

Vom richtigen Umgang mit Low Performern - Ein Leitfaden aus arbeitsrechtlicher Sicht -

- I. -

„Das größte Kapital eines Unternehmens sind gut motivierte Mitarbeiter.“

„Wer nichts leistet fliegt.“

Diese beiden Aussagen umschreiben in etwa das Spannungsfeld, in dem sich die Auseinandersetzung mit dem Phänomen Low Performer bewegt.

Trotz stagnierender Umsatzzahlen investieren immer mehr deutsche und internationale Unternehmen erhebliche Zeit- und Geldmittel in die Personalbewertung, um so einen Überblick über die Leistungsverteilung innerhalb der Abteilungen zu erhalten. In amerikanischen Personalabteilungen ist es seit Jahrzehnten üblich, auf diese Weise in etwa fünf bis zehn Prozent der Mitarbeiter jährlich als Low Performer zu ermitteln und durch leistungsbereitere und erfolgsorientiertere Mitarbeiter zu ersetzen. Das deutsche Arbeitsrecht erlaubt eine solche Personalpolitik nicht.

Gelingt es also nicht, den als Low Performer identifizierten Mitarbeiter durch Führung und Förderung nachhaltig zu verändern, stellt sich in der praktischen Personalarbeit die Frage, wie aus arbeitsrechtlicher Sicht mit dem Mitarbeiter umgegangen werden muss und „gerichtsfest“ umgegangen werden kann.

- II. -

Der Begriff des Leistungsmangels im Arbeitsverhältnis:

Das Arbeitsverhältnis ist in erster Linie gegenseitiger Vertrag. Es ist Dauerschuldverhältnis und durch dem Austausch wirtschaftlicher Leistungen geprägt. Der Arbeitgeber ist zur Beschäftigung und Lohnzahlung, der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet.

Ausgangspunkt nahezu aller arbeitsrechtlich relevanten Maßnahmen ist die Pflichtverletzung im Arbeitsverhältnis, also die Frage, ob ein dem Arbeitnehmer vorwerfbarer Leistungsmangel vorliegt.

Hierzu muss zunächst festgestellt werden, was konkret die Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers ist. Hiervon ausgehend ist sodann nach der „Störungsquelle“ zu unterscheiden zwischen einerseits verhaltensbedingten Leistungsmängeln und andererseits personenbedingten Störungen der Leistungsbalance zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (des sogenannten „Äquivalenzverhältnisses“).

1. Welche Leistung der Arbeitnehmer konkret schuldet, beurteilt sich zunächst nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, konkret nach dem Arbeitsvertrag. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag (wie meistens) nicht näher nach Menge und Qualität beschrieben worden, so richtet sich der Inhalt der Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung seines Direktionsrechtes festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers.

*„Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut wie er kann“
(BAG vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02)*

Die Leistungspflicht ist daher nicht starr, sondern vielmehr dynamisch und orientiert sich an der jeweiligen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Leistungsmaßstab ist nicht anzusetzen (BAG vom 21.05.1992 – 2 AZR 551/91).

Die früher hierzu vertretene Rechtsauffassung, der Arbeitnehmer schulde eine Art „objektive Normalleistung mittlerer Art und Güte“ hat das Bundesar-

beitgericht mit vorstehend zitierten Entscheidung aus dem Jahre 2003 ausdrücklich aufgegeben.

Daraus folgt allerdings nicht, dass der Arbeitnehmer seine Leistungspflicht selbst und willkürlich bestimmen kann. Es ist ihm nicht gestattet, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einseitig und nach freiem Belieben zu bestimmen. Er muss vielmehr **unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit** arbeiten. Tut er das nicht, liegt in diesem Sinne ein Leistungsmangel vor.

Ob der Mitarbeiter dies tut, ist für den Arbeitgeber anhand objektivierbarer Kriterien nicht immer erkennbar. Der bloße Umstand, dass ein Mitarbeiter unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass er seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft.

Jede Vergleichsgruppe hat ihrer Natur nach ein „Schlusslicht“. Ob diesem Mitarbeiter alleine deshalb ein relevanter Leistungsmangel vorgeworfen werden kann, beurteilt sich (wie meist im Arbeitsrecht) nach den jeweiligen **Umständen des Einzelfalles**, insbesondere nach den Ursachen der Minderleistung. Zu bedenken ist, dass die Ursache z.B. auch darin bestehen kann, dass die übrigen Gruppenangehörigen besonders leistungsstark sind, sich überfordern (Stichwort: ständige unbezahlte Überstunden) oder dass umgekehrt der gruppenschwächste Arbeitnehmer besonders leistungsschwach ist. Legt der Mitarbeiter konkrete Beeinträchtigungen seiner subjektiven Leistungsfähigkeit durch betriebliche (Mobbing, fehlendes Gerät etc.) oder persönliche (Lebensalter, Krankheit etc.) Umstände dar, kann der Leistungsmangel unter Umständen nicht mehr als vorwerfbar anzusehen sein.

Andererseits ist z.B. das erhebliche und nachhaltige Unterschreiten des von den vergleichbaren Mitarbeitern erreichten durchschnittlichen Mittelwert an Arbeitsergebnis, oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis,

dass der „schwache“ Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die er mit zumutbaren Anstrengungen nutzen könnte – er also im arbeitsrechtlich vorwerfbaren Sinne Low Performer ist und ein verhaltensbedingter Leistungsmangel in diesem Sinne vorliegt.

Verhaltensbedingter Leistungsmangel und Pflichtverletzung des Arbeitnehmers erfordert daher eine unzureichende Ausschöpfung des eigenen Leistungsvermögens durch den Arbeitnehmer.

2. „Störquelle“ des Arbeitsverhältnisses können jedoch auch Umstände sein, die auf einem in den persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers liegenden Umstand zurückzuführen sind. (BAG vom 13.03.1987 – 7 AZR 724/85). In diesen Fällen liegt in der Regel eine schwere und dauerhafte Störung des vertraglichen Austauschverhältnisses vor, ohne dass dem Mitarbeiter konkret eine Vertragsverletzung vorzuwerfen wäre. Die konkrete Leistungspflicht des Mitarbeiters ist wie oben dargestellt, individuell zu bestimmen.

Ein Mitarbeiter, der trotz angemessener Bemühungen die Normalleistung unterschreitet oder nicht erbringt, verstößt nicht gegen den Vertrag, sondern „unterschreitet die nicht zur Vertragsbedingung erhobenen berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers von einem ausgewogenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung“ (BAG vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02).

Für einen arbeitsrechtlich relevanten Leistungsmangel kommt es dann darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechtigten Gleichwertigkeitserwartungen des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar wird (BAG a.a.O.).

Auch hier kommt es wieder auf den jeweiligen Einzelfall (insbesondere auf die Ursache der Minderleistung) an. Für den Arbeitgeber positiv entschie-

den ist z.B. ein Sachverhalt, in dem eine Arbeitnehmerin die errechnete Normalleistung dauerhaft um zumindest ein Drittel unterschritten hat (BAG vom 26.09.1991 – 2 AZR 132/91 oder auch LAG Köln vom 26.02.1999 – 11 Sa 1216/98).

Leistungsmangel in diesem – personenbedingten Sinne – ist daher dauerhafte und nachhaltige Störung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung.

- III. -

Abgrenzung zwischen Schlechtleistung, Minderleistung und Leistung „mittlerer Art und Güte“:

Der Begriff des Low Performers stammt aus dem angloamerikanischen Rechtsraum. Im hiesigen Rechtsraum sind einzelne Leistungsdefizite daraufhin zu untersuchen, ob sie Pflichtverletzung als

- Schlechtleistung
- Minderleistung
- Fehlleistung

sind, oder aber eine nicht zu beanstandende

- Leistung mittlerer Art und Güte

vorliegt. Erst dann kann bei relevanten Pflichtverstößen das Gesamtverhalten des Arbeitnehmers, also die „Führung im Arbeitsverhältnis“ in der Gesamtschau bewertet werden.

Die Begriffe unterscheiden sich wie folgt:

1. **Slechtleistung** liegt begrifflich vor, wenn die Qualität der geleisteten Arbeit unzureichend ist (z.B. ein Mitarbeiter produziert zu viel Ausschussware).
2. **Minderleistung** liegt vor, wenn die Arbeitsmenge, die der Mitarbeiter erbringt, unzureichend ist.
3. **Fehlleistung** liegt vor, wenn der Mitarbeiter die falsche Leistung erbringt

(z.B. der Einkäufer bestellt falsche Modelle).

Solche Pflichtverletzungen können den Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen zur Kündigung berechtigen.

Demgegenüber liegt keine arbeitsrechtlich relevante Pflichtverletzung vor, wenn der Mitarbeiter zwar als „schlecht“ oder „langsam“ empfunden wird, aber **Leistungen mittlerer Art und Güte** erbringt. Hierbei ist zu beachten, dass der Arbeitsvertrag Dienst- und nicht Werkvertrag ist. Hieraus folgt, dass der Arbeitnehmer aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht den Arbeitserfolg, sondern eine Arbeitsleistung als Tätigkeit schuldet. Kommt er diesen Grundsätzen mit den vorstehend zu I. dargestellten Maßgaben nach, erbringt er nicht zu beanstandende Leistungen „mittlerer Art und Güte“.

- IV. -

Wann ist ein Mitarbeiter aus arbeitsrechtlicher Sicht ein Low Performer?

Der Begriff des Low Performers ist im deutschen Arbeitsrecht nicht verankert. Er stammt aus dem angloamerikanischen Rechtsraum.

Systematisch gilt die Differenzierung zwischen verhaltensbedingten und personenbedingten „Störquellen“ in dem bereits unter Ziff. II. dargestellten Rahmen. Im übrigen kommt es auch hier auf die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles an.

So hat z.B. das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 11.12.2003 (2 AZR 667/02) entschieden, dass zumindest dann, wenn ein Mitarbeiter im Vergleich zu seinen Kollegen längerfristig nur mit halber Kraft arbeitet eine (verhaltens- oder auch personenbedingte) Kündigung wegen andauernder Leistungsschwäche gerechtfertigt sein kann.

Der 55-jährige Mitarbeiter arbeitete als Kommissionierer bei einem Einzelhandelsunternehmen. Für diese Arbeit erhielt

er neben dem Grundlohn eine Prämie, die dann fällig werden sollte, wenn er eine aus dem Durchschnitt aller Arbeitnehmer gebildete „Normalleistung“ übertrifft. Der Mitarbeiter hat diesen Durchschnitt nicht übertroffen. Aus Sicht des Arbeitgebers hat der Mitarbeiter diese „Durchschnittsleistung“ um 40 bis 50 Prozent unterschritten. Nach zwei Abmahnungen kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis schließlich fristgerecht. Der Arbeitnehmer erhob Kündigungsschutzklage. Das BAG hat den Rechtsstreit zwar zur weiteren Aufklärung auch der Leistungsdefizite an das zuständige Landesarbeitsgericht zurückverwiesen, hierbei aber grundsätzlich darauf hingewiesen, dass eine Kündigung in einem solchen Fall sowohl aus verhaltens- als auch aus personenbedingten Gründen gerechtfertigt sein kann. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist nach der Begründung BAG dann möglich, wenn der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß arbeiten will, d.h. ihm eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Weitere Voraussetzung einer Kündigung ist hier zumindest eine (wohl aber mehrere) einschlägige erfolglose Abmahnungen wegen gleichartigen Fehlverhaltens.

In einer weiteren Entscheidung vom 03.06.2004 (2 AZR 386/03) hat das BAG auch grundsätzliches zu der Kündigungsmöglichkeit eines Business Development Executive ausgeführt. Dem Arbeitnehmer war ein Grundgehalt zugesagt und ein Provisionseinkommen in gleicher Höhe zusätzlich in Aussicht gestellt worden. In der Folgezeit hat der Mitarbeiter nur gelegentlich Kundenbesuche durchgeführt und kaum Aufträge akquiriert. Aus Sicht der Arbeitgeberin war die Tätigkeit des Mitarbeiters völlig erfolglos geblieben. Der (international ausgerichtete) Betrieb unterfiel nicht dem Kündigungsschutzgesetz. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis. Der Mitarbeiter erhob Kündigungsschutzklage. Trotzdem sich das BAG aus formaljuristischen Gründen nicht selbst mit den angegriffenen Kündigungsgründen auseinandersetzen durfte, hat es auch hier die Gelegenheit genutzt, Stellung zur Kündigungsmöglichkeit bei Minderleistung zu nehmen. Die Urteilsbegründung führt hierzu grundsätzlich aus, dass auch in solchen Fällen eine Kündigung aus den

Gründen der Minderleistung sowohl als verhaltensbedingte wie auch personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein kann. Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt hiernach (ebenso) voraus, dass dem Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Eine längerfristige deutliche Unterschreitung der durchschnittlichen Arbeitsleistung kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer weniger arbeitet, als er könnte.

Auch hier hat das BAG bestätigt, dass eine personenbedingte Kündigung dann in Betracht kommen kann, wenn bei einem über längere Zeit erheblich leistungsschwachen Arbeitnehmer auch für die Zukunft mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichts zu rechnen ist. Neu ist an dieser Entscheidung das Erfordernis einer sogenannten negativen Zukunftsprognose (ähnlich der bisherigen Rechtsprechung zur Kündigung wegen dauerhafter Erkrankung). Abstrakte Vorgaben, wie lange ein Arbeitgeber die völlige Erfolglosigkeit eines mit der Akquisition von Aufträgen betrauten Mitarbeiters hinzunehmen hat, können jedoch auch nach dieser Entscheidung ausdrücklich nicht gemacht werden. Vielmehr hat das BAG auch an dieser Stelle wiederum darauf hingewiesen, dass auch diese Frage nach den Umständen des Einzelfalles beantwortet werden muss.

Es bleibt also bei der für den Arbeitgeber sehr unsicheren Beurteilung nach dem jeweiligen Einzelfall.

- V. -

Möglichkeiten zur Überprüfung von Leistungsfähigkeit und Leistungswillen:

Für den Arbeitgeber stellt sich vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung die Frage, wie er diese „Umstände des Einzelfalles“ erfassen, prüfen und dokumentieren kann. Weiter muss aufgrund der Differenzierung des BAG zu den Kündigungsgründen vorab rechtssicher geklärt werden können, ob der Mitarbeiter weniger arbeitet als er könnte (verhaltensbedingter Kündigungsgrund) oder aber eben nicht mehr arbeiten kann (je nach Ursache als

personenbedingter Kündigungsgrund denkbar).

Für den Arbeitgeber ist es daher zunächst wichtig, möglichst viel sowohl über persönliche, wie auch betriebliche Ursachen des Arbeitsverhaltens des Mitarbeiters in Erfahrung zu bringen.

1. Es ist daher sicherlich sinnvoll, zunächst sowohl den betreffenden Arbeitnehmer selbst, wie auch dessen Arbeitskollegen, Mitarbeiter und Vorgesetzten und ggf. den Ansprechpartner des Mitarbeiters im Betriebsrat zu befragen und dieses (selbstverständlich im Rahmen zulässiger Personalaktenführung) entsprechend zu dokumentieren. Ziel dieses Vorgehens sollte zunächst die Ursachenforschung sein, wobei auch hier zwischen persönlichen und betrieblichen Ursachen zu unterscheiden sein wird. Persönliche Ursachen (wie z.B. Alter, Krankheit etc.) sind nur beschränkt erfragbar und müssen zu Gunsten des Mitarbeiters Berücksichtigung finden.

2. Sodann sollte auch aus arbeitsrechtlicher Sicht (die Kündigung ist immer „ultima ratio“, d.h. es müssen zuvor sämtliche anderen weniger einschneidenden Schritte und Maßnahmen erfolglos versucht worden sein) nachweisbar und glaubwürdig der Versuch unternommen worden sein, den Mitarbeiter zu entwickeln, ggf. zu verändern und auch optimale Entwicklungschancen für ihn zu schaffen. Eingefahrene Teams müssen ggf. aufgebrochen und Strukturen verändert werden.

„Identifizieren – fördern – führen“

3. Begrenzt werden solche Maßnahmen z.B. durch:

- Grenzen des Fragerechts (z.B. aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters, wie bei der Frage nach Krankheitsursachen und familiären Umständen),
- Datenschutz,
- Begrenzungen des Direktions-/Weisungsrechtes,

- Rechte anderer Mitarbeiter,
- Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates,
- aber auch fehlendes Problembewusstsein.

4. Insgesamt sollte jedoch (auch mit Blick auf eine später ggf. anstehende gerichtliche Auseinandersetzung) der Arbeitgeber in solchen Situationen immer für eine möglichst genaue Dokumentation und Beweisbarkeit geführter Gespräche und Reproduzierbarkeit von Unterstützungsbemühungen Sorge tragen. Vermittelte Ziele sollten klar formuliert und schriftlich niedergelegt und Mitarbeitergespräche dokumentiert werden.
5. Erst wenn diese Bemühungen nachhaltig und beweisbar in einem angemessenen zeitlichen Rahmen vorgegeben und gescheitert sind, darf sich der Arbeitgeber zulässigerweise die Frage nach arbeitsrechtlich relevanten Maßnahmen gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter stellen.

- VI. -

Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers:

Hierbei hat sich folgende Schrittfolge herausgebildet:

1. Zunächst sollte der Arbeitgeber versuchen, die Leistung des Mitarbeiters (wie auch seiner vergleichbaren Kollegen) zu bemessen, um einen Leistungsmangel überhaupt beschreiben zu können. Hierzu sollte versucht werden, irgend eine Art der Überprüfung einzuführen. Denkbar z.B. als:
- Überprüfung technischer Art (Erfassungssystem o.ä.),
 - Formulierung von Zielvereinbarungen,
 - oder schlicht durch vermehrte Kontrolle durch Vorgesetzte.
2. Ist die Leistungsbemessung erfolgt und auch ausreichend dokumentiert, sollte der Arbeitgeber Weisungen ver-

mehrt schriftlich erteilen und geführte Gespräche genauer dokumentieren.

3. Erfüllt der Mitarbeiter diese Weisungen und Zielvereinbarungen nicht, muss versucht werden, die Ursachen für die Schlecht- oder Minderleistung festzulegen. Dies dient auch dem Ausschluss von betrieblichen Ursachen, wegen denen der Mitarbeiter nicht belangt werden darf. Solche Umstände sind zunächst abzustellen.
4. Ergibt sich sodann, dass ein bestimmtes Verhaltensmuster („steuerbares Verhalten“) des Arbeitnehmers Ursache für seine Minderleistung ist, ist zu prüfen, ob dieses Verhalten den Ausspruch einer **Abmahnung** rechtfertigt. Entschließt sich der Arbeitgeber zum Ausspruch einer kündigungsvorbereitenden Abmahnung ist dringend dafür Sorge zu tragen, dass diese Abmahnung formal und inhaltlich trägt. Der Ausspruch einer „richtigen“ Abmahnung ist eine oft unterschätzte Kunst, deren Darstellung den hier gegebenen Rahmen sicherlich überschreiten würde. Es können daher hier nur einige wesentliche Gesichtspunkte – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – angesprochen werden. Insbesondere ist auf folgendes zu achten:

- a) Zunächst sollte eine Anhörung in Form eines Mitarbeitergesprächs geführt werden, damit der Mitarbeiter die Chance erhält, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu entkräften. Hierzu kann die Zuziehung eines Betriebsratsmitgliedes geboten sein.
Die Abmahnung ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung begeht, also weniger arbeitet, als er könnte. Dem Arbeitnehmer muss also in der Anhörung die Möglichkeit gegeben werden, entkräftend vorzutragen, warum er seine Leistungsfähigkeit voll ausschöpft und dennoch andere Resultate erzielt, als andere (bestimmte persönliche Umstände, Situation in der Abteilung etc.). Erst wenn diese Entkräf-

tung „gescheitert“ ist, darf die Abmahnung ausgesprochen werden.

- b) Bei der Formulierung der Abmahnung gilt folgendes:

Die Abmahnung muss den vorgeworfenen Pflichtverstoß genau benennen und rügen und hat weiter sogenannte „Warnfunktion“.

Die Rüge beinhaltet die genaue Darstellung des vorgeworfenen Verhaltens verbunden mit der Aufforderung, sich künftig vertragsgenau zu verhalten. Hier ist bei Leistungsmängeln möglichst genau darzustellen, was künftig von dem abgemahnten Mitarbeiter erwartet wird (z.B. welche Arbeitsleistung in welcher Zeit mit welchen Mitteln er erbringen soll).

Weiter muss die Abmahnung die Ankündigung enthalten, welche arbeitsrechtliche Konsequenz der Mitarbeiter im Wiederholungsfall zu befürchten hat. In Betracht kommt hier z.B. die Androhung von

- Versetzung,
- Änderungskündigung,
- Beendigungskündigung.

- c) Die Abmahnung sollte schriftlich abgefasst und wirksam (Vertretungsberechtigung?) unterzeichnet sein. Der Zugang beim Mitarbeiter sollte dokumentiert werden.

5. Begeht der Mitarbeiter auch nach (mehreren wirksamen) Abmahnungen weitere Pflichtverstöße – arbeitet er also im verhaltensbedingten Bereich weiter weniger als er könnte – so kommt ggf. eine **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses in Betracht. Auch hier ist eine umfassende Beurteilung aller Umstände des Einzelfalles unter Beachtung der bereits dargestellten Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vorzunehmen, bevor der Arbeitgeber den Kündigungsentschluss treffen darf.

- a) Zunächst gilt das bereits angesprochene „ultima ratio“-Prinzip. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber unter allen in Betracht kommenden Maßnahmen stets zunächst diejenige wählen muss, die den betroffenen Mitarbeiter am wenigsten stark beeinträchtigt. Denkbar ist z.B. der Vorrang einer Versetzung, oder aber einer Änderungs- vor einer Beendigungskündigung.
- b) Änderungskündigung ist zunächst reguläre Kündigung des Arbeitsverhältnisses, so wie es derzeit besteht verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist zu veränderten Bedingungen (z.B. an einem anderen, weniger qualifizierten Arbeitsplatz) weiterzuführen. Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot an, so besteht das Arbeitsverhältnis mit den geänderten Konditionen fort. Lehnt er das Änderungsangebot ab, greift die reguläre Beendigungskündigung. Greift er diese nicht innerhalb von 3 Wochen gerichtlich an, gilt die als akzeptiert. Der Arbeitnehmer kann jedoch auch das Änderungsangebot innerhalb von 3 Wochen „unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung“ zunächst vorläufig annehmen und die fehlende soziale Rechtfertigung der Änderung – d.h. das Fehlen eines die Änderung rechtfertigenden Kündigungsgrundes – bei bestehendem Kündigungsschutz (Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate, kein Kleinbetrieb) ebenfalls durch eine sogenannte Änderungsschutzklage gerichtliche überprüfen lassen. Auch diese Klage muss innerhalb einer Ausschlussfrist von 3 Wochen ab Zugang der Kündigung bei dem Arbeitnehmer erhoben werden. Obsiegt der Arbeitnehmer, besteht das Arbeitsverhältnis zu den ursprünglichen Konditionen unverändert fort. Unterliegt er im Verfahren, bleibt das Arbeitsverhältnis zu dem geänderten Konditionen bestehen.
- c) Gibt es kein „milderes Mittel“ und hat der Arbeitgeber bei verhaltensbedingten Gründen zuvor ausreichend abgemahnt (und dem Mitarbeiter so erfolglos Gelegenheit gegeben, das beanstandete Verhalten abzuändern), kommt die **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses in Betracht. Hierbei sind vorstehende Grundsätze des Bundesarbeitsgerichts und die dargestellte Differenzierung zwischen verhaltens- und personenbedingten Kündigungsgründen zu beachten. Hierbei ist dringend zu empfehlen von einer Darstellung der Kündigungsgründe im Kündigungsschreiben selbst abzusehen, sofern eine solche Kündigungsbegründung nicht ausnahmsweise gesetzlich (z.B. bei Beraufsausbildungsverhältnissen gem. § 15 Abs. 3 BBiG) oder aber durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung vorgeschrieben ist. Wird die Kündigung im Kündigungsschreiben selbst begründet, bindet dies auch den Arbeitgebervortrag in einem späteren Kündigungsschutzverfahren.
- In einem späteren Kündigungsschutzprozess ist bei der verhaltensbedingten Kündigung folgende **abgestufte Darlegungs- und Beweislast** zu beachten: Es ist zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den Leistungsmängeln das vorzutragen, was er wissen kann. Kennt er lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt er seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des gekündigten Mitarbeiters deutlich hinter denen der vergleichbaren Mitarbeiter zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich und nachhaltig unterschreiten. Hat der Arbeitgeber dies ausreichend konkret und substantiiert vorgetragen, ist es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu erwidern, ggf. das Zahlenwerk und seine Aussagefähigkeit im einzelnen zu bestreiten und/oder darzulegen,

warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Hier können z.B. altersbedingte Leistungsdefizite, Beeinträchtigung durch Krankheit, aber auch betriebliche Umstände eine Rolle spielen. Legt der Mitarbeiter solche Umstände plausibel dar, so ist es alsdann Sache des Arbeitgebers, sie zu widerlegen. Trägt der Arbeitnehmer hingegen solche Umstände nicht vor, so gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Es wird dann davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausgeschöpft hat (vgl. BAG vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02).

- VII. -

Beteiligung von Betriebsrat und Personalvertretung:

Zu beachten sind weiter die in der jeweiligen Phase des Umgangs mit dem betreffenden Mitarbeiter einschlägigen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrecht von Betriebsrat bzw. Personalvertretung.

Im einzelnen gilt folgendes:

1. Die Einführung von Kontrollmaßnahmen kann gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Fragen der betrieblichen Ordnung) oder gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen) der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen. Allgemeine Beurteilungsgrundsätze bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Betriebsrates.
2. Der Mitarbeiter hat das Recht, zu einem Mitarbeitergespräch ein Mitglied

des Betriebsrates hinzuzuziehen (BAG vom 23.02.1984 in EZA § 82 Nr. 1 BetrVG).

3. Initiiert der Betriebsrat Arbeitnehmerbeschwerden, z.B. darüber, dass Leistungen zugerechnet werden, obwohl die Ursachen betrieblich sind und bestehen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Beschwerde kann der Betriebsrat gem. § 85 Abs. 2 BetrVG eine Einigungsstelle anrufen.
4. Eine Versetzung unterliegt als personelle Einzelmaßnahme der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG.
5. Vor Ausspruch einer Kündigung (Änderungskündigung und Beendigungskündigung) muss der Betriebsrat gem. § 102 BetrVG in der gesetzlich vorgesehenen Weise angehört werden.

Hierbei ist besonderes Augenmerk auf die richtige Mitteilung der Kündigungsgründe (personenbedingt oder verhaltensbedingt?) an den Betriebsrat zu legen. Wird hier falsch formuliert, ist die Anhörung fehlerhaft und die Kündigung alleine hierwegen fehlerhaft.

6. Aufhebungsverträge sind demgegenüber mitbestimmungsfrei.

Cornelia Dobmeier,
Fachanwältin für Arbeitsrecht

ENSENBACH Rechtsanwälte
- Hennigsdorf -
Havelplatz 1, 16761 Hennigsdorf
Tel.: 03302-50540