# Die "Verjährung" der Abmahnung

# - Besprechungsaufsatz zum BAG-Urteil vom 19. 7. 2012 - 2 AZR 782/11, DB0561015 -

### Von Dr. Clemens Latzel, ZAAR München

### I. Einleitung

"Die verdunkelnde Macht der Zeit" sieht das BAG auch jenseits der §§ 194 ff. BGB im Rechtsverkehr zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer offenbar als allgemeinen Grundsatz: So wird eine Zuvor-Beschäftigung im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nach drei Jahren unbeachtlich<sup>2</sup> und Ähnliches widerfährt Abmahnungen, die einst zu Recht erteilt wurden: Sie verlieren im Laufe der Zeit zunächst ihre Warnfunktion und können dann nicht mehr eine verhaltensbedingte Kündigung als ultima ratio rechtfertigen (dazu II.). Später können sie noch ihre Dokumentationsfunktion verlieren und deshalb auf Verlangen des Arbeitnehmers aus der Personalakte zu entfernen sein (dazu III.). In der hier zu besprechenden Entscheidung<sup>3</sup> ging es um solch einen Beseitigungsanspruch:

Die Klägerin war seit dem Jahr 2000 bei dem beklagten Landkreis als Verwaltungsfachangestellte beschäftigt. Im Jahr 2007 ging ein Kassenbuch verloren, als die Klägerin vermutlich dafür noch die Verantwortung trug. Dafür soll die Klägerin auch zu Unrecht ihre Kollegin verantwortlich gemacht haben. Im April 2008 mahnte der Arbeitgeber die Klägerin für beide Verhaltensweisen ab. Daraufhin wandte sie sich im Juli 2008 an das ArbG Eisenach mit dem Antrag, die "Abmahnung zurückzunehmen und aus der Personalakte zu entfernen". Das ArbG und das LAG Thüringen<sup>4</sup> haben der Klage stattgegeben. Die Revision zum BAG hatte Erfolg, weil das LAG dem Beseitigungsverlangen der Klägerin jedenfalls nicht schon wegen Zeitablaufs hätte entsprechen dürfen und außerdem weitere Feststellungen zum Sachverhalt hätte treffen müssen.

Die Entscheidung hat - teils vehemente - Ablehnung<sup>5</sup> erfahren, die so nicht gerechtfertigt ist: Überzeugend beurteilt das BAG die Frage, wie lange eine Abmahnung rechtlich bedeutsam ist, sprich wann sie "verjährt"<sup>6</sup>, differenziert nach den Funktionen der Abmahnung<sup>7</sup>. Zur Erinnerung<sup>8</sup>:

Hinweisfunktion: Die Abmahnung führt dem Arbeitnehmer konkret<sup>9</sup> vor Augen, durch welches Verhalten er gegen welche seiner arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat.

Ermahnungsfunktion: Die Abmahnung weist den Arbeitnehmer eindringlich darauf hin, dass von ihm in Zukunft vertragstreues Verhalten verlangt wird.

Warnfunktion: Die Abmahnung droht dem Arbeitnehmer arbeitsrechtliche Sanktionen 10 für den Fall weiterer 11 Pflichtverletzungen an 12.

# II. "Verjährung" der Warnfunktion

Im Laufe der Zeit verliert zuerst die wichtigste Funktion der Abmahnung, nämlich die Warnfunktion, ihre rechtliche Bedeutung. Verhält sich ein Arbeitnehmer nach einer Abmahnung längere Zeit "einwandfrei", muss ihn der Arbeitgeber später vor einer verhaltensbedingten Kündigung wegen einer gleichartigen 13 Pflichtverletzung abermals abmahnen 14. Wann eine Abmahnung ihre Warnfunktion verliert, sagt das BAG nicht genau. Darüber befindet - einzelfallabhängig - erst das Arbeitsgericht. In der Literatur diskutierte 15 Faustregeln lehnt das BAG ab und hält sich "anhand der Umstände des Einzelfalls" alle Optionen offen 16. Freilich kommt der Schwere der Pflichtverletzung entscheidende Bedeutung zu 17. So verliert etwa eine Abmahnung wegen fortgesetzter Diffamierung von Kollegen und Vorgesetzten mit herabwürdigenden Verleumdungen auch nach 31/2 Jahren noch nicht ihre kündigungsrechtliche Warnfunktion 18.

Zweifelt ein Arbeitgeber, ob sein Arbeitnehmer noch durch eine frühere Abmahnung hinreichend gewarnt ist, kann er ihn abermals abmahnen (und damit auf einen eventuellen Kündigungsgrund verzichten 19) oder muss ihn "auf Verdacht" kündigen. Erachtet das Arbeitsgericht später die Warnfunktion der Abmahnung bereits als "verjährt", kann die Kündigung wenigstens in eine neue Abmahnung umgedeutet werden<sup>20</sup>. Der Arbeitgeber muss indes den Preis für die Abwägungsrechtsprechung zahlen:

- Peters/Jacoby, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
- 2009, Vorbemerkungen zu §§ 194-225 BGB, Rn. 5. BAG 6. 4. 2011 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 = SAE 2012, 31 mit Anm. Löwisch; krit. Höpfner, NZA 2011, 893 (896 ff.).
- BAG 19. 7. 2012 2 AZR 782/11, NZA 2013, 91 = DB 2012, 2939.
- LAG Thüringen 23. 11. 2010 7 Sa 427/09, juris.
- Besonders von Ritter. DB 2012, 344 Vgl. *Hunold*, NZA-RR 2000, 169 (174).
- BAG (Fn. 3), Rn. 20.
- Nach Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 406; differenzierend nach Dokumentations-, Hinweis- und Warn- bzw. Ankündigungsfunktion APS/Dörner/Vossen, 4. Aufl. 2012, § 1 KSchG, Rn. 348; ähnlich MüKo-BGB/Hergenröder, 6. Aufl. 2012, § 1 KSchG, Rn. 199; differenzierend nach Rüge- und Warnfunktion ErfK/Müller-Glöge, 13. Aufl. 2013, § 626 BGB, Rn. 29a.
- Zum Bestimmtheitserfordernis: Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 349; Hergenröder (Fn. 8), Rn. 202.
- Es muss mindestens mit "arbeitsrechtlichen Konsequenzen" gedroht werden, BAG 19. 4. 2012 – 2 AZR 258/11, NZA-RR 2012, 567 (Rn. 23).
- Die Abmahnung "verbraucht" die Pflichtverletzung sowohl für eine verhaltensbedingte Kündigung als auch für eine personenbedingte Kündigung, die der betreffende Sachverhalt womöglich gerechtfertigt hätte, BAG 12. 5. 2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43 (Rn. 53, 55).
- Dadurch unterscheidet sich die Abmahnung von der bloßen Ermahnung, Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 389 ff.
- Gleichartig heißt, dass die Pflichtverletzungen unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt zusammenfassbar sein müssen, wie etwa Zuspätkommen und Kartenspielen am Arbeitsplatz zur beharrlichen Arbeitsverweigerung, Hergenröder (Fn. 8), Rn. 204.
- BAG (Fn. 3), Rn. 20, unter Verweis auf BAG 18. 11. 1986 7 AZR 674/84, NZA 1987, 418; anders bei schweren Pflichtverletzungen, BAG 25. 10. 2012 - 2 AZR 495/11, NZA 2013, 319 (Rn. 16)
- Etwa Wetzling/Habel, BB 2011, 1077 (1081); zum Meinungsstand: Dörner/ Vossen (Fn. 8), Rn. 422. BAG 18. 11.1986 – 7 AZR 674/84, NZA 1987, 418 (419); zustimmend v.
- Hoyningen-Huene, RdA 1990, 193 (210).
- 17 V. Hoyningen-Huene, RdA 1990, 193 (210)
- BAG 10. 10. 2002 2 AZR 418/01, DB 2003, 1797. 18
- 19
- Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 396; Hergenröder (Fn. 8), Rn. 206.

Wenn er das Verfahren nicht durch die Instanzen treibt, hat er zwar nicht die außergerichtlichen Kosten des Arbeitnehmers (§ 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG), aber seine eigenen sowie die Gerichtskosten zu tragen (§ 22 Abs. 2, § 29 Nr. 1 GKG).

Da die Warnfunktion nur kündigungsrechtliche Bedeutung hat und die Abmahnung dafür ohnehin nicht in die Personalakte aufgenommen werden muss<sup>21</sup>, ist die Warnfunktion für die Beseitigung der Abmahnung aus der Personalakte unerheblich<sup>22</sup>. Dafür kommt es ausschließlich auf die stets später<sup>23</sup> "verjährende" Dokumentationsfunktion an.

# III. "Verjährung" der Dokumentationsfunktion

Aus Hinweis- und Ermahnungsfunktion der Abmahnung destilliert das BAG eine Dokumentationsfunktion<sup>24</sup>, die freilich nur solchen Abmahnungen zukommen kann, die vom Weisungsund damit Abmahnungsberechtigten<sup>25</sup> in irgendeiner Weise dauerhaft festgehalten wurden 26. Die Abmahnung ist aber nach wie vor nicht formgebunden<sup>27</sup>. Nur ist Arbeitgebern wegen ihrer Darlegungslast im Kündigungsschutzverfahren zur Schriftform zu raten<sup>28</sup>. Auf die Dokumentationsfunktion kommt es an, wenn der Arbeitnehmer verlangt, dass eine in die Personalakte aufgenommene Abmahnung aus dieser wieder entfernt wird (dazu 1.). Dazu hat das BAG erstmals 29 seit der Emmely-Entscheidung Stellung genommen und das Ergebnis kann sich sehen lassen: Eine Abmahnung verliert nun quasi nie ihre Dokumentationsfunktion (dazu 2.) - mit einer Ausnahme (dazu 3.).

### 1. Anspruch auf Beseitigung einer Abmahnung

Nach ständiger Rechtsprechung können Arbeitnehmer unter Umständen verlangen, dass eine gegen sie ergangene Abmahnung wieder beseitigt wird (§ 242, § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB analog) 30.

### a) Rücknahme oder Entfernung der Abmahnung

Verlangt ein Arbeitnehmer die Beseitigung einer Abmahnung, kann damit die (formelle) Entfernung des Abmahnungsdokuments aus der Personalakte oder auch die (materielle) Rücknahme der Abmahnung gemeint sein<sup>31</sup>. Letzteres kann vor allem auf einen Widerruf der in der Abmahnung getroffenen Aussagen zielen<sup>32</sup>. In arbeitsgerichtsüblicher Manier wird aber die konkrete Formulierung des Klageantrags ignoriert 33 und grundsätzlich immer von einem bloßen Entfernungsbegehren ausgegangen<sup>34</sup>. Der Arbeitnehmer muss in der Klagebegründung schon darauf bestehen, mehr als die bloße Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte zu wollen, wenn sein (auch ausdrücklich so bezeichneter) Rücknahme-Antrag als solcher vom Gericht verstanden und nicht - wie im Ausgangsfall<sup>35</sup> - weginterpretiert werden soll.

Hingewiesen sei darauf, dass Arbeitnehmer außerdem aus § 83 Abs. 2 BetrVG das - vom Bestehen eines Betriebsrats unabhängige<sup>36</sup> - Recht haben, eine sachliche Gegendarstellung zur Abmahnung in die Personalakte zu geben 37. Außerdem können sie im bestehenden Arbeitsverhältnis gem. § 83 Abs. 1 BetrVG und im beendeten Arbeitsverhältnis gem. § 241 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG (informationelle Selbstbestimmung)<sup>38</sup> jederzeit und sachgrundlos Einsicht in die Personalakte verlangen<sup>39</sup>.

Bei alledem ist der Begriff der Personalakte 40 weit zu verstehen und meint jede – schriftliche oder elektronische 41 – "Sammlung von Urkunden und Vorgängen, die die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse eines Mitarbeiters betreffen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen"42. Das BAG ergänzt regelmäßig noch:

"Sie soll[en] ein möglichst vollständiges, wahrheitsgemäßes und sorgfältiges Bild über diese Verhältnisse geben" 43.

Das entspricht zwar sicherlich dem Anspruch, mit dem Personalakten geführt werden<sup>44</sup>, konfligiert aber (bislang) gelegentlich mit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.

- BAG (Fn. 3) Rn. 21: Auch wenn" also auch wenn nicht sich eine Ahmahnung noch in der Personalakte befindet, ist im Rahmen eines möglichen Kündigungsrechtsstreits stets zu prüfen, ob ihr noch eine hinreichende Warnfunktion zukam"
- Ebenso Beck, Die rechtlichen Vorgaben für die Führung von Personalakten, 1995, S. 221.
- Vgl. BAG (Fn. 3), Rn. 21
- BAG (Fn. 3), Rn. 20: "Rüge- und Dokumentationsfunktion". Hergenröder (Fn. 8), Rn. 203.
- 26 Hergenröder (Fn. 8), Rn. 199. Hergenröder (Fn. 8), Rn. 203.
- Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 366; Hergenröder (Fn. 8), Rn. 203.
- BAG 12. 8. 2010 2 AZR 593/09, NZA-RR 2011, 162, problematisiert die "Verjährung" der in dem Fall berechtigten Abmahnung nicht.
- BAG (Fn. 3), Rn. 13; eingehend zur Rechtsgrundlage Beck (Fn. 22), S. 193 ff.; für eine vertragliche Nebenpflicht, rechtswidrige Abmahnungen nicht in der Personalakte zu belassen: MüHdbArbR/Berkowsky, 3. Aufl. 2009, § 114 Rn. 153; insg. kritisch unter Verweis auf die divergente Rspr. im Mietrecht (BGH 20. 2. 2008 - VIII ZR 139/07, NJW 2008, 1303): Kolbe, NJW 2008, 2685; Reuter, Rechtsschutz gegen Abmahnungen - vom Bundesgerichtshof lernen? (1. 4. 2008), www.reuter-arbeitsrecht.de/alltag-im-arbeitsrecht/rechtsschutz-gegen-abmahnungen-vom-bundesgerichtshof-lernen.html [11. 2013].
- 31 Zum Streitwert: Wetzling/Habel, BB 2011, 1077 (1080).
- Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 420 f. m. w. N.
- Anschaulich die Rspr. zu "Schleppnetzanträgen" im Kündigungsschutzprozess, die kaum unzulässig gestellt werden können, ohne vom Gericht als bloß "unselbständiges Anhängsel" weginterpretiert zu werden, BAG 16. 3. 1994 - 8 AZR 97/93, NZA 1994, 860 (861 f.): 13, 3, 1997 - 2 AZR 512/96, NZA 1997, 844 (845 ff.); aber LAG Hessen 1. 8. 2006 - 19 Ta 373/06, LAGE Nr. 6 zu § 114 ZPO 2002.
- BAG (Fn. 3), Rn. 15, unter Verweis auf BAG 27. 1. 1988 5 AZR 604/86, ZTR
- BAG (Fn. 3), Rn. 18; vom LAG Thüringen (Fn. 4) nicht problematisiert.
- Richardi/Thüsing, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 83 Rn. 2. Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. 2011, § 132 Rn. 38, der au-
- Berdem § 242 BGB als Anspruchsgrundlage heranzieht; zu Form, Struktur und Zeitpunkt der Gegendarstellung: Wetzling/Habel, BB 2011, 1077 (1079
- BAG 16. 11. 2010 9 AZR 573/09, NZA 2011, 453 (Rn. 34 ff.) = SAE 2011, 155 mit Anm. Husemann.
- Das BAG (Fn. 38), Rn. 42, spricht von "einen dem Beseitigungs- oder Korrekturanspruch vorgelagerten Transparenzschutz", meint aber offenbar .Schutztransparenz<sup>\*</sup>
- Eingehend Herfs-Röttgen, NZA 2013, 478 ff.
- Thüsing (Fn. 36), Rn. 11, 5.
- BAG (Fn. 3), Rn. 18.
- BAG (Fn. 3), Rn. 18, unter Verweis auf BAG 8. 2. 1989 5 AZR 40/88, ZTR 1989, 236 und BAG 9. 2. 1977 – 5 AZR 2/76, NJW 1978, 124.
- Zu den Grundsätzen der Personalaktenführung zählen Richtigkeit, Vollstän digkeit, Transparenz und Vertraulichkeit, Herfs-Röttgen, NZA 2013, 478 (479

#### b) Beseitigung unberechtigter Abmahnungen

Ein Arbeitnehmer kann iederzeit die Beseitigung einer Abmahnung aus der Personalakte verlangen, wenn sie in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht unrichtig<sup>45</sup> oder zu unbestimmt ist<sup>46</sup>. Für die vom BAG regelmäßig angeführte Fallgruppe der unverhältnismäßigen Abmahnung<sup>47</sup> werden sich praktisch kaum Fälle finden lassen, weil eine an sich berechtigte Abmahnung schwerlich dem Arbeitnehmer "unverhältnismäßig große Nachteile" zufügen kann<sup>48</sup>. Die Abmahnung hat ohnehin keine Rechtsfolgen<sup>49</sup>. Das BAG sagt selbst, dass eine Abmahnung nicht allein deshalb unverhältnismäßig ist, weil der Arbeitgeber über den erhobenen Vorwurf auch hätte hinwegsehen können<sup>50</sup>. Jede noch so marginale (Neben-)Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber abmahnen<sup>51</sup> – irgendeine Erheblichkeitsschwelle muss nicht erreicht werden. "Ob die Abmahnung als solche eine Überreaktion darstellt, unterliegt nicht der gerichtlichen Kontrolle"52. In Bagatellfällen ist vielmehr die angeblich verletzte (Neben-)Pflicht genau unter die Lupe zu nehmen, sodass etwa eine von Art. 5 Abs. 1 GG gedeckte öffentliche Kritik am Arbeitgeber<sup>53</sup> oder der gegenüber einer Vorgesetzten nach einer terminlichen Auseinandersetzung schriftlich geäußerte Satz "Frau S[cholz] ist stolz"54 schwerlich Pflichtverletzungen darstellen.

Einzig die Kündigungsdrohung für den Fall auch nur eines weiteren Pflichtverstoßes im Bagatellbereich kann unverhältnismäßig sein<sup>55</sup>, rechtfertigt aber noch keine Beseitigung der Abmahnung aus der Personalakte, weil in der Zusammenschau auch kleine Tropfen das Fass zum Überlaufen bringen können.

# c) Entfernung berechtigter Abmahnungen

Auch Abmahnungen, die einst zu Recht erteilt wurden, können später auf Verlangen des Arbeitnehmers aus der Personalakte zu entfernen<sup>56</sup> sein<sup>57</sup>. Dafür muss allerdings der Arbeitgeber - nach bisheriger Diktion - sein "schutzwürdiges" Interesse am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte verloren haben<sup>58</sup>. Das ist der Fall, wenn der beurkundete Vorgang für das Arbeitsverhältnis "rechtlich bedeutungslos" geworden ist. Wird er dennoch weiterhin dokumentiert, könnte das für den Abgemahnten zu "unzumutbaren beruflichen Nachteilen" führen 59.

Etwas rechtlich Bedeutungsloses kann also unzumutbare Nachteile entfalten und muss deshalb aus der Personalakte raus. Das BAG denkt dabei an Dokumente, die – obzwar ohne rechtliche Relevanz - Arbeitnehmer in ihrer beruflichen Entwicklung fortwirkend beeinträchtigen könnten 60. Die Interessen von Arbeitgebern sind offenbar nur "schützenswert", solange sie rechtliche Relevanz haben; verfällt diese, setzen sich die außerrechtlichen Interessen der Arbeitnehmer durch und begründen einen Beseitigungsanspruch. In der Gesamtbetrachtung des Urteils zum Ausgangsfall wird deutlich, dass der Zweite Senat hier offenbar mit alten Textbausteinen gearbeitet hat, die mit den Maßgaben, die der Senat drei Randnummern später aufstellt, schwer in Einklang zu bringen sind. Immerhin suggeriert er damit Kontinuität61.

# 2. Ewiges Dokumentationsinteresse des **Arbeitgebers**

Dreh- und Angelpunkt für die Beseitigung einst zu Recht erteilter Abmahnungen aus der Personalakte war bislang das "schutzwürdige" Interesse des Arbeitgebers an der fortwährenden Dokumentation der Abmahnung, was aber nur rechtliche Interessen im engeren Sinne meinte. Daher haben viele 62 aus der Emmely-Entscheidung gefolgert, dass der Arbeitgeber nun auf ewig ein rechtliches Interesse an der Aufbewahrung von Abmahnungen hat, denn schließlich kommt es nun für die finale Interessenabwägung darauf an, ob das Arbeitsverhältnis "über viele Jahre hinweg ungestört bestanden" hat und dadurch eine "verfestigte Vertrauensbeziehung" zwischen den Vertragsparteien entstanden ist 63. Zumindest jede Abmahnung für eine Pflichtverletzung im arbeitsvertraglichen Vertrauensverhältnis hat seither auch eine "Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion" 64.

#### a) Berechtigte Dokumentationsinteressen

Bevor sich der Zweite Senat allerdings mit dieser Ansicht auseinandersetzt, skizziert er seine neue Rechtsprechungslinie. Un-

- Herfs-Röttgen, NZA 2013, 478 (479): Korrekturrecht des Arbeitnehmers.
- Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 415 ff.
- BAG (Fn. 3), Rn. 13; ebenso BAG 23. 4. 1986 5 AZR 340/85, juris (Rn. 24); 31. 8. 1994 – 7 AZR 893/93, NZA 1995, 225 (227 f.); zum Meinungsstand: Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 392 ff.
- Ebenso Müller-Glöge (Fn. 8), § 626 BGB, Rn. 34: "Der tiefere Sinn dieser nur weitere Rechtsstreite fördernden Rechtsprechung bleibt unklar"
- Kolbe, NJW 2008, 2685 (2687): "Löst die Abmahnung keine eigene Rechtsfolge aus, kann sie die Rechte des Abgemahnten nicht beeinträchtigen" (Hervorh, im Original).
- BAG 13. 11. 1991 5 AZR 74/91, NZA 1992, 690 = SAE 1992, 316 mit Anm. van Venroov
- Vgl. Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 389: "Eine Verpflichtung, der Abmahnung bloße Ermahnungen vorzuschalten, besteht nicht". Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 392; a. A. Wetzling/Habel, BB 2011, 1077 (1083)
- ArbG Berlin 20. 12. 1996 33 Ca 33863, 40954/96, NZA-RR 1997, 281 (282)
- ArbG Frankfurt a. M. 11. 4. 2001 7 Ca 5505/00, NZA-RR 2002, 77.
- Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 393.
- Den Widerruf berechtigter Abmahnungen können Arbeitnehmer nicht er-
- Grundlegend BAG 9. 2. 1977 5 AZR 2/76, NJW 1978, 124 (125): Ein Strafurteil gegen einen Arbeitnehmer (keine Abmahnung) ist nicht zu den Personalakten zu nehmen bzw. aus selbigen zu entfernen, wenn die Verurteilung ein strafbares Verhalten im außerdienstlichen Bereich betrifft, nicht in das Führungszeugnis aufzunehmen ist und der Arbeitnehmer den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt auch nicht nach § 51 Abs. 1 BZRG zu offenbaren braucht.
- BAG (Fn. 3), Rn. 13, aber semantisch verunglückt: "Arbeitnehmer können [...] die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht [...] auch dann, wenn selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers mehr an deren Verbleib in der Personalakte besteht" (Hervorh. durch Verf.), unter Verweis auf BAG 12, 8, 2010 – 2 AZR 593/09, NZA-RR 2011 162 (Rn. 10) und BAG 27. 11. 2008 – 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842 (Rn. 16); vgl. bereits BAG 18. 11. 1986 - 7 AZR 674/84, NZA 1987, 418; ablehnend Berkowsky (Fn. 30), Rn. 156; Schmülling, EWiR 2013, 129 (140); Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 423 f.
- BAG (Fn. 3), Rn. 18.
- BAG (Fn. 3), Rn. 18, unter Verweis auf BAG 30. 5. 1996 6 AZR 537/95, NZA 1997, 145 (148)
- BAG (Fn. 3), Rn. 19: "Diesen Maßstab hat das Landesarbeitsgericht ver-
- Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 424; Dzida/Grau, ZIP 2012, 504 (509); Kleinebrink, DB 2012, 1508 (1510); Müller-Glöge (Fn. 8), § 626 BGB, Rn. 35; Novara/Knierim, NJW 2011, 1175 (1176 f.); Ritter, DB 2011, 175; Schrader, NZA 2011, 180 (181 f.); Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617 (618)
- BAG 10. 6. 2010 2 AZR 541/09 (Emmely), NZA 2010, 1227 (5. Os.) = SAE 2011, 122 mit Anm. Bengelsdorf.
- Ritter, DB 2011, 175; Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617 (618).

merklich wird in Randnummer 21 des Urteils aus dem bis dahin "schutzwürdigen" ein "berechtigtes" Arbeitgeberinteresse, das die fortwährende Dokumentation der Abmahnung rechtfertigen kann. Damit tauscht der Senat allerdings nicht bloß einen Platzhalter für unvorhersehbare Einzelfallabwägungen gegen einen anderen aus. Zwar schweigt sich das Urteil dazu aus, wie lange genau Arbeitgeber Abmahnungen berechtigt dokumentieren dürfen, doch überraschen die Arbeitgeberinteressen, denen der Senat fortan Berechtigung zusprechen will: Arbeitgeber dürfen eine Abmahnung solange dokumentieren (und Beseitigungsverlangen von Arbeitnehmern ablehnen), bis die Abmahnung für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses "unter keinem rechtlichen Aspekt mehr eine Rolle" spielt, ja das gerügte Verhalten muss "in jeder Hinsicht rechtlich bedeutungslos" geworden sein<sup>65</sup>! Damit meint der Senat nun offenbar wirklich alle, nicht mehr nur rechtliche Arbeitgeberinteressen:

Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Dokumentationsinteresse,

"solange eine zu Recht erteilte Abmahnung etwa für eine zukünftige Entscheidung über eine Versetzung oder Beförderung und die entsprechende Eignung des Arbeitnehmers, für die spätere Beurteilung von Führung und Leistung in einem Zeugnis oder für die im Zusammenhang mit einer möglichen späteren Kündigung erforderlich werdende Interessenabwägung von Bedeutung sein kann."

Damit ist die Beseitigung berechtigter Abmahnungen faktisch Rechtsgeschichte!

## aa) Dokumentation für Auswahlentscheidungen

Das BAG hält zwar für die Versetzung oder Beförderung von Arbeitnehmern eine "entsprechende Eignung" für maßgebend, doch nach welchen (diskriminierungsreinen) Kriterien ein Arbeitgeber über das innerbetriebliche Fortkommen seiner Arbeitnehmer entscheidet, entzieht sich - jedenfalls in der tariffreien Privatwirtschaft – gerichtlicher Überprüfung. Sollte der Arbeitgeber dabei objektiv vorgehen und sich etwa vor der Besetzung einer Beförderungsstelle die Personalakten gleichgeeigneter Kandidaten zur Hand nehmen, können viele Jahre zurückliegende Abmahnungen für eine Entscheidung ausschlaggebend sein. Wer nach Umsetzungen oder Beförderungen regelmäßig Pflichten verletzt hat und dafür abgemahnt wurde, hat womöglich keine "entsprechende Eignung" für Höheres.

## bb) Dokumentation für spätere Leistungsbeurteilungen

Da es keinen Grundsatz gibt, dass sich Zwischen- oder Endzeugnisse nur auf die letzten fünf oder zehn Jahre des Arbeitsverhältnisses beziehen dürfen 67, hat der Arbeitgeber bis zur Ausstellung des Endzeugnisses grundsätzlich ein berechtigtes Dokumentationsinteresse an allen Abmahnungen. Zwar widerstreiten im Zeugnisrecht die Grundsätze der einheitlichen, vollständigen und wahrheitsgemäßen Beurteilung mit dem Grundsatz der wohlwollenden Beurteilung<sup>68</sup>, doch schon eine wohl mit allen Grundsätzen vereinbare Formulierung wie

"Nach anfänglichen Schwierigkeiten mit der Pünktlichkeit verhielt sich Herr Meier fortan tadellos "69.

rechtfertigt theoretisch die Aufbewahrung von Abmahnungen selbst aus der Anfangszeit – und das bis zum Renteneintritt 70.

#### cc) Dokumentation für finale Interessenabwägung

Selbst wenn man soweit nicht gehen möchte, kann seit der Emmely-Entscheidung zumindest jede Abmahnung mit Auswirkungen auf das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Dokumentationsinteresse begründen. Für die finale Interessenabwägung im Rahmen einer eventuellen verhaltensbedingten Kündigung muss nämlich die "beanstandungsfreie" Dauer des Arbeitsverhältnisses bekannt sein<sup>71</sup>. Dabei kommt es wohlgemerkt nicht auf die Warnfunktion einer früheren Abmahnung an, sondern nur darauf, wie sich der Arbeitnehmer im Laufe des gesamten (!) Arbeitsverhältnisses geführt hat. Dafür muss wenigstens jede Abmahnung mit "Vertrauensrelevanz" herangezogen werden können, egal ob sie letztlich die Interessenabwägung zulasten des Arbeitnehmers beeinflusst oder nicht 72.

#### dd) Dokumentation zur Pflichtenklarstellung

"Darüber hinaus" erkennt das BAG ein berechtigtes Aufbewahrungsinteresse an, um die mit einer Abmahnung verbundene "Klarstellung der arbeitsvertraglichen Pflichten weiterhin dokumentieren zu können"73. Die Dokumentation der Abmahnung ist also zulässiger Selbstzweck, solange die Abmahnung arbeitsvertragliche Pflichten klarstellt. Damit dürfen alle berechtigten Abmahnungen prinzipiell für die Dauer des Arbeitsverhältnisses aufbewahrt werden, weil jede Abmahnung zuvörderst den Arbeitnehmer auf seine verletzte Pflicht hinweisen muss 74 und sie damit klarstellt.

Allenfalls einer wiederholten Abmahnung wegen identischen Fehlverhaltens könnte die klarstellende Funktion fehlen, weil dem Arbeitnehmer seine Pflicht schon mit der vorhergehenden Abmahnung deutlich geworden sein müsste. Doch will sich der Arbeitnehmer vertragstreu verhalten (wie er es mit Abschluss des Arbeitsvertrages versprochen hat), scheint auch der fünfte Hinweis auf seine Pflicht noch klarstellend wirken zu können ("Wirklich!"). Anderes hieße, dass nur pro Fehlverhaltensart eine, nämlich die erste Abmahnung ein Klarstellungsinteresse abgäbe. Doch auch eine Klarstellung verliert im Laufe der Zeit an Klarheit, sodass nach hinreichender Verklärung ein "immer noch!"-Appell geboten sein kann. Dann würde allerdings die frühere Abmahnung die arbeitsvertraglichen Pflichten nicht mehr klarstellen. Doch so viel Vergesslichkeit soll die Dokumentation ja gerade verhindern:

"Durch das Erfordernis einer vergeblich gebliebenen Abmahnung vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung soll mithin der mögliche Ein-

BAG (Fn. 3), Rn. 21.

BAG (Fn. 3), Rn. 21.

Vgl. Müller-Glöge (Fn. 8), § 109 GewO, Rn. 24: Es sollen alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt werden, "die für die Gesamtbeurteilung von Bedeutung und für Dritte von Interesse sind".

Eingehend *Müller-Glöge* (Fn. 8), § 109 GewO, Rn. 17 ff. "Tadellos" und "ohne Tadel" sollen nach LAG Hamm vom 12. 7. 1994 – 4 Sa 192/94, LAGE Nr. 27 zu § 630 BGB (5. Ls), nicht gleichbedeutend sein.

<sup>&</sup>quot;Auch Arbeitnehmer, die als Rentner aus dem Erwerbsleben ausscheiden, haben einen Anspruch darauf, daß ihr Arbeitsverhältnis mit der Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses ordnungsgemäß abgeschlossen wird", LAG Hamm (Fn. 69), 1. Ls.

BAG (Fn. 63), Rn. 46 ff.; vgl. Nachw. in Fn. 62.

Zur Ausnahme für Bagatellfälle unten III. 3. (S. 83).

BAG (Fn. 3), Rn. 21

Zu den Funktionen der Abmahnung oben I. (S. 79).

wand des Arbeitnehmers ausgeräumt werden, er habe die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht gekannt"75.

Einzig eine ausdrückliche oder konkludente Vertragsänderung oder widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers kann der Abmahnung ihre Klarstellungsfunktion nehmen:

"Eine ursprünglich ausreichende Abmahnung verliert ihre Bedeutung grundsätzlich erst dann, wenn [...] auf Grund neuer Umstände (z.B. einer späteren unklaren Reaktion des Arbeitgebers auf ähnliche Pflichtverletzungen anderer Arbeitnehmer) der Arbeitnehmer wieder im Ungewissen sein könnte, was der Arbeitgeber von ihm erwartet bzw. wie er auf eine etwaige Pflichtverletzung reagieren werde." 76

Wenn der Arbeitgeber andere Arbeitnehmer für vergleichbare Verhaltensweisen nicht abmahnt, darf der Abgemahnte also daraus den Umkehrschluss ziehen, künftig riskiere er für Gleiches allenfalls eine neue Abmahnung. Das gilt aber dann nicht, wenn für die Kollegen andere Maßstäbe gelten (etwa rüderer Umgangston im Lager als in der Buchhaltung) oder der Arbeitgeber gegen die Pflichtverletzungen der Kollegen ebenso hätte einschreiten müssen (etwa wegen § 12 AGG). Auf Gleichbehandlung im Unrecht haben Arbeitnehmer auch insofern keinen Anspruch 77.

#### b) Zwischenergebnis: Interessen ohne Ende

Indem der Zweite Senat erfreulicherweise seinen Blick für alle Dokumentationsinteressen von Arbeitgebern geöffnet hat, darf nun grundsätzlich jede Abmahnung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses, ja muss beinahe schon bis zur Ausstellung des Endzeugnisses aufbewahrt werden.

#### 3. Ausnahme für Bagatellabmahnungen

Ein uneingeschränkt ewiges Dokumentationsinteresse war im Zweiten Senat offenbar nicht mehrheitsfähig, weshalb eine Relativierung nachgeschoben wurde - allerdings nur im Subsumtionsteil und nicht, wie man erwarten könnte, im zentralen Maßstäbeteil<sup>78</sup> der Entscheidung. Außerdem lässt auf die verminderte Relevanz der Ausnahme schließen, dass sie dem Berichterstatter nur zwei Sätze wert war:

"Gleichwohl besteht ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Dokumentation einer Pflichtverletzung nicht zwangsläufig für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses. So kann ein hinreichend lange zurückliegender, nicht schwerwiegender und durch beanstandungsfreies Verhalten faktisch überholter Pflichtenverstoß seine Bedeutung für eine später erforderlich werdende Interessenabwägung gänzlich verlieren." 79

# a) Einordnung

Diese Passage ist nicht etwa als Verfassungsbruch<sup>80</sup>, sondern im Gesamtkontext des Urteils zu sehen: Es scheint sich um ein sog. Dennoch-Urteil zu handeln, bei dem der Berichterstatter von der Senatsmehrheit überstimmt wurde (§ 196 Abs. 1 GVG) und deshalb erst nach langer (und hier überzeugender) Darstellung seiner Auffassung (Rn. 17-32½), schließlich "gleichwohl" eine Hintertür öffnen muss<sup>81</sup>.

### b) Bloße Bagatellausnahme

Davon abgesehen, dass (zunächst) Klarstellungs- wie Beurteilungsfunktion nicht extra genannt werden, sondern namentlich nur die Dokumentationsfunktion für die finale Interessenabwägung "verjähren" können soll, handelt es sich – auch insofern – um nicht mehr als einen Bagatellvorbehalt. Der Zweite Senat kennt seine Rechtsprechung zur Interessenabwägung bei verhaltensbedingten Kündigungen und setzt sich mit ihr ebenso auseinander82 wie mit den Literaturmeinungen, die schon daraus das Ende des Anspruchs auf Beseitigung berechtigter Abmahnungen gefolgert haben 83. Der Senat rückt auch nicht von der Emmely-Rechtsprechung ab, sondern lässt nur Abmahnungen wegen bagatellartiger Pflichtverletzungen "verjähren". Dafür müssen sie in dem Sinne "faktisch überholt" sein, dass sie bei einer finalen Interessenabwägung das von Ritter vorgestellte Vertrauenskonto<sup>84</sup> ohnehin nicht mehr beeinflussen könnten85.

Zur genaueren Eingrenzung versucht das BAG zwar, die Unterscheidung zwischen Pflichtverletzungen im Vertrauens-, Leistungs- und Ordnungsbereich 86 wiederzubeleben, die sich schon bei der Abmahnung erheblicher Pflichtverletzungen nicht durchsetzen konnte<sup>87</sup>, doch ist das nicht überzubewerten:

Zum einen formuliert der Senat rein negativ, welche Fälle nicht von der Bagatellausnahme erfasst sind: So ist eine "nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Vertrauensbereich" für "erhebliche Zeit"88 und eine "schwere Pflichtverletzung im Leistungsbereich" für "längere Zeit" 89 von Bedeutung für die finale Interessenabwägung bzw. die Beurteilung der Arbeitsleistung - die Differenzierung grenzt an Scheindogmatik.

Zum anderen kommt es maßgeblich auf die "Schwere des gerügten Fehlverhaltens" an:

"Je schwerer eine Pflichtverletzung wiegt, desto länger kann sie für die Beurteilung der Führung, der Leistung und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers und ggf. für seine Vertrauenswürdigkeit von Bedeutung sein"90.

Die Klarstellungsfunktion nennt das Gericht hier – zu Recht – nicht, denn das arbeitsvertragliche Pflichtenprogramm stellt

BAG 18. 11. 1986 - 7 AZR 674/84, NZA 1987, 418.

BAG 10. 10. 2002 - 2 AZR 418/01, DB 2003, 1797 (1798); ebenso bereits 76 BAG 18. 11. 1986 – 7 AZR 674/84, NZA 1987, 418 (419).

Auch nicht bei fehlerhafter Eingruppierung, BAG 26. 11. 1998 – 6 AZR 335/97, NZA 1999, 1108 (1100),

Terminologie nach Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/ Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (168 ff.).

BAG (Fn. 3), Rn. 32

Echauffiert Ritter, DB 2012, 344. 80

Vgl. Duttge, JR 2006, 358 (360): Es ist "in der Praxis schon lange kein Geheimnis mehr", "wie sich der Vorsitzende notfalls 'zur Wehr setzen' kann, sollte er am Ende der Urteilsberatung wider Erwarten überstimmt werden [...], eingedenk der allein ihm obliegenden Niederlegung und Unterzeichnung der Urteilsgründe"; für eine transparente Benennung von denjenigen Rechtsansichten, die nur von der Mehrheit des Spruchkörpers getragen wurden: Ernst, JZ 2012, 637 (648)

<sup>82</sup> BAG (Fn. 3), Rn. 32.

BAG (Fn. 3), Rn. 31; vgl. Fn. 61.

Ritter, DB 2011, 175 (177).

Ähnlich Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 424; dagegen sehen Hitzelberger-Kijima, öAT 2013, 37, und Ritter, DB 2012, 344 f., hierin eine Rückwirkung auf das Kündiaunasschutzrecht.

Vgl. Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 367 ff.

BAG 4. 6. 1997 – 2 AZR 526/96, NJW 1998, 554 (556) = SAE 1998, 310 mit Anm. Wank.

<sup>88</sup> BAG (Fn. 3), Rn. 32.

BAG (Fn. 3), Rn. 35.

BAG (Fn. 3), Rn. 35.

eher eine Abmahnung wegen einer leichten Pflichtverletzung klar, als wegen einer schweren ("Weil das ja klar ist!"91).

#### c) Fazit

Kann eine Abmahnung wegen bagatellartiger Pflichtverletzung weder für eine finale Interessenabwägung noch zur Pflichtenklarstellung, ja nicht einmal zur Leistungsbeurteilung vernünftiger Weise herangezogen werden, kann sie aus der Personalakte zu tilgen sein – sofern der Arbeitnehmer das verlangt (und sich noch an die Abmahnung erinnert). Beispielhaft nennt das BAG einen "auf nur geringer Nachlässigkeit beruhenden Ordnungsverstoß"  $^{\rm 92}$  und verweist auf einen Fall, in dem ein langjährig im öffentlichen Dienst beschäftigter Hilfssachbearbeiter ohne Arbeitsrückstände einmal während aufgabenloser Arbeitszeit einen Roman gelesen und Briefmarken in ein Sammelalbum einsortiert hatte - sein Verlangen nach Beseitigung der Abmahnung war zwei Jahre später erfolgreich 93. In dieser Preisklasse bewegen sich fortan die zu Recht erteilten Abmahnungen, deren Beseitigung noch verlangt werden kann.

# IV. Umgang mit "verjährten" Abmahnungen

#### 1. Vollstreckung der Beseitigung

Hat der Arbeitnehmer einen rechtskräftigen Titel über die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte erlangt, kann er diesen nach § 888 ZPO zwangsvollstrecken lassen 94. Auf Grund des materiellen Personalaktenbegriffs genügt die bloße Änderung des Aufbewahrungsortes ebenso wenig<sup>95</sup>, wie die Abmahnung lediglich zu überkleben 96. Der Vorgang ist aus allen Aufzeichnungen des Arbeitgebers zu tilgen 97, sodass er keine Zugriffsmöglichkeit mehr darauf besitzt 98.

Soll aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil vollstreckt werden, kann der Arbeitgeber nur dann Erfüllung einwenden 99, wenn die Abmahnung "gänzlich körperlich vernichtet" wurde; die nur vorübergehende "Verschiebung" der Abmahnung in eine andere Akte (oder einen anderen Dateiordner) zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache ist nicht erfüllungstauglich, solange die Vorgänge jederzeit wieder zusammengeführt werden können 100. Stellt sich das Beseitigungsverlangen letztlich als unbegründet heraus, soll der Arbeitgeber nach Meinung des LAG Baden-Württemberg gem. § 717 Abs. 2 ZPO im Wege der Naturalrestitution "eine wort- und inhaltsgleiche Abmahnung" wieder zur Personalakte nehmen dürfen 101. Nur woher nehmen? "Gegebenenfalls hat der Arbeitnehmer im Rahmen des Schadenersatzanspruches sein Original der Abmahnung dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen" 102 – genau. Dagegen bewahrt der kluge Arbeitgeber einfach die Prozessakte mit der zu beseitigenden Abmahnung auf und nimmt eine Kopie des Urteils zur Personalakte, was nach einer Ansicht zulässig ist 103. Dieser Weg steht jedem Arbeitgeber auch bei rechtskräftiger Verurteilung offen, was einmal mehr dafür spricht, dass der gut beratene Arbeitnehmer gar nicht erst gegen Abmahnungen vorgeht $^{104}$ .

### 2. Rechtliche Relevanz der "Verjährung"?

Einen echten materiellen Vorteil hätten Arbeitnehmer aus der "Verjährung" von Abmahnungen, wenn für sie ein Verwertungsverbot analog § 51 Abs. 1 BZRG gälte. "Verjährte" Abmahnungen dürften dann dem Betroffenen im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwertet werden. Doch mit diesem Ziel ist der Beseitigungsanspruch aus Treu und Glauben nie angetreten, will er doch nur Hindernisse für das berufliche Fortkommen der Abgemahnten ausräumen. Eine Abmahnung in der Personalakte kann zwar durchaus bei künftigen Auswahlentscheidungen dem Arbeitnehmer zum Nachteil gereichen 105, aber eben auch nur bei diesen. Immer wenn die Abmahnung rechtlich relevant werden kann, ist egal, ob sie (noch) in der Personalakte ist 106:

Um den Arbeitnehmer zu warnen, muss die Abmahnung überhaupt nicht in die Personalakte aufgenommen werden.

Ob die Abmahnung für eine finale Interessenabwägung noch das Vertrauenskonto des Arbeitnehmers zu seinen Lasten beeinflussen kann oder ob sie dafür schon zu alt oder anderweitig irrelevant ist, entscheidet sich erst im Kündigungsschutzprozess. Ist die Abmahnung nicht (mehr) in der Personalakte, hat der Arbeitgeber zwar womöglich ein Beweisproblem, weil eventuelle Zeugen Erinnerungslücken haben können 107, aber materiell bleibt die Abmahnung gleichwohl beachtlich 108. Eben weil die "Rechtssätze des Kündigungsrechts" den "Rechtssätzen des Abmahnungsrechts nicht widersprechen" dürfen 109, prüft auch das BAG Abmahnungen, die bereits aus der Personalakte entfernt worden sind, auf ihre Relevanz für die Interessenabwägung 110.

Über § 1004 BGB kann nicht die Rechtsstellung in einem späteren Prozess verbessert werden 111. Im Beseitigungsprozess

- Edmund Stoiber.
- BAG (Fn. 3), Rn. 35
- BAG 27. 1. 1988 5 AZR 604/86, ZTR 1988, 309 93
- Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 419; a. A. Korinth, ArbRB 2008, 129 (130): vertretbare Handlung.
- Hauer, Die Abmahnung im Arbeitsverhältnis, 1990, S. 176. LAG Köln 4, 7, 1988 – 6 Sa 305/88, DB 1989, 636
- BAG 13. 5. 1983 7 AZR 58/83, n. v., zitiert nach Hauer (Fn. 95), S. 176 f.
- Beck (Fn. 22), S. 239.
- 99 Dazu Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 888 Rn. 8. 100 LAG Baden-Württemberg 15. 11. 2012 4 Ta 15/12, juris (Rn. 26 f., 31).
- 101 LAG Baden-Württemberg (Fn. 100), Rn. 32.
- 102 LAG Baden-Württemberg (Fn. 100), Rn. 32. 103 Novara/Knierim, NJW 2011, 1175 (1177), unter Verweis auf LAG Köln 25. 6.
- 1997 7 Sa 1545/96, juris (Rn. 20). 104 *Diller*, ArbR 2010, 595 ff.; *Novara/Knierim*, NJW 2011, 1175 (1177).
- 105 Kolbe, NJW 2008, 2685 (2688).
- 106 Ebenso Novara/Knierim, NJW 2011, 1175 (1177).
- 107 Kleinebrink, DB 2012, 1508 (1510).
- 108 A. A. Brodtrück, ArbR 2013, 21: Arbeitgeber kann sich nicht mehr "auf den Pflichtenverstoß berufen"; Ritter, DB 2012, 344 (345): Entfernungspflicht "mit der immanenten Rechtsfolge der nicht der Wirklichkeit entsprechenden ex-tunc-Fiktion der Beanstandungsfreiheit des Arbeitsverhältnisses"; Schmülling, EWiR 2013, 139 (140): "nicht zu rechtfertigende Fiktion, wenn vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses die vollständige Bedeutungslosigkeit einer zu Recht erteilten Abmahnung gerichtlich festgestellt wird"
- 109 So Ritter, DB 2012, 344 (345).
- 110 BAG (Fn. 71), Rn. 49: "[Ein bestimmtes früher abgemahntes] Verhalten steht mit dem Kündigungsvorwurf in keinerlei Zusammenhang; im Übrigen wurde die Abmahnung ein Jahr später aus der Personalakte entfernt"
- 111 Beck (Fn. 22), S. 226, unter Verweis auf BGH 14. 6. 1977 VI ZR 111/75, NJW 1977, 1681 (1682).

wird die Abmahnung zwar auf ihre inhaltliche Berechtigung überprüft, aber darüber nicht mit Rechtskraft entschieden 112. Eine abweichende Beurteilung im späteren Kündigungsschutzprozess, in dem der Arbeitgeber durch das bloße Abmahnungsdokument ohnehin keinen materiellen Vorteil hat 113, bleibt möglich:

"Die Wirksamkeit der Kündigung hängt nicht von der Beseitigung einer vorhergehenden Abmahnung ab, sondern im Kündigungsschutzprozeß ist unabhängig davon zu prüfen, ob die in einer Abmahnung enthaltenen Vorwürfe tatsächlich gerechtfertigt waren oder nicht" 114.

Selbst wenn der Arbeitgeber im späteren Kündigungsschutzprozess noch eine Aufzeichnung über eine eigentlich beseitigte Abmahnung (etwa in der Akte zum Beseitigungsprozess 115) "findet", greift kein Beweisverwertungsverbot 116. Doch einerseits hat das nackte Abmahnungsdokument ohnehin keinen Beweiswert für die abgemahnte Pflichtverletzung und andererseits wird dem Arbeitgeber sein eventueller, minimaler Prozessvorteil durch Vorlage eines Abmahnungsdokuments jedenfalls dann nicht mehr zuteil, wenn er zu dessen Beseitigung rechtskräftig verurteilt wurde - beschränkte Rechtskraft des Beseitigungsurteils hin oder her. Geeigneter ist insofern der Zeugenbeweis 117.

# 3. Beseitigung "verjährter" Abmahnungen "von Amts wegen"?

Fragt sich nur noch, ob der Arbeitgeber im vorauseilenden Gehorsam "verjährte" Abmahnungen aus der Personalakte entfernen muss, auch wenn der Arbeitnehmer seinen (unbefristeten<sup>118</sup>) Beseitigungsanspruch noch nicht geltend gemacht hat. Besteht keine kollektivrechtliche Pflicht 119, kann das das Datenschutzrecht verlangen.

### a) Zulässige Datenerhebung und -speicherung

Dokumentiert der Arbeitgeber die Abmahnung - egal ob schriftlich oder elektronisch - in der Personalakte, erhebt er damit personenbezogene Daten des Arbeitnehmers in der Form des Speicherns i. S. d. § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BDSG 120. Das ist (zunächst) auch für die Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich i. S. d. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG, denn der Arbeitgeber muss die Abmahnung unter Umständen nachweisen können; auch § 3a BDSG kann nicht die mündliche Abmahnung erzwingen 121. Wie lange die Speicherung einer Abmahnung erforderlich ist, richtet sich nach arbeitsrechtlichen Kriterien, namentlich ihrer Dokumentationsfunktion. Solange die Abmahnung noch Pflichten klarstellt oder für eine spätere Leistungsbeurteilung oder finale Interessenabwägung relevant werden kann, darf sie in der Personalakte bleiben 122.

#### b) Löschungspflicht bei elektronischer Aktenführung

Hat eine Bagatellabmahnung ausnahmsweise auch keine Klarstellungs- oder Beurteilungsfunktion mehr, ist ihre Aufbewahrung in der Personalakte nicht mehr erforderlich. Von diesem Moment an ist ihre weitere Speicherung gem. § 4 Abs. 1 BDSG unzulässig, wenn der Arbeitnehmer nicht ausdrücklich und freiwillig 123 einwilligt (§ 4a BDSG). Schweigen ist keine

Einwilligung. Ausdrücklich verlangt nur § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG die Löschung personenbezogener Daten, wenn ihre (weitere) Speicherung unzulässig ist, doch die Norm gilt nur für Beschäftigtendaten, die automatisiert erhoben, verarbeitet oder genutzt werden oder zumindest aus einem automatisierten Datenverarbeitungsvorgang stammen 124. Daran ändert auch § 32 Abs. 2 BDSG nichts 125.

Aus einer in Papierform geführten Personalakte hat der Arbeitgeber also nicht von sich aus "verjährte" Abmahnungen zu entfernen. Sind die Abmahnungen allerdings in einer elektronischen Personalakte dateimäßig gespeichert, muss sie der Arbeitgeber nach Eintritt der "Verjährung" auch ohne Verlangen des Arbeitnehmers gem. § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG löschen<sup>126</sup>. Sieht er davon ab, begeht er eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG, sofern ihm wenigstens Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann. Das wird freilich dank der unpräzisen Kriterien des BAG zum "faktisch überholten Pflichtenverstoß" schwerlich gelingen. Gleichwohl empfiehlt es sich bei elektronischer Aktenführung, Abmahnungen auch immer ausgedruckt aufzubewahren.

# V. Bedeutung für die Praxis

Das BAG hat seine Emmely-Rechtsprechung nicht aufgegeben - der Anspruch auf Beseitigung berechtigter Abmahnungen bleibt akzessorisch zum Kündigungsrecht.

Darüber hinaus erkennt das BAG an, dass Arbeitgeber Abmahnungen nicht nur für eventuelle Kündigungen dokumentieren wollen. Deshalb können Arbeitnehmer nur noch die Beseitigung einer einst berechtigten Abmahnung aus der Personalakte verlangen, wenn die Abmahnung nicht mehr für spätere Auswahlentscheidungen, Leistungsbeurteilungen oder zur Klarstellung der Arbeitnehmerpflichten erforderlich ist und die abgemahnte Pflichtverletzung auch nicht mehr das Vertrauenskonto des Arbeitnehmers bei einer finalen Interessenabwägung beeinflussen kann, weil die abgemahnte Pflichtverletzung "faktisch überholt" ist.

- 112 Beck (Fn. 22), S. 226; vgl. Kammerer, BB 1991, 1926 (1930); a. A. Bader, ZTR 1999, 200 (206); offenbar auch Schmülling, EWiR 2013, 139 (140).
- 113 Beck (Fn. 22), S. 226.
- 114 BAG 13. 11. 1991 5 AZR 74/91, NZA 1992, 690 = SAE 1992, 316 mit Anm. van Venroov.
- 115 Vgl. Fn. 103. 116 Novara/Knierim, NJW 2011, 1175 (1177 f.).
- 117 Diller, ArbR 2010, 595 (597). 118 Vgl. BAG 13. 3. 1987 7 AZR 601/85, NZA 1987, 518 (519 f.); Dörner/Vossen (Fn. 8), Rn. 411.
- 119 Vgl. Hunold, NZA-RR 2000, 169 (174): Zwei-Jahres-Frist "in vielen (freiwilligen) Betriebsvereinbarungen über die Entfernung verjährter Abmahnungen aus der Personalakte zugrunde gelegt
- 120 BAG (Fn. 38), Rn. 43; Kleinebrink, DB 2012, 1508 (1510); Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617 (620)
- 121 Kleinebrink, DB 2012, 1508 (1510); Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617
- 122 Dazu oben III.2.a) (S. 81); vgl. Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617 (620).
- 123 Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 4a Rn. 19 ff. 124 Dzida/Grau, ZIP 2012, 504 (508); Gola/Schomerus (Fn. 123), § 3 Rn. 26.
- 125 BAG (Fn. 38), Rn. 27 ff.
- 126 Vgl. Beck (Fn. 22), S. 227 t.; Dzida/Grau, ZIP 2012, 504 (508 f.); Gola/Schomerus (Fn. 123), § 35 Rn. 13.