

## KÜNDIGUNG VON „LOW PERFORMERN“

*Der steigende Wettbewerbs- und Kostendruck veranlasst die Unternehmen zunehmend dazu, sich von leistungsschwachen Mitarbeitern („Low Performern“) zu trennen. Das Bundesarbeitsgericht hat in zwei Entscheidungen die Voraussetzungen für die Kündigung von Low Performern aufgestellt. Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Hanns-Uwe Richter von der Heidelberger Anwaltssozietät SCHLATTER stellt sie uns vor.*

Von einem Low Performer spricht man, wenn der Mitarbeiter Minderleistungen erbringt, d. h. die tatsächlich erbrachte Leistung von der geschuldeten Leistung negativ abweicht. Dies kann im Verhalten oder in der Person des Mitarbeiters begründet sein. Es ist in seinem Verhalten begründet, „wenn der Mitarbeiter kann, aber nicht will“, in der Person, „wenn der Mitarbeiter will, aber nicht kann“.

In seinen Entscheidungen vom 11.12.2003 (Az. 2 AZR 667/02) und 03.06.2004 (Az. 2 AZR 386/03) hat das Bundesarbeitsgericht aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen sich der Arbeitgeber von Low-Performern trennen kann. Das Bundesarbeitsgericht hat klargestellt, dass Minderleistungen des Arbeitnehmers grundsätzlich geeignet sind, eine ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten oder personenbedingten Gründen zu rechtfertigen.

Wenn der Arbeitgeber die Kündigung eines Low Performers in Erwägung zieht, muss er sich folgendes vergegenwärtigen: Zunächst ist zu bestimmen, welche Leistung der Mitarbeiter zu erbringen hat. Hierfür zieht das Bundesarbeitsgericht den Arbeitsinhalt heran, wie er sich aus dem Vertrag oder aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers ergibt. Zusätzlich ergibt sich der Inhalt der geschuldeten Leistung aus dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Mitarbeiters. Dem Mitarbeiter ist es allerdings verwehrt, „Dienst nach Vorschrift“ zu machen. Er muss die Leistung erbringen, die er subjektiv erbringen kann, also auch gegebenenfalls mehr als der Durchschnitt. Das Bundesarbeitsgericht umschreibt dies mit den Worten: „Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann“. Der Mitarbeiter erfüllt daher seine Leistungspflicht, wenn er unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet.

Steht nun die vom Mitarbeiter geschuldete Leistung mit der tatsächlich erbrachten Leistung in einem Missverhältnis, so stellt sich die Frage, ob und wie lange der Arbeitgeber derartige negative Abweichungen hinnehmen muss. Nach dem Bundesarbeitsgericht liegt ein Missverhältnis vor, wenn die Leistung auf Dauer und nicht nur unerheblich unter der als Normalwert anzusehenden Leistung liegt oder wenn eine nicht mehr zu tolerierende Fehlerquote vorliegt. Dies ist nach dem Bundesarbeitsgericht regelmäßig bei einer Unterschreitung der betriebsüblichen Arbeitsleistung von mehr als einem Drittel der Fall.

Da eine Kündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses überhaupt nur als letztes Mittel in Betracht kommt, hat der Arbeitgeber sodann zu prüfen, ob er den Mitarbeiter nicht auf einem anderen, für ihn besser geeigneten Arbeitsplatz beschäftigen kann.

Besteht kein solcher Arbeitsplatz, muss der Arbeitgeber nach den Ursachen für die Leistungsmängel forschen. Liegt der Leistungsmangel im Verhalten des Mitarbeiters begründet, so kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht. Die Kündigung eines Mitarbeiters wegen einer verhaltensbedingten Schlechtleistung setzt stets eine schuldhaftige Pflichtverletzung voraus. Der Mitarbeiter könnte also mehr bzw. besser arbeiten, will dies aber nicht. Vor Ausspruch einer Kündigung muss der Arbeitgeber daher den Mitarbeiter erfolglos wegen der Pflichtverletzung abgemahnt haben.

Liegt demgegenüber der Leistungsmangel in der Person des Mitarbeiters begründet, so will der Mitarbeiter zwar die Leistung ordnungsgemäß erbringen, kann dies aber aus in seiner Person liegenden Gründen dauerhaft nicht. Dem Arbeitgeber ist ein Festhalten dann nicht zumutbar, wenn auch künftig nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen ist und die zu erwartenden Störungen zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistungen setzt also gerade nicht voraus, dass der Mitarbeiter gegen seine Leistungspflicht verstößt. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers derart unterschreitet, dass diesem ein Festhalten an dem Arbeitsvertrag unzumutbar ist. Da der Mitarbeiter aus persönlichen Gründen nicht in der Lage ist, die geforderte Leistung zu erbringen, bedarf es auch keiner Abmahnung. Der Zweck der Abmahnung, den Mitarbeiter zur Besserung, also zur Einhaltung der vertraglich geschuldeten Leistung anzuhalten, kann in diesem Fall nicht erreicht werden.

Wenn auch das Bundesarbeitsgericht die Kündigung von Low Performern grundsätzlich zulässt, so stellt sich für den Arbeitgeber das Problem, wie er nachweist,

dass die vertraglich geschuldete Leistung des Mitarbeiters von der tatsächlich erbrachten Leistung abweicht und zwar – so das Bundesarbeitsgericht – um mehr als ein Drittel. Dieses Nachweisproblem mag für den Arbeitgeber dann geringer sein, wenn der Mitarbeiter im Akkordlohn steht. In diesem Fall hat der Arbeitgeber einen Vergleichsmaßstab. Was ist aber mit dem Mitarbeiter im EDV-Bereich, im Einkauf, in der Finanzbuchhaltung oder im Controlling? Hier kann der Arbeitgeber das Problem dadurch mindern, dass er mit dem Mitarbeiter einvernehmliche und realistische Ziele vereinbart und diese Ziele dokumentiert. Möglich ist auch, dass der Arbeitgeber in der Tätigkeitsbeschreibung des Arbeitsvertrags die Leistungspflicht und den Leistungsumfang des Mitarbeiters konkret und ausführlich beschreibt. Die Durchschnittsleistung der Kollegen stellt ebenfalls ein Indiz dar, auch wenn das Bundesarbeitsgericht einwendet, dass in einer Vergleichsgruppe stets ein Angehöriger der Gruppe das Schlusslicht darstellt. Darüber hinaus hilft die Rechtsprechung dem Arbeitgeber im Prozess, wenn sie dem Arbeitgeber nur eine abgestufte Darlegungslast auferlegt. Er muss die Leistungsmängel konkret darlegen und nicht nur pauschal behaupten. Sodann muss der Mitarbeiter erläutern, warum er trotz unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft bzw. woran die Störung des Leistungsgleichgewichts liegen könnte und ob in Zukunft eine Besserung eintritt. Hier können Gesichtspunkte wie Alter, Behinderung oder Krankheit eine Rolle spielen. Erst wenn dies dem Mitarbeiter gelingt, hat der Arbeitgeber den Vortrag des Mitarbeiters zu widerlegen.

Erfreulich an den beiden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ist die Klarstellung, dass der Arbeitgeber ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das infolge des Verhaltens des Mitarbeiters entsteht oder in dessen Person begründet ist, nicht unter allen Umständen hinnehmen muss. Dennoch werden in der Praxis die Minderleistungen des Mitarbeiters nicht so offen zu Tage treten, wie in dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall vom 03.06.2004: In diesem Fall wurde dem Mitarbeiter jährlich neben dem Festgehalt von ca. 150.000 Euro ein Provisionseinkommen in gleicher Höhe garantiert. Seine Aufgabe war es, als einer der beiden Außendienstler in Deutschland beim Kunden die Geschäftsabschlüsse zu tätigen, die von den angestellten Unternehmensberatern abzuwickeln waren. Allerdings tätigte der Mitarbeiter in 18 Monaten keinen einzigen Geschäftsabschluss! Die Kündigung hatte vor dem Bundesarbeitsgericht Bestand. Der Arbeitgeber durfte sich von dem Low Performer trennen.