

„Wenn Sie das nicht schaffen ...“



Die Kündigung wegen (angeblicher) Schlechtleistung

Zuweilen suchen Arbeitgeber geradezu nach einem Grund, um einen ungeliebten Arbeitnehmer loszuwerden. Das Mittel der Wahl lautet dann „Kündigung wegen schlechter Leistung“. Dass dies nicht ohne Weiteres geht, erläutert Jason Schomaker.

Arbeitgeber sind von Natur aus daran interessiert, dass Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung möglichst effizient und produktiv erbringen. Vereinzelt geht dies so weit, dass der Arbeitgeber versucht, sich von Arbeitnehmern zu trennen, die weniger leisten als von ihnen erwünscht. In vielen solchen Fällen wird dem Arbeitnehmer die „eilvernehmliche“ Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Wege eines Aufhebungsvertrags nahegelegt. Lässt sich der Arbeitnehmer hierauf nicht ein, hat dies regelmäßig eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge.



Jason Schomaker
ist Rechtsanwalt
in Münster
www.kanzlei-schomaker.de

Ursachen hinterfragen

Viel zu selten werden die Ursachen der angeblichen Schlechtleistung hinterfragt. Auch die Möglichkeit, den Arbeitnehmer an einem alternativen Arbeitsplatz einzusetzen, wird häufig nicht einmal in Erwägung gezogen. Darüber hinaus werden Arbeitnehmer, die weniger leisten als andere, obwohl sie Ihre Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, häufig mit den Kollegen über einen Kamm geschoren, die bewusst weniger leisten, als sie könnten. Beide werden als „Low Performer“ abgestempelt. Dies erweckt den Eindruck, als ob nur solche Arbeitnehmer erwünscht sind, die täglich eine herausragende „Performance“ darbieten.

Diese Entwicklung ist nicht nur deshalb missbilligenswert, weil der Arbeitnehmer keine artistische Darbietung, sondern lediglich die Erbringung der arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsleistung schuldet. Es besteht zudem die Gefahr, dass sich die Belegschaft von der negativen Haltung des Arbeit-

gebers beeinflussen lässt. Im schlechtesten Fall muss sich der Arbeitnehmer, der nur weniger leisten kann, gegenüber den eigenen Kollegen verteidigen. Soweit darf es nicht kommen, das ergibt sich bereits aus der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Dieser sollte in der Belegschaft für Verständnis werben, wenn ein Arbeitnehmer weniger leisten kann als andere. Stattdessen ziehen es viele Arbeitgeber vor, eine Kündigung auszusprechen, die auf eine angebliche Minderleistung gestützt wird.

Unterschiedliche Voraussetzungen

Die Voraussetzungen einer Kündigung wegen Minderleistung unterscheiden sich danach, ob der Arbeitnehmer nicht mehr leisten kann, oder ob er nicht mehr leisten will: Leistet der Arbeitnehmer vorsätzlich weniger als er kann, kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht. Leistet er hingegen trotz aller Anstrengung weniger als andere, kommt allenfalls eine per-

sonenbedingte Kündigung in Betracht.

Verhaltensbedingte Kündigung

Eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Minderleistung setzt als Kündigungsgrund eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung voraus (vgl. BAG vom 03.06.2004 – 2 AZR 386/03). Beruht eine Schlechtleistung auf einer solchen Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, kann dies grundsätzlich eine Kündigung rechtfertigen. Aber wann kann die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung überhaupt als Schlechtleistung angesehen werden?

Geschuldete Arbeitsleistung

Die Beurteilung, ob eine Schlechtleistung vorliegt, wird in der Regel dadurch erschwert, dass in einem Arbeitsvertrag regelmäßig weder die Qualität noch die Menge der geschuldeten Arbeitsleistung festgeschrieben wird. In diesem Fall soll sich die geschuldete Arbeitsleistung im Wesentlichen aus zwei Faktoren ergeben: Zum einen ist die geschuldete Leistung durch die Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers (vgl. § 106 GewO [Gewerbeordnung]) zu konkretisieren. Darüber hinaus kommt es darauf an, was der Arbeitnehmer individuell leisten kann. Jeder Arbeitnehmer ist verpflichtet, das zu tun, was von ihm verlangt wird – und zwar so gut, wie er eben kann (vgl. BAG vom 26.06.1997 – 2 AZR 502/96).

Die geschuldete Arbeitsleistung richtet sich also in der Regel nicht nach einem objektiven Maßstab, sondern vielmehr nach der subjektiven Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Dieser ist verpflichtet, seine persönliche

Leistungsfähigkeit angemessen auszuschöpfen. Sofern der Arbeitnehmer dieser persönlichen Verpflichtung nachkommt, kann eine unterdurchschnittliche Arbeitsleistung für sich alleine betrachtet keinen Kündigungsgrund darstellen (vgl. BAG vom 13.05.1982 – 2 AZR 30/81). Denn schließlich liegt es in der Natur einer Vergleichsgruppenbildung, dass zu vergleichende Personen unterschiedliche Leistungen aufweisen. So wie es einen Arbeitnehmer mit der höchsten Arbeitsleistung gibt, muss es logischerweise auch immer einen Arbeitnehmer mit der niedrigsten Arbeitsleistung geben.

Quantitative und qualitative Minderleistung

Unterschieden wird zwischen einer quantitativen und einer qualitativen Minderleistung. Eine quantitative Minderleistung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer weniger leistet, als er vertraglich schuldet. Dabei muss die Leistung des Arbeitnehmers die Durchschnittsleistung anderer Arbeitnehmer deutlich unterschreiten (vgl. Urteil des BAG vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02).

Von einer qualitativen Minderleistung spricht man hingegen, wenn die Arbeit eine hohe Fehlerquote aufweist. Für eine verhaltensbedingte Kündigung spielt die Höhe der Fehlerquote dabei nur eine untergeordnete Rolle. So entschied das Bundesarbeitsgericht, dass auch eine Fehlerquote von lediglich vier Promille eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann (vgl. BAG vom 17.01.2008 – 2 AZR 536/06). Dies bedeutet in letzter Konsequenz, dass auch vereinzelte Fehler nicht vom Ar-

beitgeber hingenommen werden müssen.

Vorherige Abmahnung

Sofern tatsächlich eine vorsätzliche Minderleistung des Arbeitnehmers vorliegt, muss vor einer hierauf gestützten verhaltensbedingten Kündigung in der Regel eine Abmahnung ausgesprochen werden. Durch diese soll der Arbeitnehmer darauf hingewiesen werden, dass die bisher von ihm erbrachte Leistung nicht der vertraglich geschuldeten Leistung entspricht. Neben der Feststellung der konkreten Pflichtverletzung ist der Arbeitnehmer hierin aufzufordern, zu einem vertragsgemäßen Verhalten zurückzukehren. Schließlich muss der Arbeitnehmer in der Abmahnung darauf hingewiesen werden, dass ihm andernfalls die Beendigung des Ar-

„Jeder Arbeitnehmer ist verpflichtet, das zu tun, was von ihm verlangt wird – und zwar so gut, wie er eben kann.“

beitsverhältnisses droht. So erhält er die Chance, seine Arbeitskraft in Zukunft seinen Fähigkeiten entsprechend voll auszuschöpfen.

Ultima Ratio

Schließlich muss das Ultima Ratio-Prinzip beachtet werden. Dies bedeutet, dass es kein milderes Mittel als eine Kündigung gibt. Ist die Leistungsminde- rung beispielsweise arbeitsplatzbezo- gen, dann ist vom Arbeitgeber als milderes Mittel die Möglichkeit einer Ver- setzung auf einen anderen Arbeitsplatz in Betracht zu ziehen.

Darlegungs- und Beweislast

Bei der Frage, wer welche Tatsachen in einem Kündigungsschutzverfahren darzulegen und zu beweisen hat, macht es die Rechtsprechung dem Arbeitgeber einfach. Der Arbeitgeber genügt nämlich schon dann seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er vorträgt, dass der gekündigte Arbeitnehmer nur eine Min- derleistung erbracht hat. Der Arbeit- nehmer kann der Kündigungsschutz- klage nur dann zu einem erfolgreichen Ausgang verhelfen, wenn es ihm ge- lingt, darzulegen und zu beweisen, dass er bei der Erbringung seiner Ar- beitskraft seine Leistungsfähigkeit voll

Zu verlosen

Von Karl-Hermann Böker, Autor von „der betriebsrat“, haben wir drei Exemplare des von ihm verfassten und bei Shaker Media erschienenen Buches „Arbeits-Los. Skizzen für eine neue Welt der Arbeit“ erhalten. Diese wollen wir unter den Leserinnen und Lesern von „der betriebsrat“ verlosen. Wer an der Verlosung teilnehmen möchte, wird gebeten, uns per Fax (02381/97223015) oder E-Mail (info@zeitschrift-dbr.de) unter dem Stichwort „Arbeits-Los“ Namen und vollständige Anschrift mitzuteilen. Einsendeschluss ist der 30.09.2011. Die Verlosung der Bücher erfolgt unter Ausschluss des Rechtswegs.



ausschöpft (vgl. BAG vom 03.06.2004 – 2 AZR 386/03).

Personenbedingte Kündigung

Bei einer Leistungsminderung des Arbeitnehmers kommt zudem eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Diese ist nur wirksam, wenn der Arbeitnehmer die Eignung zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung verloren hat.

Vergleich zu Durchschnittsleistung

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber eine unverschuldete Leistungsminderung des Arbeitnehmers zu dulden. Denn der Arbeitnehmer schuldet nur diejenige Arbeitsleistung, die er auch zu leisten im Stande ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine personenbedingte Kündigung wegen einer Minderleistung daher unwirksam, solange die Durchschnittsleistung des Arbeitnehmers nicht mehr als ein Drittel niedriger ist als die Leistung anderer Arbeitnehmer (vgl. BAG vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/03).

Keine Abmahnung

Einer vorherigen Abmahnung bedarf es bei einer personenbedingten Kündigung nicht. Denn der Arbeitnehmer hat aufgrund seiner verminderten Leistungsfähigkeit keinen Einfluss auf seine zukünftige Arbeitsleistung.

„Grundsätzlich hat der Arbeitgeber eine unverschuldete Leistungsminderung des Arbeitnehmers zu dulden.“

gung nicht. Denn der Arbeitnehmer hat aufgrund seiner verminderten Leistungsfähigkeit keinen Einfluss auf seine zukünftige Arbeitsleistung.

Zukunftsprognose

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber eine Zukunftsprognose bezüglich der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers anstellen. Eine Kündigung kann nur dann wirksam ausgesprochen werden, wenn zum Kündigungszeitpunkt damit zu rechnen ist, dass es auch in der Zukunft zu weiteren Leistungsstörungen kommen wird. Sofern also davon auszugehen ist, dass der Arbeitnehmer in der Zukunft seine Fähigkeit zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung zurückerlangt, ist die Kündigung unwirksam (vgl. BAG vom 03.06.2004 – 2 AZR 386/03).

Ebenfalls unwirksam ist die personenbedingte Kündigung für den Fall,

dass die Leistungsminderung nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Belange führt (vgl. BAG vom 26.09.1991 – 2 AZR 132/91).

Interessenabwägung

Es ist im Rahmen einer Interessenabwägung im Einzelfall zu prüfen, ob die Beeinträchtigung auch zu einer nicht durch den Arbeitgeber hinzunehmenden Belastung führt. Bei dieser konkret auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Abwägung sind zugunsten des Arbeitnehmers auch die Ursachen der Minderleistung sowie die bisherige störungsfreie Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beachten.

Ultima Ratio

Schließlich muss auch die personenbedingte Kündigung Ultima Ratio sein. Die Kündigung ist daher unwirksam, wenn beispielsweise die Versetzung an einen leistungsgerechten Arbeitsplatz in Betracht kommt.

Darlegungs- und Beweislast

Auch bei der personenbedingten Kündigung eines leistungsschwachen Arbeitnehmers macht die Rechtsprechung den Arbeitgebern das „Geschenk“ der abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitgeber muss lediglich darlegen, dass der gekündigte Arbeitnehmer nur eine Minderleistung erbracht hat. Der Arbeitnehmer muss dann unter Beweistritt zur Ursache der Leistungsstörung sowie zu der zukünftig zu erwartenden Leistungsfähigkeit vortragen.

Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung setzt nach § 626 BGB das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus. Dieser wichtige Grund muss dazu führen, dass dem Arbeitgeber nicht einmal mehr die Einhaltung der Kündigungsfrist zugemutet werden kann.

Nur ausnahmsweise kann die außerordentliche Kündigung wegen Leistungsminderung wirksam sein, etwa wenn sich ein Arbeitnehmer, der vorsätzlich nur eine geminderte Arbeitsleistung erbringt, beharrlich weigert, seine Arbeitsleistung wie geschuldet zu erbringen (vgl. BAG vom 21.11.1996 – 2 AZR 357/95).

Ist hingegen die verminderte Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers die Ursache für dessen verminderte Arbeitsleistung, so scheidet eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich aus (vgl. BAG vom 12.07.1995 – 2 AZR 762/94).

Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats

Die Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats sind vielfältiger Natur. Sie beschränken sich nicht auf dessen Beteiligung bei der Kündigung nach § 102 BetrVG.

Für den Fall, dass der Arbeitgeber es versäumt, seiner vertraglichen Fürsorgepflicht nachzukommen, sollte der Betriebsrat in der Belegschaft für Verständnis für diejenigen Kollegen werben, die nicht mehr so viel leisten können, wie sie es sich selbst wahrscheinlich am meisten wünschen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass aufgrund des Handicaps eines Kollegen mehr Arbeit durch andere zu erledigen ist.

Häufig ist der Betriebsrat aber nicht darüber informiert, ob, und wenn ja, welche Arbeitnehmer nicht (mehr) in der Lage sind, die von ihnen geforderte Arbeitsleistung abzurufen. Die betroffenen Personen kann der Betriebsrat auf vielfältige Weise ausfindig machen. So besteht die Möglichkeit, eine gezielte Sprechstunde mit dem Schwerpunkt „Leistung am Arbeitsplatz“ anzubieten. Hierauf kann unter anderem im Intranet, auf dem Schwarzen Brett oder auf einer Betriebsversammlung hingewiesen werden. Auch ein an die Arbeitnehmer gerichteter Fragebogen kann Klarheit über die betriebliche Situation verschaffen.

Die so gewonnenen Erkenntnisse können helfen, Lösungen für die betroffenen Arbeitnehmer zu erarbeiten. Beispielsweise kann sich herausstellen, dass die Leistung der Arbeitnehmer aufgrund ständiger Arbeitsüberlastung sinkt. In diesem Fall wäre der Betriebsrat gefordert, gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 92 Abs. 2 BetrVG auf die Einstellung zusätzlicher Kollegen hinzuwirken. Oberste Priorität hat hierbei der Schutz des Bestandes der Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer. Denn wenn die (Leistungs-) Schwachen erst einmal erwerbslos sind, werden sie es schwieriger als andere haben, sich gegen die besonders (Leistungs-) Starken auf dem Arbeitsmarkt durchzusetzen. ■