



Inhalt

Grundsätze	1
Die verhaltensbedingte Kündigung	2
Die personenbedingte Kündigung	4
Abmahnung wegen Minderleistung	5
Zusammenfassung	5
Checkliste für den Arbeitgeber	6
Rechtsprechung	6
Fallen im Arbeitsrecht	8

Editorial



**Liebe Leserin,
lieber Leser,**

ein viel diskutiertes und stets brisantes Thema im Falle einer Kündigung ist die Frage: „Durfte der Arbeitgeber kündigen?“, was juristisch so viel heißt wie: „Hatte der Arbeitgeber einen Kündigungsgrund?“, sofern das Gesetz einen solchen verlangt. Im deutschen Arbeitsrecht gibt es, vereinfacht gesagt, nur drei Kündigungsgründe. An diese Kündigungsgründe werden – anders als in anderen Rechtsgebieten – besonders hohe Anforderungen gestellt, da ein Arbeitsvertrag und das damit verbundene Arbeitsverhältnis einen ganz enormen Stellenwert für den Arbeitnehmer als Vertragspartner hat, mit dem erhebliche soziale Verpflichtungen einhergehen. Dieser Themenbrief widmet sich vorwiegend dem Problem einer „Kündigung wegen Minderleistung“, also der Frage, ob der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter kündigen darf, weil dieser erheblich weniger leistet als vergleichbare Mitarbeiter. Es kommt natürlich sowohl eine quantitative als auch eine qualitative Minderleistung in Betracht. Dies ist in wirtschaftlich schwierigen Zeiten ein missliches Thema, denn viele Unternehmen wollen sich, nach vielleicht verschiedenen, bislang nicht ausreichenden Sparmaßnahmen, von Mitarbeitern trennen. Als logische Konsequenz wird oft die Kündigung der leistungsschwachen Mitarbeiter gezogen. Im Folgenden erfahren Sie, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Kündigung gerechtfertigt ist.

Ihr

Herausgegeben von Jean-Martin Jünger,
Kanzlei für Arbeitsrecht, Rechtsanwalt, Lehr-
beauftragter FH Heidelberg und BA Mannheim,
Fachautor, Referent für Arbeitsrecht,
Gruppenmoderator „Arbeitsrecht“ XING

Kündigung wegen Minderleistung

Grundsätze

Die Weltwirtschaftskrise bahnt sich ihren Weg durch den Arbeitsmarkt. Die Auswirkungen werden immer deutlicher. In vielen Unternehmen steht das „Sparprogramm“ hoch im Kurs. Dieses wirkt sich v. a. auf die Arbeitsplätze aus. Oft können Arbeitsplätze durch Einführung von Kurzarbeit „gerettet“ werden. Oft versuchen Arbeitgeber aber gerade in solchen Zeiten, Mitarbeiter zu entlassen. Für die Unternehmen ist es natürlich am vorteilhaftesten, sich von den leistungsschwächeren Mitarbeitern zu trennen. Derzeit wird daher vielfach über den Umgang mit dem sogenannten „Low Performer“ innerhalb eines Unternehmens diskutiert. Das sogenannte neudeutsche Modewort schleicht durch die Arbeits- und Wirtschaftswelt und beschäftigt die Rechtsprechung.

Aber was genau versteht man unter dem Begriff des „Low Performers“?

Zunächst einmal stellt sich natürlich die Frage, wie es dazu kommt, dass ein Mitarbeiter, der vielleicht jahrelang sehr zuverlässig gute oder zumindest durchschnittlich vergleichbare Arbeit geleistet hat, plötzlich zu einem „Low Performer“ degradiert wird. Anhand welcher Kriterien kann ein Vorgesetzter die Abstufung zu einem „Low Performer“ festmachen und was versteht man unter dieser Form der Arbeitsleistung, handelt es sich um Schlecht- oder Minderleistung?

Vergleichbar leistungsschwächere Mitarbeiter werden oft als Hemmnis der Unternehmensstruktur, der Wirtschaftlichkeit und der Wettbewerbsfähigkeit erachtet. Als „Low Performer“ werden solche Mitarbeiter bezeichnet, die dauerhaft an sie gestellte Anforderungen an die Leistungsfähigkeit nicht erfüllen können oder wollen. Es handelt sich um Mitarbeiter, die kontinuierlich im Vergleich mit anderen Mitarbeitern auf „gleicher“ Position erheblich weniger leisten.

■ Beispiel:

Ein Arbeitgeber beanstandet, dass einer seiner Kraftfahrer für die täglichen Auslieferungsfahrten bis zu fünf Stunden und ca. 60 bis 90 km mehr als seine Kollegen benötigt. Er kündigt deshalb das Arbeitsverhältnis wegen dauerhafter Schlechtleistung (vgl. Sachverhalt zum Urteil des LAG Nürnberg vom 12.06.2007 6 Sa 37/07 NJW-Spezial, 2007, 580).

■ Begriffe:

Eine Minderleistung liegt vor, wenn die durch den Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsmenge unzureichend ist, also ein Fehler in der Quantität der Arbeitsleistung vorliegt.

Eine Schlechtleistung liegt vor, wenn die Beschaffenheit der durch den Arbeitnehmer erbrachten Leistung unzureichend ist, also ein Fehler in der Qualität der Arbeitsleistung gegeben ist. Stellt eine solche Minder- oder Schlechtleistung eine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung dar, so können durchaus entsprechende Sanktionen (Kündigung im schlimmsten Fall) folgen. All dies sowie die möglichen Konsequenzen werden im Folgenden kurz erläutert.



Die Grundvoraussetzungen einer Kündigung

Es muss zunächst einmal festgehalten werden, dass Sie als Arbeitgeber grundsätzlich nur dann einen Kündigungsgrund angeben müssen, wenn das Gesetz dies verlangt, andernfalls müssen Sie prinzipiell keinen Kündigungsgrund angeben. Es besteht dementsprechend nur dann Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG), wenn, wie § 1 KSchG es vorschreibt, das Arbeitsverhältnis im Betrieb oder Unternehmen

- 1. länger als sechs Monate bestanden hat**
- 2. und der Betrieb mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt.**

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kommen im deutschen Arbeitsrecht drei mögliche Kündigungsgründe zum Tragen, wie es § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorgibt:

1. Gründe, die im Verhalten der Person liegen
2. Gründe, die in der Person selbst liegen
3. betriebsbedingte Kündigungen

Wenn dem stets minderleistenden Arbeitnehmer („Low Performer“) nun aufgrund seiner vermeintlichen Minderleistung gekündigt wird, so ist es fraglich, als was dieser Kündigungsgrund dem Gesetz nach zu qualifizieren ist und ob es überhaupt möglich ist, einem leistungsschwächeren Arbeitnehmer aufgrund der Minderleistung wirksam zu kündigen.

Leistet nun der eine Arbeitnehmer regelmäßig viel weniger als ein vergleichbarer Arbeitnehmer aus dem gleichen Betrieb, indem er beispielsweise für die Prüfung verschiedener Komponenten regelmäßig eine Stunde benötigt, wohingegen ein vergleichbarer Mitarbeiter mehr als das Doppelte benötigt, so leistet er erheblich weniger als sein Kollege. Ob und inwieweit es sich dann um eine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung handelt, hängt von der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung ab.

Die Frage nach den Voraussetzungen und den Bedingungen einer Kündigung wegen Minderleistung beschäftigt die Rechtsprechung schon seit Jahren und ist auch weiterhin zunehmend zu erwarten.

Nach der Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur quantitativen Minderleistung im Jahr 2003 (BAG,

Urteil vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, in NJW 2004, 254), welche 2004 bestätigt wurde (BAG, Urteil vom 03.06.2004 – 2 AZR 386/03), hat das BAG nun erstmals eine Entscheidung zur Kündigung wegen qualitativer Minderleistung getroffen (BAG, Urteil vom 17.01.2008 – 2 AZR 536/06; Sachverhalt im Anschluss).

Seit dem Urteil des BAG vom 11.12.2003 ist nunmehr anerkannt, dass eine Minderleistung eine Kündigung durchaus rechtfertigen kann.

In Betracht kommt dann sowohl eine verhaltensbedingte als auch eine personenbedingte Kündigung, je nach Ursache der Minderleistung.

Hinweis:

Sollten Sie mit dem Gedanken spielen, den sogenannten „Low Performer“ nicht mehr länger beschäftigen zu wollen, so sollten Sie frühzeitig eine wirksame Abmahnung aussprechen. Nur dann kann eine verhaltensbedingte Kündigung wegen ungenügender Arbeitsanstrengung Erfolg haben.

Um eventuellen Problemen aus dem Weg zu gehen, sollten Sie immer daran denken, vielleicht zunächst das Gespräch mit dem Arbeitnehmer zu suchen, um den Ursachen für seine Minderleistung auf den Grund zu gehen.

Die verhaltensbedingte Kündigung

Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt eine vom Arbeitnehmer zu vertretende Pflichtverletzung voraus, die so schwerwiegend ist, dass dem Arbeitgeber bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar wird.

Grundsätzlich ist bei einer verhaltensbedingten Kündigung im Rahmen der Prüfung des „Ultima-Ratio-Prinzips“ (vermeintlich letztmögliche Lösung) eine vorangegangene rechtzeitige und deutliche Abmahnung durch den Arbeitgeber erforderlich (BAG, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969).

Das BAG hält eine Abmahnung immer dann für erforderlich, wenn ein steuerbares Verhalten vorliegt. Dem Arbeitnehmer soll durch eine Abmahnung die Möglichkeit gegeben werden, sein Verhalten zu überdenken und zu ändern. Zudem soll dem möglichen Einwand des Arbeitnehmers, er habe die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht gekannt oder zumindest nicht damit rechnen müssen, dass der Arbeitgeber dieses Verhalten als so schwerwiegend ansehe, dass er sich zu einer Kündigung veranlasst sehe, entgegnet werden können.



Richtigerweise ist eine Abmahnung nur dort entbehrlich, wo dem Arbeitnehmer klar sein müsste, dass der Arbeitgeber einen solchen Verstoß gegen Verhaltenspflichten nicht hinnehmen wird (BAG AP Nr. 163 zu § 626 BGB; AP Nr. 54 zu § 1 KSchG 1969).

■ Minderleistung als verhaltensbedingter Kündigungsgrund

Um überhaupt feststellen zu können, ob hier eine Pflichtverletzung in der Minderleistung zu sehen ist, also ob überhaupt eine Minderleistung gegeben ist, muss erfasst werden, welche Leistung der Arbeitnehmer vertraglich schuldet. Nach der bereits erwähnten Entscheidung des BAG (vom 17.01.2008, 2 AZR 536/06) kommt es nämlich auf die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung an. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass Arbeitnehmer nur dann ihrer Pflicht genügen, wenn sie unter „angemessener Ausschöpfung ihrer persönlichen Leistungsfähigkeit“ arbeiten. Ist dem nicht so, erfüllen sie ihre Pflicht zur Arbeitsleistung nur schlecht und gelten als Minderleister oder „Low Performer“.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist das ein Kündigungsgrund. Dazu im Einzelnen wie folgt:

■ Feststellung der geschuldeten Arbeitsleistung

Die Feststellung der geschuldeten Leistung ist oft schwierig. Die §§ 611 Abs. 1, 613 Satz 1 BGB bestimmen, dass der Arbeitnehmer zur Leistung der versprochenen Dienste im Zweifel in Person verpflichtet ist. Mehr kann aus dem Gesetzeswortlaut nicht entnommen werden. Dies sagt jedoch nichts über die Qualität und die Quantität der geschuldeten Arbeitsleistung aus. Folglich erscheint es problematisch, den Maßstab zu finden, der angelegt werden sollte, um Qualität und Quantität der geschuldeten Arbeitsleistung festzustellen und damit das Vorliegen einer Minder- oder Schlechtleistung zu bestimmen. Es haben sich jedoch aufgrund genau dieses Problems verschiedene Lösungsansätze entwickelt, die – um den Rahmen dieser Abhandlung nicht gänzlich zu sprengen – nur kurz angerissen werden sollen:

Das Vorliegen einer Minder- bzw. Schlechtleistung soll vorrangig nach den Vereinbarungen im Arbeitsvertrag beurteilt werden. Häufig werden aber Quantität und Qualität der Leistung auch im Arbeitsvertrag nicht näher beschrieben sein, sodass auf weitere Kriterien abgestellt werden muss. Viele Stimmen in der Literatur vertreten die Ansicht, dass ein objektiver Maßstab zur Bestimmung der Leistungspflicht herangezogen werden müsse. Einige gehen davon aus, dass der Arbeitnehmer lediglich eine Leistung „mittlerer Art und Güte“ schulde.

Die Erfüllung dieser Leistungspflicht könne sich aber in Anlehnung an die Grundsätze des allgemeinen Schuldrechts nur nach objektiven Kriterien bestimmen. Der Arbeitgeber habe sogar einen Anspruch auf eine objektive Normalleistung des Arbeitnehmers.

Demgegenüber schlägt eine andere Meinung der Literatur vor, die Leistungspflicht des Arbeitnehmers solle ausschließlich nach dem Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes zu bestimmen sein, welches der Arbeitgeber zuvor durch seine Festlegungen (konkrete Weisungen oder schriftliche Beschreibung) bestimmt hat.

Das BAG sagt hingegen dazu Folgendes:

Nach Auffassung des BAG schuldet der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber eine „individuelle Normalleistung“. Das BAG hat in seinem bereits erwähnten Grundsatzurteil vom 11.12.2003 (2 AZR 667/02) festgestellt, dass die Beurteilung einer Minder- oder Schlechtleistung durch das subjektive Leistungsvermögen des Arbeitnehmers bestimmt werden müsse. Danach richte sich der Inhalt der Leistungspflicht zum einen nach den vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festgesetzten Vorgaben und zum anderen nach der subjektiven Leistungsfähigkeit. Unter Anwendung des subjektiven Leistungsmaßstabs hat der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit in angemessener Weise auszuschöpfen.

Insoweit formuliert das BAG in einer Art Faustformel: „Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann.“ (vgl. BAG 11.12.2003, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969).

Somit liegt nach Ansicht des BAG eine Vertragsverletzung (im Sinne eines verhaltensbedingten Kündigungsgrunds) vor, wenn der Arbeitnehmer sein individuelles Leistungsvermögen für nicht unerheblich kurze Zeit schuldhaft auch nur in geringem Umfang unterschreitet.

Aber wie kann der Arbeitgeber das nicht vollständig ausgeschöpfte Leistungsvermögen des Arbeitnehmers nachweisen?

Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast im Fall einer Kündigung. Er hat die Tatsachen (darzulegen und) zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

Daraus ergibt sich das größte Problem in der Praxis:

Der Arbeitgeber kann meist nicht nachweisen, dass der Arbeitnehmer sein individuelles Leistungsvermögen nicht voll ausschöpft, obwohl der Arbeitgeber nach den allgemeinen Beweislastregeln (in einem Prozess) verpflichtet ist.



Diese Situation hat das BAG erkannt und versucht ihr abzu-
helfen:

Das BAG löst den Konflikt zwischen subjektiv möglicher und
objektiv vergleichbarer Leistung mithilfe einer abgestuften
Darlegungs- und Beweislastregelung:

Zunächst sind Sie als Arbeitgeber verpflichtet, alle Tatsachen
bezüglich der vermuteten Minder- oder Schlechtleistung
vorzutragen, die in dem für Sie erkennbaren Sachverhalt
liegen. Können Sie dabei nur objektiv messbare Arbeitser-
gebnisse anführen, genügen Sie Ihrer Darlegungslast, wenn
Sie substantiiert vortragen, dass die Leistung des gekündigten
Arbeitnehmers die Durchschnittsleistung erheblich unter-
schreitet. Im Gegenzug muss der Arbeitnehmer folglich
darlegen, dass er trotz seiner Unterschreitung der objektiven
Durchschnittsleistung dennoch seine subjektive Leistungsfä-
higkeit stets vollständig ausschöpft. Kommt er dem nicht
nach, so gilt das schlüssige Vorbringen Ihrerseits als zuge-
standen (§ 138 III ZPO). Kommt der Arbeitnehmer aber seiner
Darlegungslast nach, müssen Sie Ihrerseits wiederum den
Vortrag des Arbeitnehmers substantiiert entkräften und
versuchen zu widerlegen.

Somit sind laut BAG die oben genannten Beweislastregeln
anzuwenden, wenn der Arbeitgeber substantiiert (ausrei-
chend) vorträgt, dass der Arbeitnehmer die Durchschnit-
tsleistung erheblich unterschreitet.

■ Was bedeutet eine „erhebliche Unterschreitung“?

Die Ein-Drittel-Grenze

Das BAG qualifiziert eine erhebliche Unterschreitung zu einer
solchen, wenn der Arbeitnehmer seine durchschnittliche
Leistung dauerhaft um 1/3 unterschreitet. Hier ist anzumer-
ken, dass diese soeben dargelegte Beweislastregelung vom
BAG dem praxisrelevanten Beweisproblem des Arbeitgebers
sehr entgegenkommt.

Für den Arbeitgeber wäre es bei der grundsätzlich geltenden
gesetzlichen Beweislastregelung eigentlich unmöglich, sub-
stantiiert vorzutragen, dass der von ihm gekündigte Mitar-
beiter seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht voll ausschöpft.
Diese Aspekte liegen in der Sphäre des Arbeitnehmers und
sind für den Arbeitgeber weder zugänglich noch greifbar.

Ermittlung der Normalleistung

Ein weiteres praktisches Problem für Sie als Arbeitgeber stellt
meist die Ermittlung der korrekten Vergleichsgruppe und der
daraus resultierenden Normalleistung dar.

Die Normalleistung in qualitativer Hinsicht lässt sich bei
bestimmten Arbeitsfeldern, beispielsweise in der Produktion,
relativ einfach bestimmen, vorzugsweise anhand der Funk-
tionsfähigkeit des Produkts.

Handelt es sich jedoch beispielsweise um den Bereich der
Dienstleistungen, so wird es, ähnlich wie bei der quantitativen
Minderleistung, problematisch.

Als Vergleichsmaßstab das „Ranking“ (Tabellenplatz des
Mitarbeiters in einer Rangreihe der Abteilungskollegen), die
Durchschnittsleistung vergleichbarer Kollegen und die eigene
Durchschnittsleistung des Arbeitnehmers, wie er sie in den
vorangegangenen Arbeitsperioden bislang geleistet hat, heran-
zuziehen, führt zu keinem Ergebnis. Das Ranking stellt – auch
unter Zugrundelegung der BAG-Rechtsprechung – ein nicht
wirklich vertretbares Mittel zur Ermittlung der Normalleistung
dar, da der Arbeitnehmer keinen bestimmten Rankingplatz
schuldet.

Zudem ist diese Art der Ermittlung dahingehend untauglich,
da ja in einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer bzw.
Personen generell immer einer das „Ende“, das sogenannte
„Schlusslicht“ bilden muss. Das kann seine Ursache darin
haben, dass die übrigen Gruppenangehörigen besonders
leistungsstark sind und dass die anderen Arbeitnehmer
vielleicht allesamt mehr als die durchschnittliche Leistung
erbringen. Es wäre demnach unsachgemäß, eine Kündigung
mit einer (wenn auch wiederholten) letzten Platzierung in
einem solchen Unternehmensranking zu rechtfertigen.

Das BAG hat zudem die Durchschnittsleistung vergleichbarer
Arbeitnehmer ausdrücklich als tauglichen Vergleichsmaßstab
anerkannt. Dabei müssen die Vergleichspersonen eine ver-
gleichbare Tätigkeit ausüben und dürfen nicht ausschließlich
überdurchschnittliche Leistungen erbringen.

Das Mittel des „Prämiensystems“, mit dem der Arbeitnehmer
möglicherweise die sogenannte Normalleistung ermitteln
und bestimmen könnte, hat das BAG ebenfalls abgelehnt. Ein
Prämiensystem habe nicht den Zweck, eine Leistungspflicht
zu bestimmen, sondern solle lediglich einen Anreiz zu hö-
heren Leistungen bilden, so das Bundesarbeitsgericht.

Die personenbedingte Kündigung

Auch eine personenbedingte Kündigung kann u. U. einschlä-
gig sein. Gründe, die in der Person liegen, liegen dann vor,
wenn Fähigkeiten oder Eigenschaften des Arbeitnehmers
den Ausschlag für eine Kündigung geben (fehlende Eignung).
Ist der Arbeitnehmer aufgrund persönlicher Verhältnisse,



Eigenschaften oder nicht vorwerfbarer Einstellungen nicht mehr in der Lage, künftig eine vertragsgerechte Leistung zu erbringen, liegt eine Störung im gegenseitigen Austauschverhältnis des Arbeitsvertrags vor.

In einem Arbeitsverhältnis wird von einem Gleichgewicht der Leistungen ausgegangen, welches folglich gestört wird, ohne dass zugleich eine vertragliche Pflichtverletzung gegeben ist. Wird die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers in einem Maße unterschritten, dass ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar wird und künftig nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung ausgegangen werden kann, so kann ein personenbedingter Kündigungsgrund vorliegen.

Hinweis:

Vor Ausspruch einer Kündigung muss geprüft werden, ob das Gleichgewichtsverhältnis dadurch wieder hergestellt werden kann, dass der Arbeitnehmer zu geänderten Vertragsbedingungen im Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann.

Der Unterschied zwischen der verhaltensbedingten und der personenbedingten Kündigung liegt kurz und knapp darin, dass der Grund in der Person dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer will, aber nicht kann, wohingegen ein verhaltensbedingter Grund vorliegt, wenn der Arbeitnehmer kann, aber nicht will.

Eine vorausgehende Abmahnung wäre grundsätzlich nicht erforderlich, sie wäre offensichtlich nutzlos, da der Arbeitnehmer seine Leistung nicht mehr erbringen kann.

Eine wirksame Abmahnung setzt ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers voraus, welches ihm i. d. R. vorwerfbar und von ihm steuerbar sein muss. Vor dem Hintergrund der Warnfunktion einer Abmahnung muss der Arbeitnehmer ja in der Lage sein, sein Fehlverhalten zu erkennen und auch in Zukunft ändern zu können. Das ist nur dann zu erreichen, wenn er auch selbst Einfluss auf sein Verhalten nehmen kann. Im Fall der Leistungsminderung oder dem Wegfall der Eignung ist eine solche Einflussnahme ja gerade nicht möglich. Da es dem Arbeitgeber jedoch oftmals schwerfallen wird, festzustellen, ob die unzureichende Arbeitsleistung auf einem Fehlverhalten (verhaltensbedingte Kündigung, die eine Abmahnung erfordert) oder auf einer unzureichenden Eignung beruht, ist in Zweifelsfällen grundsätzlich eine Abmahnung erforderlich, auch bei leitenden Angestellten.

Hinweis:

Zwar bedarf eine personenbedingte Kündigung keiner Abmahnung, jedoch verlangt eine wirksame personenbedingte Kündigung eine negative Zukunftsprognose, wonach auch für die Zukunft nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen ist.

Die Abmahnung wegen Minderleistung

Wie schon dargelegt, ist eine Abmahnung wegen Minder- oder Schlechtleistung grundsätzlich möglich. Das BAG stellt aber gewisse Anforderungen an die Abmahnung wegen Minderleistungen. In einem vom BAG (BAG, Urteil vom 27.11.2008 – Aktenzeichen 2 AZR 675/07) entschiedenen Fall scheiterte die Abmahnung eines „Low Performers“ zum einen daran, dass der Arbeitgeber in der Abmahnung den Arbeitnehmer konkret dazu aufgefordert hatte, mindestens durchschnittliche Arbeitsergebnisse zu erbringen. Dazu ist er aber nicht verpflichtet, sagt das Bundesarbeitsgericht.

Das Bundesarbeitsgericht führt vielmehr aus:

„Der Arbeitnehmer ist nicht zur Erzielung bestimmter Arbeitserfolge verpflichtet. Die Aufforderung in einer Abmahnung kann daher nicht dahingehen, bestimmte Erfolge zu erzielen, sondern die persönliche Leistungsfähigkeit auszuschöpfen. Die Unterdurchschnittlichkeit der bisher erzielten Ergebnisse ist lediglich ein Indiz für die Minderleistung.“

Unter Hinweis auf das anzuwendende Dienstvertragsrecht, bei dem die Leistung geschuldet wird und nicht der Erfolg wie im Werkvertragsrecht, bekräftigt das BAG seine Entscheidung.

Jeder Arbeitnehmer schuldet nach der Rechtsprechung des BAG nicht „mindestens den Durchschnitt“, sondern „das, was er leisten kann.“ „Jeder Arbeitnehmer, der sich am Durchschnitt messen lassen soll, muss in etwa die gleiche Chance haben, durchschnittliche Erfolge zu erzielen“, so das BAG.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

1. An eine Kündigung wegen Minder- oder Schlechtleistung werden im Allgemeinen sehr hohe Anforderungen gestellt. Der Arbeitgeber muss sich darüber im Klaren sein, dass er eine solche Kündigung nur erfolgreich aussprechen kann, wenn besonders auffällige Leistungsunterschiede zwischen den vergleichbaren Mitarbeitern vorliegen. Es bedarf also immer einer gewissen Vergleichbarkeit. Hinsichtlich dieser können schon genug Schwierigkeiten für den Arbeitgeber auftreten, der sowohl die Leistung des „schwachen“ Mitarbeiters als auch die des „stärkeren“ Mitarbeiters stets messen muss. Zudem muss der Arbeitgeber die Normalleistung definieren.



2. Eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung kann nur angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer seine Leistung erbringt, ohne dabei sein Leistungspotenzial völlig auszuschöpfen. Beruht die Schlechtleistung auf schuldhafter Zurückhaltung der persönlichen Leistungsfähigkeit, so kann eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt sein, nach entsprechenden vorangegangenen Abmahnungen.
3. Im Kündigungsschutzprozess reicht es aus, wenn der Arbeitgeber Tatsachen vorträgt, aus denen hervorgeht, dass der Arbeitnehmer die Durchschnittsleistung erheblich unterschreitet. Es ist dann Sache des Arbeitnehmers, die Gründe dafür aufzuzeigen und darzulegen, weshalb er gleichwohl seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft.
4. Eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistung setzt dagegen voraus, dass der gekündigte Arbeitnehmer trotz Ausschöpfung seiner vorhandenen Leistungsfähigkeit die berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers auf eine bestimmte Arbeitsleistung unterschreitet. Die andauernde Minderleistung muss die wirtschaftliche Ausgewogenheit des Arbeitsvertrags in einer Weise verletzen, die dem Arbeitgeber ein Festhalten an dem Arbeitsvertrag unter den jetzt geltenden Bedingungen unzumutbar macht.
5. Es sind stets die allgemeinen Voraussetzungen einer Kündigung zu beachten. Bei einer verhaltensbedingten Kündigung ist eine vorherige Abmahnung nötig, eine personenbedingte Kündigung verlangt eine negative Zukunftsprognose.

Hinweis:

Es müssen jedoch auch stets die sonst erforderlichen Voraussetzungen einer Kündigung geprüft werden, wie neben der fehlenden Eignung und der negativen Prognose bei einem personenbedingten Kündigungsgrund, auch die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, eine konkrete betriebliche Beeinträchtigung, die Interessenabwägung und schließlich auch die Verhältnismäßigkeit der Kündigung. Erst unter Berücksichtigung dieser Aspekte kann eine Kündigung erfolgreich sein.

Checkliste für den Arbeitgeber

Anhand der nachfolgenden Checkliste können Sie sich auf eine mögliche Kündigung eines Arbeitnehmers vorbereiten:

1. Das Gespräch suchen

Für Sie ist die Ursache (Unwilligkeit oder Unvermögen) des Arbeitnehmers nicht offensichtlich. Sie sind deshalb immer gut beraten, zunächst das Gespräch mit dem betroffenen Arbeitnehmer zu suchen, um eventuell auf die Leistungsschwäche einzuwirken oder nach Alternativen zu suchen (Beispiel: Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz).

2. Kündigungsschutz

Sie sollten nach den bereits erwähnten Grundsätzen prüfen, ob für den Arbeitnehmer Kündigungsschutz besteht.

3. Kündigungsform

Sie müssen dann festlegen, welche der beiden Kündigungsalternativen in Betracht zu ziehen ist und sodann ausgesprochen werden soll (verhaltensbedingte oder personenbedingte Kündigung).

4. Abmahnung

Vorsorglich sollten Sie dem Arbeitnehmer eine Abmahnung aussprechen, die auch auf die geschuldete Arbeitsleistung unter allen (sowohl quantitativen als auch qualitativen) Aspekten hinweist.

5. Minderleistung

Aufgrund bereits dargelegter Grundsätze (v. a. zur Beweislast) müssen Sie überlegen, ob die Minderleistung überhaupt nachweisbar sein kann und ob sie ausschließlich aus der Sphäre des Arbeitnehmers herrührt.

6. Anhörung

Besteht im Unternehmen ein Betriebsrat, so sollte dieser sowohl zu verhaltens- als auch zu personenbedingten Gründen der beabsichtigten Kündigung angehört werden.

7. Allgemeine Erfordernisse

Abschließend sollten alle weiteren Formerfordernisse einer wirksamen Kündigung beachtet werden: Schriftform, Frist, mögliche Zugangsschwierigkeiten.

Aus der Rechtsprechung

Das BAG hat sich selbstverständlich schon sehr häufig mit den „Low Performern“ auseinandersetzen müssen. Aufgrund der anhaltenden Wirtschaftskrise und der schlechten Aussichten auf dem Arbeitsmarkt kann möglicherweise von einem Anstieg in diesem Problemfeld ausgegangen werden, denn es ist wohl zu erwarten, dass sich Unternehmen gerade jetzt damit beschäftigen, sich von schwächeren Mitarbeitern zu trennen.

Abschließendes Beispiel:

Im entschiedenen Fall war die Klägerin bereits seit 1995 in einem Versandkaufhaus der Beklagten als Lager- und Versandarbeiterin beschäftigt.

Sie war im „Sorter-Versand“ eingesetzt, wo Warensendungen auf der Grundlage der Kundenbestellungen fertiggestellt werden.

Die Arbeitgeberin konnte feststellen, dass die von der Klägerin gepackten Kartons oft Fehler aufwiesen. Über einen längeren Zeitraum hinweg lagen zumindest ca. dreimal so viele Packfehler gegenüber der durchschnittlichen Fehlerquote an vergleichbaren Arbeitsplätzen vor. Daraufhin ergingen zwei Abmahnungen gegen die Mitarbeiterin und es wurde versucht, durch weitere Maßnahmen die Fehlerquote der Klägerin zu senken, was erfolglos blieb. Daher kündigte die Beklagte der Arbeitnehmerin wegen qualitativer Minderleistung.

Die Klägerin erhob daraufhin rechtzeitig

– innerhalb der 3-Wochen-Frist –

Kündigungsschutzklage, mit der Begründung, dass unter Betrachtung der Gesamtzahl der von ihr gepackten Pakete, die ihr angelastete Fehlerquote nicht schwerwiegend ins Gewicht falle. Die Beklagte hat daraufhin die Fehler dargelegt (z. B. Kundenverwechslungen, fehlende Einzelteile) und darauf beharrt, dass die von ihrer Mitarbeiterin verursachten Fehler bei Kunden zum Imageverlust führen würden, eben weil sie so häufig auftraten. Zudem sei die Wiedergutmachung der Fehler mit hohen Kosten verbunden.

Kurz: Das BAG entschied hier zugunsten der Arbeitgeberin

Die Kündigung kann aus verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt sein, da die Klägerin nach den Behauptungen der Beklagten über einen längeren Zeitraum eine qualitativ erheblich unterdurchschnittliche Leistung erbracht hat.

(Vgl. BAG, Urteil vom 17.01.2008 (2 AZR 536/06)vv

Ihr kostenloser Expertenservice!

Hier erhalten Sie kompetente Antworten auf Ihre speziellen Fragen zum Themenbrief Arbeitsrecht:

Unser Experte für Arbeitsrecht, Jean-Martin Jünger, steht Ihnen auch für Ihre speziellen Fragen zur Verfügung. So erhalten Sie schnell und einfach alle individuellen Informationen, die Sie für Ihre Arbeit benötigen.

Senden Sie einfach Ihre Frage per E-Mail an:

arbeitsrecht-experte@forum-verlag.com

Bitte beachten Sie: Diesen Zusatznutzen können Sie im Rahmen des Abonnementservice nutzen. Er ist kostenlos und exklusiv für aktive Abonnenten. Eine Rechtsberatung können wir aufgrund des Rechtsberatungsgesetzes nicht erbringen. Jegliche Haftung für den Verlag und den Experten wird ausgeschlossen.

Unsere Literaturempfehlung:

Mehr Informationen zu diesem und anderen Themen erhalten Sie in unserem Praxiswerk:

Abmahnung und Kündigung – Die neuen Muster für Abmahnungs- und Kündigungsschreiben, Befristungs- und Aufhebungsverträge auf CD-ROM



Informieren Sie sich gleich unter:
www.forum-verlag.com/abmahnung



Vorschau:

Mitarbeiterentsendung in das Ausland

- **Ihr Extra!** Unser Themenbrief-Online-Archiv ermöglicht Ihnen schnelles Nachlesen!
- Hier finden Sie Ihre Informationen: www.forum-verlag.com/tb_arbeitsrecht

Ihr
persönlicher
Log-in-Code:
personal 7

Impressum



FORUM VERLAG HERKERT GMBH

Mandichostraße 18
86504 Merching

Tel.: 08233/381-123
Fax: 08233/381-222

www.forum-verlag.com

service@forum-verlag.com

Geschäftsführung: Ronald Herkert

Chefredaktion: Jean-Martin Jünger

Objektleitung: Katja Sperlich

Satz: MUNDSCHENK Druck+Medien

Druck: MUNDSCHENK Druck+Medien

Erscheinungsweise: 12 x pro Jahr

Ausgabenpreis: 12,- Euro (zzgl. MwSt., im Jahresabo, zzgl. 1,50 Euro Versand)

Wiedergabe – auch auszugsweise – nur mit schriftlicher Einwilligung des Verlags. Alle Angaben wurden mit äußerster Sorgfalt ermittelt und überprüft. Sie basieren jedoch auf der Richtigkeit erteilter Auskünfte und unterliegen Veränderungen.

Eine Gewähr kann deshalb nicht übernommen werden, auch nicht für telefonisch erteilte Auskünfte.

ISSN: 0941-2972

L Fallen im Arbeitsrecht Leiharbeit (Erlaubnispflicht § 1 Abs. 1 AÜG)

Leiharbeit ist eine derzeit vielfach eingesetzte Form der Vermittlung von Arbeitskräften. Oft wird Leiharbeit auch als Arbeitnehmerüberlassung, Zeitarbeit oder Personal-Leasing bezeichnet. Leiharbeit besteht darin, dass ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) bei ihm angestellte Arbeitskräfte (Leiharbeitnehmer) vorübergehend zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Der Leiharbeitnehmer wird in den Betrieb des Entleihers eingegliedert. Er untersteht dessen Weisungsrecht. Ein Arbeitsvertrag zwischen diesen beiden wird jedoch nicht geschlossen, vertragliche Beziehungen bestehen ausschließlich zwischen dem Entleiher und dem Verleiher, die einen Überlassungsvertrag schließen sowie zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer.

Gesetzlich geregelt wird ein solches Verhältnis durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Gemäß § 1 Abs. 1 AÜG besteht eine Erlaubnispflicht für Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen. Dies stellt eine reine Schutzvorschrift dar, die eine Überwachung der Verleihbetriebe ermöglicht. Erlaubnisfrei ist nur die Überlassung, die nicht gewerblich, sondern nur gelegentlich oder ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt. Ebenso ist es erlaubnisfrei gem. § 1a Abs. 1 AÜG, wenn ein Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen an einen anderen Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bis zur Dauer von zwölf Monaten überlässt, wenn er die Überlassung vorher schriftlich der Bundesagentur für Arbeit angezeigt hat.

Was passiert, wenn die erforderliche Erlaubnis fehlt oder im Nachhinein wegfällt (z. B. durch Rücknahme, Widerruf – §§ 4, 5 AÜG)?

Dann ist gem. § 9 Nr. 1 AÜG der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter und der Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher ex nunc (= Wirkung ab Erklärung für die Zukunft) unwirksam. Unwirksamkeit tritt unabhängig davon ein, ob die Erlaubnis von Anfang an fehlte oder erst zu einem späteren Zeitpunkt, etwa infolge von Rücknahme oder Widerruf, erloschen ist. Fällt die Erlaubnis erst nachträglich weg, tritt die Unwirksamkeit auch erst nach zwölf Monaten ein, § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG.

Zwischen Arbeitnehmer und Entleiher entsteht ein Arbeitsverhältnis gem. § 10 Abs. 1 AÜG (fingiertes Arbeitsverhältnis), denn der soziale Schutz des Leiharbeitnehmers soll gewährleistet werden. Das fingierte Arbeitsverhältnis erlangt in der Praxis v. a. bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen Bedeutung. Bei Unkenntnis der Parteien liegt ein vermeidbarer Verbotsirrtum vor.

Der „illegal“ verliehene Arbeitnehmer hat jedoch keine Ansprüche gegen den Verleiher auf Arbeitslohn. Er muss sich an den Entleiher wenden. Er kann aber gegen den Verleiher Schadenersatz gem. § 10 Abs. 2 verlangen. Ein Anspruch des Verleihers gegen den Arbeitnehmer aus Bereicherungsrecht, z. B. rechtsgrundlos bezahlten Lohns, besteht nicht, § 817 BGB. Der Verleiher haftet gem. § 10 Abs. 3 gesamtschuldnerisch. Der Verleiher kann aber Herausgabe dessen verlangen, was der Entleiher dadurch erspart hat, dass nicht er als Arbeitgeber kraft Gesetzes, sondern der Verleiher den Arbeitslohn an den Leiharbeitnehmer gezahlt hat.