**Der Umgang mit sog. „low performer“**

**bis hin zur personen- oder verhaltensbedingten**

**Kündigung**

I. Zulässige Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz

1. Übersicht

Kündigungsgründe
gem. § 1 II KSchG

personenbedingt

Der Arbeitnehmer kann nicht vertragstreu sein, selbst wenn er wollte. Kündigungsgrund liegt in der Person des Arbeitnehmers (Fähigkeiten, Eigenschaften).

verhaltensbedingt

Der Arbeitnehmer könnte, will aber nicht vertragstreu sein. Kündigungsgrund liegt im Verhalten des Arbeitnehmers (Pflichtverletzung).

betriebsbedingt

Es besteht eine Diskrepanz zwischen Personalbedarf und Personalbestand. Es besteht ein Arbeitsplatz zu wenig zur Verfügung. Kündigungsgrund liegt im Betrieb des Arbeitgebers.

KLAR & HOLDERLE ANWALTSKANZLEI

## 2. Die personenbedingte Kündigung

### a) Kündigungsvoraussetzungen

(1) Unverschuldete Vertragsstörung

Nicht- oder Schlechterfüllung der Leistung des Arbeitnehmers aus in seiner Person liegenden Gründen. Der Arbeitnehmer ist aufgrund mangelnder Eignung oder aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften unverschuldet nicht (mehr) in der Lage künftig seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen.

(2) Negative Zukunftsprognose

Es ist nicht nur zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer die Fähigkeit oder die Eignung, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, im Kündigungszeitpunkt fehlt oder ob sie erheblich eingeschränkt ist, sondern auch, ob mit ihrer baldigen Wiederherstellung nicht gerechnet werden kann.

Es muss davon auszugehen sein, dass auch nach dem Beendigungstermin mit weiteren Störungen bei der Leistungserbringung zu rechnen ist.

(3) Erhebliche betriebliche Beeinträchtigung

Die mangelnde Eignung bzw. die fehlenden Fähigkeiten müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher oder wirtschaftlicher Interessen des Arbeitgebers führen.

(4) Keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit

Es darf keine Möglichkeit bestehen, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen, bei dem die Mängel entweder gar nicht oder nur unbedeutend zu Tage treten werden.

Anderer gleichwertiger Arbeitsplatz: Umsetzung oder Versetzung

Anderer minderwertiger Arbeitsplatz: Änderungskündigung

Etwaige freie Beförderungsstellen sind nicht zu berücksichtigen.

KLAMER & HOLDERIE ANWALTSKANZLEI

(5) Interessenabwägung

Bestandsinteresse des Arbeitnehmers ——— Beendigungsinteresse des Arbeitgebers

↓

Es ist zu prüfen, ob die Störung des Arbeitsverhältnisses so gewichtig ist, dass die erheblichen betrieblichen oder wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers seinen Arbeitsplatz zu erhalten, überwiegen.

b) Beispielfälle

(1) Alkoholsucht
Arbeitgeber muss den alkoholkranken Arbeitnehmer nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Regel vor Ausspruch der Kündigung auffordern, eine Entziehungskur durchzuführen.

(2) Verlust der Fahrerlaubnis eines Fahrers

(3) Krankheit (Anforderungen im Einzelfall prüfen)

(4) Eignung
Fehlende Eignung für die geschuldete Arbeitsleistung kann ein personenbedingter Kündigungsgrund sein. Hauptanwendungsfall ist dabei die mangelnde fachliche Qualifikation (Fehlen beruflicher Qualifikationsmerkmale, Nichtbestehen von Prüfungen, mangelhafte Kenntnisse und Fähigkeiten)

3. Die verhaltensbedingte Kündigung

a) Kündigungsvoraussetzungen

(1) Pflichtverletzung
Es muss eine – in der Regel schuldhaft begangene – Pflichtverletzung vertraglicher Haupt- oder Nebenpflichten vorliegen.

(2) Abmahnung
Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung mindestens eine einschlägige Abmahnung vorliegt.

KLAR & HOLDERLE ANWALTSKANZLEI

Einer vorherigen Abmahnung bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn von vornherein feststeht, dass der mit ihr verfolgte Zweck nicht erreicht werden kann,

- weil eine Verhaltensänderung in Zukunft nicht zu erwarten steht oder
- es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber unzumutbar ist.

(Beispiele: Arbeitnehmer hat schon erklärt, sein Verhalten nicht zu ändern; Tätlichkeit)

Durch die Abmahnung wird die Wiederholungsgefahr beseitigt. Es besteht keine negative Prognose. (Bei einem etwaigen erneuten gleichartigen Verstoß -> negative Prognose).

(3) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Gibt es ein milderes Mittel als die Kündigung?

z. B. Versetzung

(4) Interessenabwägung

Beendigungsinteresse gegen Bestandsschutzinteresse abwägen

- auf Seiten des Arbeitgebers ist zu berücksichtigen:

Erheblichkeit der Pflichtverletzung, Höhe des Verschuldens, Betriebsstörungen, Beharrlichkeit der Pflichtverletzung, entstandener materieller und immaterieller Schaden.

- auf Seiten des Arbeitnehmers ist zu berücksichtigen:

früheres Verhalten des Arbeitnehmers, Mitverschulden des Arbeitgebers, Dauer der – ungestörten – Betriebszugehörigkeit

b) Beispielfälle

(1) Verstöße gegen Alkoholverbot
(2) Verletzung der Anzeige- oder Nachweispflicht bei Krankheit
(3) (mehrfaches) Zuspätkommen
(4) privates Internetsurfen während der Arbeitszeit
(5) Minderleistungen können eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung rechtfertigen.

KLAR & HOLDERLE ANWALTSKANZLEI

## II. „low performance“ – Minderleistung

### 1. Begriff

„low perfomer“ ⟶ Personen, die gegenüber dem durchschnittlichen Anforderungsprofil deutlich schlechtere Leistungen erbringen.

Wer bestimmt, was eine Schlechtleistung ist?

Wie bestimmt man eine Schlechtleistung?

Rechtfertigt der Umstand, dass ein Arbeitnehmer schlechter ist als andere, immer eine Kündigung?

### 2. Rechtliche Ausgangssituation

Arbeitgeber — Arbeitsvertrag § 611 a BGB — Arbeitnehmer

↓

Im Arbeitsvertrag ist üblicherweise Menge oder Qualität der Arbeitsleistung nicht näher beschrieben.

↓

Inhalt des Leistungsversprechens des Arbeitnehmers richtet sich

↙ ↘

Nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt

Nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers

↓

Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab ist nicht anzusetzen. Der Arbeitnehmer schuldet das „Wirken“, nicht das „Werk“ (Erfolg).

KLARSFELD ANWALTSKANZLEI

Der Inhalt des Leistungsversprechens ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festgelegten Arbeitsinhalt und nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers zu bestimmen.

↓

Was kann eine mögliche Reaktion des Arbeitgebers sein, wenn der Arbeitnehmer dem Inhalt des Leistungsversprechens nicht gerecht wird?

3. Letztendliche Sanktion: Verhaltens- oder personenbedingte Kündigung

Vorliegen einer Minderleistung

Kündigung

| verhaltensbedingt | personenbedingt |
| --- | --- |
| ↓ | ↓ |
| Schuldhafte Pflichtverletzung | Durch in der Person des Arbeitnehmers begründete mangelnde Fähigkeit oder Eignung verursachte erhebliche betriebliche Störung |
| (Der Arbeitnehmer könnte, will aber nicht vertragstreu sein.) | (Der Arbeitnehmer kann nicht vertragstreu sein, selbst wenn er wollte.) |
| Der Arbeitnehmer muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber nicht immer erkennbar. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass er seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft. | Eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistung setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer gegen die subjektiv zu bestimmende Leistungspflicht verstößt. Es kommt darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechtigte Gleichwertigkeitserwartung (zwischen Arbeit und Lohn) des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, das ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar macht. |

KLAR & HOLDERLE RECHTSANWÄLTE

4. Maßgeblicher Ausgangspunkt: Minderleistung (Übersicht)

Nichterfüllung des Leistungsversprechens
des Arbeitnehmers durch eine Minderleistung

↓

Arbeitgeber muss darlegen und beweisen, dass Leistungsmängel eines Arbeitnehmers vorliegen:

Tatsachen, die zeigen, dass die Leistungen des betreffenden Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten.

a) quantitative Minderleistungen

↓

Orientierung an den Werten, die für die Annahme einer grundlegenden Störung des Leistungsgleichgewichts herangezogen werden.

Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, gemessen an der durchschnittlichen Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer muss stark beeinträchtigt sein.

→ Längerfristiges Unterschreiten der Durchschnittsleistung um deutlich mehr als ein Drittel.

Beispiele:

(1) Kommissionierer (BAG 11.12.2003 – NZA 2004, 784)

- muss mit einem Flurförderfahrzeug (Kolli) Waren aus Regalen ziehen und in Behälter verladen.
- Prämiensystem: Prämie nach Staffelung bei Überschreiten einer mit 1,0 angesetzten Normalleistung.
- wochenweise Aufzeichnung

KLAR & HOLDERIE ANWALTSKANZLEI

Zeitraum – Durchschnittswert des Arbeitnehmers – Durchschnittswert der Gruppe

z.B.

| | | |
|---|---|---|
| 06/19 – 09/19 | 0,58 | 1,01 |
| 10/19 – 14/19 | 0,53 | 1,09 |
| 15/19 – 18/19 | 0,59 | 1,05 |

Über einen Zeitraum von 2 Jahren lagen die Werte des betr. Arbeitnehmers um zumeist 40 % und mehr unter der durchschnittlichen Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer.

(2) Außendienstmitarbeiter im Vertrieb (BAG 27.11.2008 – NZA 2009, 842)

- verkauft Versicherungen
- Leistungsbemessung in sog. Nettowerteinheiten; gebildet aus Zahl und Wertheitigkeit der vermittelten Produkte in einem bestimmten Zeitraum; für den jeweiligen wirtschaftlichen Produktwert dementsprechend unterschiedliche Zahlenansätze.
- 1 Jahr betrachtet: 962 Nettowerteinheiten des betr. Arbeitnehmers gegenüber 2474,92 Nettowerteinheiten im Durchschnitt der anderen Außendienstmitarbeiter
- Problem: Höchstwert der betrachteten Fälle betrug das 19-fache des niedrigsten Werts.

  ⟶ Mittelwert lässt keine sinnvolle Aussage über das Leistungsverhalten zu, zumal 60 % der Mitarbeiter den Mittelwert unterschritten und dabei 40 % sogar um mehr als ein Drittel.

Aufgabenstellung:

Entwicklung eines Verfahrens zur Darstellung von objektiven Vergleichswerten im Rahmen einer quantitativen Leistungserbringung.

- Vergleichbare Arbeitnehmer feststellen
  Vergleichbarkeit hinsichtlich Tätigkeit, Arbeitsumstände, hierarchische Stellung

KLAR HOLDERLE ANWALTSKANZLEI

- objektiv feststellbare Werte; Aussagekraft der Werte
- auf Dauer angelegte Betrachtung

↕

- mögliche, zu erwartende Einwände des Arbeitnehmers:
  - Zahlen, Werte falsch → Nachvollziehbarkeit, Überprüfbarkeit
  - Personen in der Vergleichsgruppe, die einer anderen Gruppe zugehören
  - altersbedingte (und damit zulässige ) Leistungsminderung
  - höhere Leistungen durch unbezahlte Überstunden

↕

Mit derartigen Argumenten kann der Arbeitnehmer die durch die Darstellung der erheblichen und dauerhaften Minderleistung begründete Vermutung, der Arbeitnehmer habe zumindest fahrlässig sein eigenes Leistungsvermögen nicht hinreichend (also schuldhafte Pflichtverletzung) ausgeschöpft, entkräften.

b) qualitative Minderleistung

auch hier zunächst Feststellung und Messung der Schlechtleistung, z. B. Ermittlung einer von der Norm abweichenden Fehlerquote

<u>aber:</u> es gibt keine absoluten Bezugsgrößen

↓

auftretenden Fehlern ist nach Art der Tätigkeit ein sehr unterschiedliches kündigungsrelevantes Gewicht beizumessen;

↙ ↘

Tätigkeiten, bei denen ein einmaliger Fehler weitreichende Konsequenzen hat; z.B. Pilot

Tätigkeiten, bei denen von der Art her immer wieder auftretende Fehler nicht zu vermeiden sind

↓ neben Feststellung der Fehlerquote erforderlich ↓

einzellfallbezogene Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der konkreten Arbeitsanforderungen und der konkreten Gegebenheiten des Arbeitsplatzes. Maßstab: Ob und ggf. in welchem Umfang ist das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinträchtigt.

KLAR HOLDERLE RECHTSANWALTSKANZLEI

Aufgabenstellung:

Darstellung der Fehler (welche?) und Fehlerhäufigkeit

<u>und</u>

Darlegung, dass anhand der tatsächlichen Fehlerzahl, der Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote nach den Gesamtumständen darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt.

5. Vorgehensweise im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren

| quantitative Minderleistung | qualitative Minderleistung |
|---|---|
| Arbeitgeber muss die erhebliche Minderleistung anhand objektiver, nachprüfbare Fakten darlegen, wobei die Minderleistung auf Dauer angelegt und zu erwarten sein muss, dass diese auch zukünftig eintritt. | Arbeitgeber muss Fehler, Fehlerart und Fehlerhäufigkeit und Abweichung von der Norm im konkreten Fall nachvollziehbar darstellen. |
| schuldhafte Pflichtverletzung (unzureichende Ausschöpfung des eigenen Leistungsvermögens) wird vermutet | Darstellung der sich im konkreten Fall ergebenden schuldhaften Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber |
| ↑ | ↑ |

Arbeitnehmer kann Sachvortrag des Arbeitgebers bestreiten (-> Arbeitgeber muss dies dann beweisen!); z. B. falsche Daten, Vergleichspersonen falsch.

Arbeitnehmer kann entlastende Argumente vorbringen;
z.B. unterbliebene Einweisung, unklare Anweisungen, keine notwendigen Schulungen, fehlerhafte Kommunikation; Bewertung falsch, weil Minderleistung oder Fehler unbedeutend oder ohne Auswirkungen, Krankheit, altersbedingte Leistungsdefizite, betriebliche Umstände.

KLAR & HOLDER RECHTSANWÄLTE

6. Verhaltensbedingte Kündigung

a) schuldhafte Pflichtverletzung

- Anforderungen an den Arbeitgeber bei
  - quantitativer Minderleistung — siehe oben
  - qualitativer Minderleistung (Schlechtleistung) — siehe oben
- zu erwartende Einwendungen des Arbeitnehmers
  (Der Arbeitgeber muss im Vorhinein prüfen, ob derartige zu erwartende Einwände berechtigt erhoben werden können!)

b) Abmahnung

mindestens eine einschlägige Abmahnung erforderlich; abhängig von der „Schwere“ der Pflichtverletzung, Alter oder Bestand des Arbeitsverhältnisses ist ggf. eine weitere Abmahnung erforderlich.

c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Gibt es ein milderes Mittel?

z. B. Umsetzung, Versetzung, so dass Minderleistung nicht mehr oder nur geringfügig und hinnehmbar anfallt;

ggf. Änderungskündigung -> Vergütungsabsenkung zum Ausgleich der Minderleistung, anderer Arbeitsplatz außerhalb des Direktionsrechts

d) Interessenabwägung

7. Personenbedingte Kündigung

Setzt nicht (wie die verhaltensbedingte Kündigung) voraus, dass der Arbeitnehmer schuldhaft gegen seine subjektiv zu bestimmende Leistungspflicht verstößt

Es kommt vielmehr darauf an, ob der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, um zukünftig seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.

KLAR & HOLDER ANWALTSKANZLEI

a) Auftreten in der Praxis

Minderleistung (quantitativ oder qualitativ) muss vorliegen

↓

aber: es fehlt an der schuldhaften Pflichtverletzung

↓

Der Arbeitnehmer kann darlegen, dass er sein Leistungsvermögen voll ausschöpft, er würde gerne „besser“ arbeiten, „kann“ aber nicht, er bemüht sich, ist fleißig, erbringt aber dennoch auf Dauer eine erhebliche Minderleistung. Z.B. der Außendienstmitarbeiter telefoniert, sucht Kunden auf, schreibt Berichte, macht Verkaufsaktionen, leistet Überstunden – und hat keinen Erfolg.

Es kommt darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechtigte Gleichwertigkeitserwartungen des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar wird.

b) Wirksamkeitsvoraussetzungen

aa) Minderleistung

(Anforderungen an die Darstellung – siehe oben)

- nachhaltige, schwerwiegende Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis
- auf einer in den persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers liegenden Störquelle beruhend
- der Arbeitnehmer ist aus Gründen, die in seiner Sphäre liegen, jedoch nicht von ihm verschuldet sind, zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht mehr in der Lage.

bb) negative Zukunftsprognose

auch für die Zukunft darf nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen sein.

KLAR HOLDERLE ANWALTSKANZLEI

cc) erhebliche betriebliche Beeinträchtigung

- mehr als „ein Drittel“ Minderleistung
- strenge Anforderungen

dd) Kein milderes Mittel – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

- Umsetzung, Versetzung
- Änderungskündigung
- Schulung, Hilfestellung, Hilfsmittel
- (freiwillige) Vergütungsreduzierung
- Umorganisation der Abläufe

ee) Interessenabwägung

- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Alter
  (Es muss dem Schutz älterer, langjähriger, beschäftigter und unverschuldet – womöglich durch betriebliche Veranlassung – erkrankter Arbeitnehmer Rechnung getragen werden.)

KLAR & HOLDERLE ANWALTSKANZLEI