

BRIEF

Nr. 35.10

19. Mai 2010
Philip Schneider, lic. iur., Rechtsanwalt

Verweis und Verwarnung im Arbeitsrecht

In der Praxis kommen dem Verweis und der Verwarnung wichtige Funktionen zu. Arbeitgeberinnen sollten deshalb wissen, wann es angezeigt ist, einen Verweis zu erteilen oder eine Verwarnung auszusprechen, und wie sie vorgehen können, wenn sie eine derartige Massnahme ergreifen müssen.

1. Charakteristik der Massnahmen

Mit einem Verweis oder einer Verwarnung («Abmahnung») rügt die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer wegen einer erfolgten Pflichtverletzung, erinnert ihn an seine Pflichten und ermahnt ihn, sich zukünftig pflichtgemäss zu verhalten. Im Gegensatz zu einem Verweis erfolgt eine Verwarnung unter Androhung von Folgen für den erneuten Fall einer Pflichtverletzung – zu denken ist vor allem an die Androhung einer ordentlichen oder sogar fristlosen Kündigung. Anders als dem Verweis kommt der Verwarnung also eine Warnwirkung zu.

Auf Grund ihrer Arbeitgeberstellung ist die Arbeitgeberin ohne weiteres berechtigt, im Falle einer Pflichtverletzung durch einen Arbeitnehmer einen Verweis zu erteilen oder eine Verwarnung auszusprechen. Für die Arbeitgeberin kann namentlich der direkte Vorgesetzte des fehlbaren Arbeitnehmers handeln. Es fragt sich allerdings, ob eine Verwarnung ihre Warnwirkung tatsächlich ausüben kann, wenn für die Arbeitgeberin eine Person handelt, die zur Kündigung des Arbeitsvertrags gar nicht berechtigt wäre.

Adressat eines Verweises oder einer Verwarnung kann ein einzelner, bestimmter Arbeitnehmer sein. Adressat kann aber auch schlicht allgemein gefasst derjenige sein, den es angeht. Der Verweis oder die Verwarnung desjenigen, den es angeht, ist dort angezeigt, wo (noch) unklar ist, welcher Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung begangen hat, beispielsweise ein Produktionsmittel unsorgfältig behandelt hat. Ein Verweis oder eine Verwarnung desjenigen, den es angeht, ist am Schwarzen Brett auszuhängen oder auf eine andere geeignete Weise im Betrieb bekannt zu machen. Demgegenüber darf der Verweis oder die Verwarnung eines bestimmten Arbeitnehmers nicht derart öffentlich gemacht werden. Auf Grund seiner Prangerwirkung würde ein derartiges Vorgehen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers bedeuten.

Ein Verweis oder eine Verwarnung muss sich auf ein bestimmtes Verhalten beziehen (vgl. BGer 4C.137/2000). Mit einem Verweis oder einer Verwarnung kann die Arbeitgeberin hingegen nicht ihre allgemeine Unzufriedenheit mit einem Arbeitnehmer zum Ausdruck bringen. Verweis und Verwarnung müssen sich weiter auf ein Verhalten beziehen, das der Arbeitnehmer überhaupt ändern kann. Die Arbeitgeberin, die einen Verweis erteilt oder eine Verwarnung ausspricht, weil ein alkoholabhängiger Arbeitnehmer in alkoholisiertem Zustand am Arbeitsplatz erschienen ist, wählt das falsche Mittel.

Im Vergleich zur Verwarnung ist der Verweis die mildere Massnahme (vgl. BGer 4A_63/2009). Noch nicht geklärt ist die Frage, ob die Arbeitgeberin direkt eine Verwarnung aussprechen darf oder vorgängig einen Verweis erteilt haben muss. Direkt eine Verwarnung auszusprechen, nur weil der Arbeitnehmer ein Mal fünf Minuten zu spät zur Arbeit gekommen ist, erschiene jedenfalls als unverhältnismässig. Darüber hinaus wird die Ansicht vertreten, dass Verwarnungen wegen Lappalien ganz allgemein wirkungslos bleiben. Eine Verwarnung muss aber auch bei einer eher geringfügigen Pflichtverletzung möglich sein, insbesondere dann, wenn das betreffende Verhalten wiederholt vorgekommen ist.

2. Funktion der Massnahmen

Das Gesetz kennt die Begriffe «Verweis» und «Verwarnung» nicht. In der Regel ist beispielsweise eine (ordentliche) Kündigung denn auch nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR, nur weil die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer vor dem Aussprechen der Kündigung nicht verwarnt hat (vgl. z.B. BGE 133 III 512). In der Praxis kommen dem Verweis und der Verwarnung aber dennoch wichtige Funktionen zu.

Der Verweis und die Verwarnung sind sowohl vergangenheitsbezogen als auch zukunftsorientiert. Ihnen kommen dementsprechend gleich mehrere Funktionen zu:

- 1) Mit einem Verweis oder einer Verwarnung hält die Arbeitgeberin eine erfolgte Pflichtverletzung fest. Wenn sich der Arbeitnehmer gegen den Verweis oder die Verwarnung nicht wehrt, dann liegt ein Indiz dafür vor, dass das gerügte Verhalten tatsächlich erfolgt ist (vgl. BGer 4P.151/2005). Insofern kommt dem Verweis und der Verwarnung Beweisfunktion zu.
- 2) Mit einem Verweis oder einer Verwarnung will die Arbeitgeberin die zukünftige Vertrags-treue des Arbeitnehmers sicherstellen. Mit einem Verweis oder einer Verwarnung kann die Arbeitgeberin jedenfalls verhindern, dass sich der Arbeitnehmer in Zukunft darauf berufen kann, dass das betreffende pflichtwidrige Verhalten von der Arbeitgeberin geduldet worden ist:
 - Wenn die Arbeitgeberin ein bestimmtes pflichtwidriges Verhalten ihrer Belegschaft während einer gewissen Zeit duldet (z.B. das «Surfen» im Internet während der Arbeitszeit), dann kann eine Betriebsübung entstehen, auf Grund derer die Arbeitnehmer berechtigt sind, sich auch in Zukunft entsprechend zu verhalten – es sei denn, die Arbeitgeberin hat den betreffenden Arbeitnehmern rechtzeitig zumindest einen Verweis erteilt.
 - Wenn die Arbeitgeberin ein bestimmtes pflichtwidriges Verhalten eines Arbeitnehmers während einer gewissen Zeit duldet (z.B. den früheren Antritt der Weihnachtsferien durch einen Ausländer), dann kann sich eine (ordentliche) Kündigung, die wegen diesem Verhalten ausgesprochen wird, als überraschend und damit als missbräuchlich erweisen – es sei denn, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer vorgängig zumindest einen Verweis erteilt hat (vgl. AGer Gaster JAR 1984, 171).
- 3) Namentlich mit einer Verwarnung kann die Arbeitgeberin erreichen, dass bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer zukünftigen Massnahme keine «Einzelbetrachtung», sondern eine «Gesamtbetrachtung» erfolgt. In deren Rahmen kann dann nicht nur das Verhalten des Arbeitnehmers, das den Grund für die betreffende Massnahme bildet, sondern auch ein vergangenes Verhalten des Arbeitnehmers – das Verhalten, auf das sich die Verwarnung bezog – gewichtet werden:

- Solange dem Arbeitnehmer keine Aufgaben zugewiesen werden, die nicht mehr von der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeitsbeschreibung gedeckt sind, ist die Arbeitgeberin berechtigt, einen Arbeitnehmer in der Betriebshierarchie zurückzustufen; bevor sie ihr Weisungsrecht ausübt, muss die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer aber auf Leistungsmängel oder dergleichen aufmerksam machen und dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Verbesserung einräumen (vgl. BGer 4C.189/2006).
- Im Falle eines Konflikts zwischen Mitgliedern der Belegschaft – sei es ein Konflikt zwischen einem Vorgesetzten und einem Arbeitnehmer oder sei es ein Konflikt zwischen Arbeitskollegen – ist die Arbeitgeberin verpflichtet, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um den Konflikt zu beenden (vgl. BGE 132 III 115). Bei der Auswahl der Massnahmen steht der Arbeitgeberin zwar ein gewisser Ermessensspielraum zu (vgl. BGer 8C_340/2009). Als Massnahmen fallen aber namentlich der Verweis oder die Verwarnung in Betracht (vgl. BGer 4A_63/2009). Wenn die Arbeitgeberin einen der Konfliktbeteiligten entlässt, ohne – erfolglos – geeignete Massnahmen ergriffen zu haben, dann wird die Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR beurteilt. Wenn der Konflikt trotz geeigneter Massnahmen nicht enden will, ist die Kündigung aber rechtmässig (vgl. BGE 132 III 115). Als ungeeignete Massnahme erscheinen insbesondere ein Verweis oder eine Verwarnung, die sich bloss an einen der Konfliktbeteiligten richten (vgl. BGer 4C.253/2001).
- Eine fristlose Kündigung ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Kündigende auf einen wichtigen Grund für eine derart einschneidende Massnahme berufen kann (Art. 337 Abs. 1 OR). Ein wichtiger Grund darf nicht leichthin angenommen werden. Einen wichtigen Grund stellen vor allem schwerwiegende Verfehlungen des Arbeitnehmers dar. Wenn sie weniger schwerwiegend sind, dann müssen die Verfehlungen trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (vgl. BGE 129 III 380). Gegebenenfalls ist es geboten, den Arbeitnehmer mehrmals zu verwarnen, bevor die Arbeitgeberin eine fristlose Kündigung erklärt (vgl. BGE 127 III 153). Umstritten ist, ob das Verhalten, auf das sich die Verwarnung bezieht, und das Verhalten, das den Grund für die fristlose Kündigung bildet, «gleichartig» sein müssen.

3. Handhabung der Massnahmen

Verweise werden auch mündlich erteilt. Verwarnungen sollten demgegenüber immer schriftlich ausgesprochen werden. Verwarnungen werden in der Regel zur Personalakte genommen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist gegen ein solches Vorgehen in der Regel nichts einzuwenden.

Eine Verwarnung, die ungerechtfertigt ausgesprochen wird, die insbesondere auf Grund eines Verhaltens ausgesprochen wird, das der Arbeitnehmer in Wahrheit (so) nicht gezeigt hat, verletzt das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer hat deshalb einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch darauf, dass das betreffende Schriftstück aus der Personalakte entfernt und vernichtet wird. In dem Fall, dass mehrere Verhaltensweisen des Arbeitnehmers Grund für eine Verwarnung geben, tut die Arbeitgeberin deshalb gut daran, die Verwarnungen in gesonderten Schreiben auszusprechen.

Anders als bei einer fristlosen Kündigung, die unverzüglich ausgesprochen werden muss, kann sich die Arbeitgeberin durchaus etwas Zeit lassen, um auf eine festgestellte Pflichtverletzung mit einem Verweis oder einer Verwarnung zu reagieren. Das Recht, einen Verweis zu erteilen oder eine Verwarnung auszusprechen, kann aber dennoch verwirken: Wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer in der Zwischenzeit verziehen hat – was beispielsweise in einer Beförderung des Arbeitnehmers zum Ausdruck kommen kann –, dann bleibt ein in der Folge erteilter Verweis oder eine in der Folge ausgesprochene Verwarnung ohne Wirkung. Zur Sicherheit sollte die Arbeitgeberin auf eine festgestellte Pflichtverletzung unverzüglich reagieren.

Mit dem Aussprechen einer Verwarnung tritt allerdings eine gewisse (Selbst-)Bindung der Arbeitgeberin ein. So ist die Arbeitgeberin nicht berechtigt, das Verhalten, das Grund für eine Verwarnung gegeben hat, zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen (vgl. BGer 4C.137/2000). Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung kann hingegen sein, dass sich der Arbeitnehmer erneut oder weiterhin in der betreffenden Weise verhält.

Durch Zeitablauf oder Verzeihen können Verwarnungen ihre Wirkung verlieren. Die verbreitete Ansicht, dass Verwarnungen, die fünf Jahre alt sind, aus der Personalakte zu entfernen sind, ist aber problematisch. Derartigen Verwarnungen kann etwa bei der Ausstellung von Arbeitszeugnissen durchaus noch eine gewisse Bedeutung zukommen.

Namentlich bei der Formulierung einer Verwarnung ist streng darauf zu achten, dass das Verhalten, auf das sich die Verwarnung bezieht, möglichst klar umschrieben wird. Formulierungen wie «Die Verhaltensweisen, auf die wir Sie heute mündlich hingewiesen haben, dulden wir nicht mehr» sind zu vermeiden. Bevor die Arbeitgeberin einen Verweis erteilt oder eine Verwarnung ausspricht, muss der Arbeitnehmer übrigens nicht angehört werden.

Aarau, 11. Mai 2010

Sehr geehrter Herr Muster

Am 10. Mai 2010 haben Sie um 16 Uhr 30 Uhr in Aarau Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, indem Sie trotz des absoluten Alkoholverbots gemäss Artikel 10 unserer Betriebsordnung im Betrieb während der Arbeitszeit Alkohol konsumiert haben.

Wir sind nicht gewillt, ein solches Verhalten zu dulden. Wir fordern Sie deshalb auf, in Zukunft jeglichen Alkoholkonsum im Betrieb während der Arbeitszeit zu unterlassen.

Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass Sie im Wiederholungsfall mit der fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags rechnen müssen.

Diese Verwarnung wird zu Ihrer Personalakte genommen.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift Arbeitgeberin]

Zur Kenntnis genommen:

[Unterschrift Arbeitnehmer], Aarau, 12. Mai 2010

Insbesondere bei Verwarnungen besteht die Kunst darin, die Massnahme gezielt einzusetzen: Verwarnungen einer unglaublichen Arbeitgeberin sind wirkungslos. Unglaublich macht sich vor allem jene Arbeitgeberin, die mehrmals Folgen für den erneuten Fall einer Pflichtverletzung androht, aber nie die Konsequenzen zieht. Bevor sie Konsequenzen zieht, sollte eine unglaublich gewordene Arbeitgeberin klar stellen, dass sie es für einmal tatsächlich ernst meint, beispielsweise indem die Verwarnung als «allerletzte Verwarnung» bezeichnet wird.

Arbeitgeberinnen ist dennoch zu raten, besser einmal zu viel als zu wenig einen Verweis zu erteilen oder eine Verwarnung auszusprechen: Wenn die Arbeitgeberin bei einem Konflikt innerhalb der Belegschaft einen der Konfliktbeteiligten entlässt, ohne – erfolglos – geeignete Massnahmen ergriffen zu haben, dann wird die Kündigung – wie erwähnt – als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR beurteilt. Als Konflikt, auf den die Arbeitgeberin mit geeigneten Massnahmen reagieren muss, hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid auch den Fall angesehen, dass sich Arbeitnehmer über sexuelle Belästigungen durch einen Arbeitskollegen beklagen (vgl. BGer 4A_63/2009). Dies obwohl in einem solchen Fall kein gewöhnlicher Konflikt herrscht, wie er in jedem Betrieb vorkommt, sondern ein Konflikt mit relativ klarer Verteilung der Täter- und der Opferrolle, mit dessen Auslösung der Täter ohne Zweifel seine Treuepflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin verletzt.

Für weitere Informationen und Fragen steht Ihnen unsere Geschäftsstelle gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Philip Schneiter unter der Telefonnummer 062 837 18 04 oder per E-Mail an philip.schneiter@aihk.ch.