkapital“ bei langjähriger Beschäftigung:

Besonders interessant finde ich in dieser Entscheidung den Begriff „Vertrauenkapital“.

Wenn eine Beschäftigung (hier: drei Jahrzehnte) ohne rechtlich relevante Störung verläuft, erwirbt sich ein Arbeitnehmer, so das BAG, ein hohes Maß an Vertrauen („Vertrauenkapital“).

Das BAG vertritt in seiner Entscheidung die Auffassung, dass ein solchermaßen angesammeltes Vertrauen nicht (ohne weiteres) durch einen einmaligen Kündigungssachverhalt vollständig zerstört werden kann.

Es kam daher zu dem Ergebnis, dass im Rahmen der **Abwägung** -hier nahm das BAG auch auf den vergleichsweise geringen wirtschaftlichen Schaden Bezug- eine **Abmahnung** als milderer Mittel gegenüber der Kündigung „**angemessen und ausreichend gewesen wäre, um künftig wieder einen störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu bewirken**“.

Diese Entscheidung führte zu einem Wandel in der Rechtsprechung.

Der Wandel in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nach der „Emmely“-Entscheidung am Beispiel einer Entscheidung des LAG Berlin.²⁷

Welche Auswirkungen die „Emmely“-Entscheidung in der neueren arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung hat, lässt sich an einer aktuellen Entscheidung des LAG Berlin darstellen.

Sachverhalt:

Die Klägerin war seit mehr als 40 Jahren bei einem Bahnunternehmen als Zugansagerin beschäftigt. Dieser Bahnkonzern ermöglicht es den Mitarbeitenden anlässlich des 40-jährigen Dienstjubiläums dem Arbeitgeber Bewirtungskosten von **bis zu 250 €** in Rechnung zu stellen.

²⁷ LAG Berlin vom 16.9.2010, 2 Sa 509/10.

Die Arbeitnehmerin legte eine Quittung über diesen Höchstbetrag zur Abrechnung vor, obwohl sich die **tatsächlichen Kosten lediglich auf 83,90 € beliefen**.

Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis wegen Betrugs mit der tarifvertraglich nicht mehr ordentlich kündbaren Mitarbeiterin fristlos.

Das LAG stellte die Unwirksamkeit der Kündigung fest und ging dabei auch auf das erworbene „Vertrauenskapital“ ein.

Zunächst stellte das LAG fest, dass die Mitarbeiterin eine grobe und erhebliche Pflichtwidrigkeit in Form einer strafbaren Handlung gegen den Arbeitgeber begangen hat, die grundsätzlich auch geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB zu rechtfertigen.

Dann nahm das LAG eine **Interessenabwägung** unter Einbeziehung der vom BAG im Fall „Emmely“ entwickelten Grundsätze vor.

Zugunsten der Arbeitnehmerin berücksichtigte das Gericht die lange **Beschäftigungszeit von 40 Jahren** und das dadurch **aufgebaute Vertrauenskapital**, das nach Meinung des Gerichts durch den **Betrug nicht sofort und vollständig verbraucht wurde und zwar unabhängig von dem Schaden, der mit 166 € kein Bagatelldelikt mehr darstellte**.

Für das LAG war auch entscheidend, dass die Mitarbeiterin ihre Pflichtwidrigkeit **nicht im Kernbereich ihrer Tätigkeit** begangen hatte. Zugunsten der Mitarbeiterin wurde weiter gewertet, dass diese bei der Befragung durch den Arbeitgeber die Tat unumwunden eingeräumt hatte und nicht versuchte durch falsche Angaben den Vorfall zu verschleiern.

Eine Revision gegen die Entscheidung wurde vom LAG nicht zugelassen.