



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für November 2021 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil erhalten Sie einen Überblick über die aktuell geltenden Regelungen der 4. Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung.

Im zweiten Teil sah das Bundesarbeitsgericht in einer aktuellen Entscheidung den Beweiswert der AU-Bescheinigung bei einer Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses erschüttert.

Die Tipps im November 2021 beschäftigen sich mit der Frage, ob ein Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht.

---

## Inhalt

---

1. **Kurzarbeitergeld – Update bis 31.12.2021**
2. **Erschütterung des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung**  
(BAG vom 08.09.2021 – 5 AZR 149/21)
3. **Tipps: Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte**

---

## Kurzarbeitergeld – Update bis 31.12.2021

---

Nachdem in der Hochphase im April 2020 über 600.000 Betriebe mit knapp 6 Millionen Mitarbeitern in **Kurzarbeit** waren, befanden sich Mitte des Jahres 2021 immer noch knapp 1 Million Menschen in ca. 150.000 Betrieben in konjunktureller Kurzarbeit (*Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Datenstand: September 2021*).

Kurzarbeit hat sich damit als eines der wichtigsten Instrumente zur Bewältigung der Coronakrise gezeigt. Dies liegt unter anderem daran, dass der Gesetzgeber eine Vielzahl an Erleichterungen beim Kurzarbeitergeld, unter anderem mit dem **Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld** vom 13.03.2020 (BGBl. I 2020, Seite 493 f.) und der zugehörigen **Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit (KugV)** vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, Seite 595) geschaffen hat.

Die ursprünglich bis 31.12.2020 befristeten Erleichterungen wurden durch die 2. und 3. Verordnung über die Erleichterung des Kurzarbeitergeldes unter bestimmten Voraussetzungen verlängert. Mit der **aktuellen 4. Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung** werden nun die Zugangserleichterungen auf alle Betriebe, unabhängig vom Zeitpunkt der Einführung der Kurzarbeit ausgeweitet.

Im Folgenden erhalten Sie einen Überblick über die aktuell geltenden Regelungen

### Erleichterungen der Kurzarbeit nach der KugV – Gültig ohne Einschränkung, jetzt bis 31.12.2021

Nach § 95 SGB III wird Kurzarbeitergeld gewährt, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt und weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Erheblich ist ein Arbeitsausfall insbesondere dann, wenn er im Bezugszeitraum **nicht vermeidbar** ist und **eine bestimmte Quote im Betrieb erreicht**.

Nach den Erleichterungen in der Kurzarbeitergeldverordnung

- müssen zur Gewährleistung der Unvermeidbarkeit rückwirkend seit 01.03.2020 keine negativen Arbeitszeitsalden aufgebaut werden (§ 1 Nr. 2 KugV) und

- es genügt seit 01.03.2020 für die Erfüllung der betrieblichen Quote, wenn mindestens ein Zehntel der beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sind (§ 1 Nr. 1 KugV).

Außerdem kann nach § 3 KugV auf Grundlage von § 11a AÜG auch **in der Zeitarbeit** Kurzarbeit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eingeführt werden (ansonsten nach § 11 AÜG ausgeschlossen).

Die vorstehenden Erleichterungen waren bereits durch die 1. Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 21.10.2020 bis Ende 2021 verlängert worden, allerdings jeweils unter der Voraussetzung, dass die Kurzarbeit bis zu einem bestimmten Stichtag (31.03., 30.06. und zuletzt 30.09.2021) eingeführt wurde. **Durch die 4. KugVÄndV gilt die Verlängerung nunmehr unabhängig davon, bis wann Kurzarbeit eingeführt wurde.**

Für die **Beiträge zur Sozialversicherung** enthält die Kurzarbeitergeldverordnung vom 25.03.2020 ebenfalls eine ganz wesentliche Erleichterung für Arbeitgeber.

Dem Arbeitgeber werden nach § 2 Abs. 1 KugV die von ihm während des Bezugs von Kurzarbeitergeld allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form erstattet.

Die Erstattung der vollen Sozialversicherungsbeiträge galt zunächst von 31.03. bis 31.12.2020 und wurde durch die Änderungsverordnung im Laufe des Jahres 2021 ebenfalls bis 31.12.2021 verlängert. Allerdings sahen die Regelungen im Laufe des Jahres 2021 vor, dass nur für die Zeit bis 30.06. bzw. bis 30.09.2021 eine Erstattung in voller Höhe, für das restliche Jahr dagegen lediglich in Höhe von 50 % erfolgen sollte.

Durch die 4. KugVÄndV wurde nunmehr die **Erstattung in voller Höhe auf das gesamte Kalenderjahr 2021** ausgedehnt.

### Erhöhtes Kurzarbeitergeld

Die Berechnung des Kurzarbeitergeldes richtet sich nach der sogenannten Netto-Entgelt-Differenz, das heißt nach dem Unterschiedsbetrag zwischen den sich aus der Kurzarbeitergeld-Ta-

belle ergebenden, rechnerischen Leistungssätzen für das Soll-Entgelt und das Ist-Entgelt. Für Arbeitnehmer, die beim Arbeitslosengeld die Voraussetzungen für den erhöhten Leistungssatz erfüllen würden (Kind im einkommensteuerrechtlichen Sinne), beträgt das Kurzarbeitergeld 67 % der Netto-Entgelt-Differenz. Für die übrigen Mitarbeiter 60 %.

Nach § 421c Abs. 2 SGB III (Sozialschutz-Paket II) beträgt das Kurzarbeitergeld **bis zum 31.12.2021**

- für Arbeitnehmer mit Kind, ab dem 4. Bezugsmonat 77 % und ab dem 7. Bezugsmonat 87 %,
- für die übrigen Arbeitnehmer ab dem 4. Bezugsmonat 70 % und ab dem 7. Bezugsmonat 80 % der Netto-Entgelt-Differenz im Anspruchszeitraum,

**wenn der Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.03.2021 entstanden ist** und wenn die Differenz zwischen Soll- und Ist-Entgelt im jeweiligen Bezugszeitraum mindestens 50 % beträgt. Für die Berechnung der Bezugsmonate sind Monate mit Kurzarbeit ab März 2020 zu berücksichtigen.



#### **Hinweise zum Antragsverfahren – vorübergehende Regelungen zum Kurzarbeitergeld (Bundesagentur für Arbeit)**

- Die Regelung in § 421c Abs. 2 SGB III sieht eine arbeitnehmerbezogene Betrachtung der Bezugsdauer vor. Insofern ist für jeden Beschäftigten für die Entscheidung über die Höhe des zustehenden Leistungssatzes zu prüfen, in welchem individuellen Bezugsmonat sich der Beschäftigte seit März 2020 befindet.
- Die Bezugsmonate müssen dabei nicht zusammenhängen, solange sie im Zeitraum von März 2020 bis Dezember 2021 liegen.
- Dies gilt auch für Beschäftigte, die nach Bezug von Kurzarbeitergeld **den Betrieb wechseln** und dort erneut Kurzarbeitergeld beziehen.
- Ohne dass sich dies unmittelbar aus dem Gesetzestext ergibt, werden nach Ansicht der Bundesagentur für Arbeit auf die Zahl der Bezugsmonate auch die Monate angerechnet, in denen die Nettoentgeltdifferenz weniger als 50 % betragen hat.

#### **Anrechnung von Nebeneinkommen nach dem Sozialschutz-Paket I & II und dem Beschäftigungssicherungsgesetz**

Erzielt der Arbeitnehmer für Zeiten des Arbeitsausfalls wegen Kurzarbeit ein **Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung**, selbständigen Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger (unabhängig ob versicherungspflichtig oder geringfügig), ist dieses Einkommen auf das Kurzarbeitergeld durch fiktive Erhöhung des Ist-Entgelts nach § 106 Abs. 3 SGB III anzurechnen.

Durch das Sozialschutz-Paket vom 27.03.2020 wurde zunächst geregelt, dass in der Zeit von 01.04.2020 bis 31.10.2020 Entgelt aus einer anderen während des Bezugs von Kurzarbeit aufgenommenen Beschäftigung **in sogenannten systemrelevanten Branchen** und Berufen dem Ist-Entgelt nicht hinzugerechnet wird, wenn es sich in gewissen Grenzen hält. Durch das Sozialschutz-Paket II wurde unabhängig von der Branche oder Beruf die Anrechnung bis 31.12.2020 ausgeschlossen, wenn zusammen mit der ursprünglichen Beschäftigung das Soll-Entgelt nicht überschritten wurde.

Nach § 421c Abs. 1 SGB III (i.d.F. des Beschäftigungssicherungsgesetzes vom 03.12.2021) wird in der Zeit von 01.01. bis 31.12.2021 abweichend von § 106 Abs. SGB III Entgelt aus einer geringfügigen Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, die während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommen worden ist, dem Ist-Entgelt nicht hinzugerechnet. Auf die Branche oder den Beruf kommt es nicht an.

#### **Bezugsdauer des Kurzarbeitergeldes**

Nach § 104 Abs. 1 SGB III wird Kurzarbeitergeld seit 01.01.2016 für eine **Dauer von längstens zwölf Monaten** von der Agentur für Arbeit geleistet.

Nach § 109 Abs. 1 Nr. 2 SGB III kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrates nicht bedarf, die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld über die gesetzliche Bezugsdauer hinaus, bis zur Dauer von 24 Monaten verlängern, wenn außergewöhnliche Verhältnisse auf dem gesamten Arbeitsmarkt vorliegen.

Mit der „**Zweiten Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung (2. KugBeV)**“ vom 12.10.2020 wurde die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld für solche Arbeitnehmer verlängert, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.12.2020 entstanden ist. Diese können über die zwölfmonatige Bezugsdauer hinaus bis zu 24 Monate, längstens bis zum 31.12.2021 Kurzarbeitergeld in Anspruch nehmen.

---

Erschütterung des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung  
(BAG vom 22.07.2021 – 2 AZR 193/21)

---

Wird ein Arbeitnehmer durch **Arbeitsunfähigkeit in Folge Krankheit** an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er nach § 3 Abs. 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.

Nach § 5 Abs. 1 EFZG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine **ärztliche Bescheinigung** über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen.

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob der Arbeitgeber **in bestimmten Konstellationen die vom Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung anzweifeln** und die Entgeltfortzahlung zurückhalten kann. In einer aktuellen Entscheidung sah das BAG den Beweiswert der AU-Bescheinigung erschüttert, bei einer Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses.



### Beispiel

*Die Arbeitnehmerin war beim Arbeitgeber seit Ende August 2020 als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Am 05.02.2021 kündigte die Arbeitnehmerin selbst das Arbeitsverhältnis (unter Einhaltung der einschlägigen Kündigungsfrist) zum 19.02.2021. Noch am Tag der Kündigung legte die Arbeitnehmerin eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ihres behandelnden Arztes vor, die eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 19.02.2021 attestierte.*

*Der Arbeitgeber verweigerte die Entgeltfortzahlung. Aus seiner Sicht sei der Beweiswert der AU-Bescheinigung erschüttert, weil diese genau die Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses nach der Eigenkündigung der Arbeitnehmerin abdecken würde.*

*Die Arbeitnehmerin erhob hierauf Klage auf Zahlung der Entgeltfortzahlung. Ihr stehe der Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu, da sie ordnungsgemäß krankgeschrieben gewesen wäre.*

### Nachweis der Arbeitsunfähigkeit

Nach den allgemeinen **zivilrechtlichen Beweislastregeln** muss der Arbeitnehmer, der einen Entgeltfortzahlungsanspruch fordert, darlegen und ggfs. beweisen, dass er arbeitsunfähig erkrankt ist.

Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungs- und Beweislast im Allgemeinen aber zunächst bereits dadurch, dass er eine ordnungsgemäße Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt, die den Anforderungen der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien entspricht.

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das gesetzlich vorgesehene Beweismittel für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und begründet daher **eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit** (ständige Rechtsprechung des BAG).

### Erschütterung des Beweiswerts

Einer AU-Bescheinigung (eines deutschen Arztes) kommt keine gesetzliche Vermutung zu. Möchte der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung anzweifeln, genügt es daher, wenn er den **Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert**.

Er muss daher (im Rechtsstreit) tatsächliche Umstände darlegen und ggfs. beweisen, die zu **ernsthaften Zweifeln an der behaupteten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Anlass** geben.

Solche ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit können sich z.B. ergeben, wenn

- der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit ankündigt,
- er für den Fall der Nichterteilung von Urlaub mit Arbeitsunfähigkeit droht,
- er anderweitig Schwarzarbeit verrichtet oder auf der Eigenheimbaustelle arbeitet.

Gelingt es dem Arbeitgeber durch den Vortrag tatsächlicher Umstände ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit darzulegen und zu beweisen, hat der Arbeitnehmer seinerseits substantiiert vorzutragen und zu beweisen, dass er

arbeitsunfähig war. Hierzu wird er insbesondere seinen Arzt von der Schweigepflicht entbinden müssen, damit eine Vernehmung des behandelnden Arztes möglich ist.

### **BAG vom 08.09.2021 – 5 AZR 149/21**

In seiner Entscheidung vom 08.09.2021 musste sich das Bundesarbeitsgericht ebenfalls mit der Frage auseinandersetzen, ob der Beweiswert einer durch den Arzt als Erstbescheinigung ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert war.

Die Besonderheit im entschiedenen Fall lag darin, dass (wie im Beispielfall) die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom Tag der Eigenkündigung durch die Arbeitnehmerin „passgenau“ die Dauer der Kündigungsfrist umfasste. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts könne dies ernsthafte Zweifel an der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit begründen.

Im Ergebnis hatte das Bundesarbeitsgericht (nachdem die Vorinstanzen der Klage zunächst stattgegeben und den Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung verurteilt hatten) die Klage abgewiesen, da die Mitarbeiterin im Prozess ihrer Darlegungslast zum Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit nicht hinreichend konkret nachgekommen war. Sie hatte lediglich pauschal vorgetragen,

sie wäre ordnungsgemäß krankgeschrieben gewesen und hätte vor einem Burn Out gestanden.



### **Hinweis**

Die vorgenannten Grundsätze zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast gelten nicht bei einer von einem **ausländischen Arzt im EU-Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung**.

Die in Deutschland gültigen Grundsätze zur Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wären nach Ansicht des EuGH mit europäischem Recht nicht vereinbar, weil ein Arbeitnehmer, der in einem anderen Mitgliedsstaat arbeitsunfähig geworden sei, Beweisschwierigkeiten habe, die das Gemeinschaftsrecht gerade vermeiden wolle.

Im Ergebnis muss daher der Arbeitgeber den Missbrauch oder Betrug im Zusammenhang mit der Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung **durch einen Vollbeweis nachweisen**. Es genügt also nicht, dass lediglich Umstände für ernsthafte Zweifel an der AU-Bescheinigung im europäischen Ausland vorgebracht werden.

---

## Tipps: Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte

---

Anders als im Beamtenrecht (§ 106 Abs. 1 BBG) ist der **Begriff der Personalakte für die Privatwirtschaft** gesetzlich nicht definiert, wird aber in verschiedenen Vorschriften vorausgesetzt (z.B. Einsichtsrecht in § 83 BetrVG). Der Arbeitgeber ist gesetzlich nicht verpflichtet, eine formelle Personalakte zu führen. Entschließt er sich allerdings, wie in der Arbeitswelt üblich, (freiwillig) dazu, eine Personalakte anzulegen, muss er verschiedene Grundsätze, unter anderem die **Grundsätze der Vollständigkeit und Richtigkeit der Personalakte**, beachten.

In der Praxis besteht immer wieder Streit darüber, ob der Arbeitnehmer die **Entfernung bestimmter Dokumente aus der Personalakte**, z.B. die Entfernung einer Abmahnung, verlangen kann. Seit Inkrafttreten der DS-GVO spielen hier auch datenschutzrechtliche Erwägungen eine wichtige Rolle.

Aktuell beschäftigt die Gerichte vor allem die Frage, ob an der bisherigen Rechtsprechung des BAG festgehalten werden kann, wonach dem Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich kein Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung (mehr) zusteht.

### Vollständigkeit und Richtigkeit der Personalakte

#### ➤ Vollständigkeit der Personalakte

Führt der Arbeitgeber eine formelle Personalakte, hat der Arbeitnehmer grundsätzlich einen **Anspruch auf Vollständigkeit**, der von der Rechtsprechung aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entwickelt wurde.

Die Personalakte soll eine zutreffende Beschreibung des Arbeitnehmers bilden und ein möglichst objektives Bild über den Arbeitnehmer ergeben. Daher ist der Arbeitnehmer z.B. berechtigt, vom Arbeitgeber die **Aufnahme einer Gendarstellung** zur einer Abmahnung in die Personalakte zu verlangen. Unabhängig von der Rechtsprechung ergibt sich dieses Recht auch aus § 83 Abs. 2 BetrVG.

Seit Inkrafttreten der DS-GVO besteht korrespondierend hierzu nach Art. 16 DS-GVO das Recht, die Vervollständigung unvollständiger personenbezogener Daten – auch mittels einer ergänzenden Erklärung – zu verlangen.

#### ➤ Richtigkeit der Personalakte

Die Angaben und Unterlagen in der Personalakte müssen ein zutreffendes Bild über den Beschäftigten ergeben. Dies gilt sowohl für Tatsachen als auch für Werturteile. Der Arbeitnehmer kann daher die **Korrektur unzutreffender** oder die **Entfernung unzulässiger** (insbesondere falscher) **Angaben** verlangen (z.B. BAG vom 27.11.1985 – 5 AZR 101/84).

Auch zu dem Grundsatz der Richtigkeit der Personalakte korrespondiert das Recht nach Art. 16 DS-GVO von dem Verantwortlichen (hier: vom Arbeitgeber) die unverzügliche Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten zu verlangen.

### Löschungsanspruch aus Art. 17 DS-GVO

Nach Artikel 17 Abs. 1 DS-GVO kann die betroffene Person von dem Verantwortlichen verlangen, dass personenbezogene Daten unverzüglich gelöscht werden, u.a. wenn sie für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind.

Angaben in einer Abmahnung sind (unstreitig) **personenbezogene Daten im Sinne der DS-GVO**, sodass der Löschungsanspruch grundsätzlich gegeben wäre. Nach Art. 17 Abs. 3 DS-GVO gilt die Löschverpflichtung nicht, soweit gesetzliche Aufbewahrungsfristen bestehen. Im Arbeitsverhältnis sind hier insbesondere sozialversicherungs- und steuerrechtliche Vorschriften zu beachten.

### Entfernung Abmahnung nach Ende des Arbeitsverhältnisses?

In der Rechtsprechung ist immer wieder umstritten, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf hat, dass eine (rechtmäßig oder unrechtmäßig) erteilte Abmahnung **nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses** aus der Personalakte gelöscht werden muss.

Das Bundesarbeitsgericht hat bisher stets vertreten, dass ein Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig keinen Anspruch mehr auf Entfernung, selbst einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte habe. Ein solcher Anspruch könne nur aus-

nahmsweise gegeben sein, wenn objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Abmahnung dem Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schaden könne (BAG vom 19.04.2012 – 2 AZR 233/11, Rn. 51).

Bezüglich einer fehlerhaften Abmahnung könne der Entfernungsanspruch ausnahmsweise gegeben sein, wenn objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Abmahnung den Arbeitnehmer auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schädigen kann (LAG Sachsen vom 14.01.2014 – 1 Sa 266/13).

### Änderung der Rechtsprechung aufgrund § 16 DS-GVO?

Ob die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Hinblick auf Art. 16 DS-GVO (Berichtigungsanspruch unrichtiger personenbezogener Daten) und der Löschverpflichtung nach Art. 17 DS-GVO noch aufrecht erhalten werden kann, ist umstritten.

Zwischenzeitlich bestehen auch unterschiedliche Entscheidungen zweier Landesarbeitsgerichte:

- Das **LAG Sachsen-Anhalt** ist der Ansicht, dass der Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte, sich als Fall der Löschung aus Art. 17 Abs. 1 DS-GVO ergebe und damit der Arbeitnehmer die Entfernung einer Abmahnung stets dann verlangen könne, wenn sie nicht mehr benötigt werde.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte auf den Löschungsanspruch des Arbeitnehmers keine Auswirkung. Vielmehr würde der Zweck einer Abmahnung gerade mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfallen, sodass unmittelbar die Löschungsverpflichtung aus Art. 17 DS-GVO ausgelöst würde (LAG Sachsen-Anhalt vom 23.11.2018 – 5 Sa 7/17).

- Nach Ansicht des **LAG Niedersachsen** dagegen sei weiterhin an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts festzuhalten, wonach der Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig nicht bestehe.

Datenschutzrechtliche Änderungen im Zusammenhang mit der DS-GVO führten jedenfalls bei in Papierform geführten Personalakten zu keiner Änderung der Rechtslage (LAG Niedersachsen vom 04.05.2021 – 11 Sa 1180/20).

Nach Ansicht des LAG Niedersachsen bestünden für den Anwendungsbereich der noch traditionell in Papierform geführten Personalakten bereits erhebliche Zweifel, ob oder wie weit diese überhaupt vom Regelungsbereich der DS-GVO erfasst würden.

Zum anderen bestimme sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nach § 26 BDSG. Im BDSG würden spezifische Löschvorschriften für das Beschäftigungsverhältnis fehlen. § 35 BDSG verweise zwar im Grundsatz auf Art. 17 DS-GVO, sehe aber als Ausnahme vor, dass bei unverhältnismäßig hohem Aufwand der Löschung anstelle einer Löschung die Einschränkung der Verarbeitung trete. Art. 17 Abs. 3 DS-GVO mache einen generellen Vorbehalt zugunsten gesetzlicher Aufbewahrungsfristen. Dem Arbeitgeber sei daher nicht zuzumuten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Personalakte danach zu sortieren, welche Inhalte einer Aufbewahrungspflicht unterliegen würden und welche Inhalte sofort gelöscht werden müssten (LAG Niedersachsen vom 04.05.2021 – 11 Sa 1180/20).



#### Hinweis

Wegen der divergierenden Entscheidungen hat das LAG Niedersachsen die Revision zum Bundesarbeitsgericht ausdrücklich zugelassen.

Ob Revision zwischenzeitlich eingelegt wurde, ist bisher nicht bekannt.

Sobald eine Entscheidung des BAG in dieser oder paralleler Angelegenheit vorliegt, informieren wir Sie selbstverständlich an dieser Stelle.

#### Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH  
Nordostpark 16  
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0  
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99  
[www.arbeitsrecht-beck.de](http://www.arbeitsrecht-beck.de)  
[info@arbeitsrecht-beck.de](mailto:info@arbeitsrecht-beck.de)