

## Wenn die Leistung fehlt

**Wie geht man als Führungskraft mit Minderleistern um? Sollten alle positiv flankierenden und unterstützenden Maßnahmen nicht fruchten, steht am Ende auch die Überlegung im Raum, sich vom Low-Performer zu trennen. Aber welche juristischen Voraussetzungen und Grenzen müssen für eine rechtssichere Kündigung bedacht werden?**



**D**er Begriff „Low-Performer“ oder Minderleister stellt eine Kategorie von Mitarbeitern bezogen auf deren Leistungen dar. Low-Performer erreichen nicht oder nicht vollständig die von ihnen geforderten Leistungen/Ergebnisse und zwar unabhängig davon, ob es an deren Fähigkeit oder Willen liegt.

Eine Ursachenforschung liegt im ureigenen Interesse des Unternehmens. Dabei gilt es das komplexe Zusammenspiel der Einflussfaktoren auf die Leistungserbringung zu analysieren. Welche Komponente hat welche Auswirkung auf die Mitarbeiter oder Führungskräfte? Lassen sich diese identifizieren, wird es möglich, diese konsequent zu ändern oder zu reduzieren.

Grundsätzlich lassen sich die mitarbeiterbezogenen Ursachen für die Minderleistung in motivationale und fähigkeitsbezogene Ursachen trennen. Fähigkeitsbezogenen Ursachen begegnet man unisono mit Trainings, Weiterbildung, fachlichen Schulungen et cetera. Diese Vorgehensweise setzt die Bereitschaft des Betroffenen voraus, an seinem Defizit zu arbeiten und es zu reduzieren oder abzustellen. Im Fall der fähigkeitsbezogenen Ursachen besteht weiterhin die Möglichkeit, die Anforderungen der Stellenbeschreibung zu reduzieren oder Aufgabenbereiche ganz entfallen zu lassen.

Motivationale Ursachen lassen sich weit aus schwieriger erkennen und behandeln. Hier gilt es zunächst über Mitarbeiterge-

sprache eine Situation herzustellen, die einen offenen Austausch über die Leistung ermöglicht. Entwickelt sich dieser Dialog nicht positiv und ist trotz der in der Abbildung auf Seite 64 beschriebenen Maßnahmen auf lange Zeit keine Bereitschaft des Mitarbeiters zu erkennen, mehr Engagement zu zeigen, dann bleibt in allerletzter Konsequenz nur, sich von ihm zu trennen.

### Im Falle des Scheiterns: Kündigung

Für Mitarbeiter in Unternehmen mit mehr als zehn Beschäftigten entsteht nach Ablauf der Wartezeit von sechs Monaten Kündigungsschutz. Für Altarbeitsverhältnisse vor dem 31.12.2003 gilt der Schwellenwert von mehr als fünf Arbeitnehmern nach § 23 KSchG. Für diese Arbeitsverhältnisse muss die Kündigung den Anforderungen des Kündigungsschutzgesetzes genügen. Die Relevanz des Kündigungsschutzes wird jedoch in der Praxis durch befristete Beschäftigungsverhältnisse eingeschränkt. Zu erwarten ist allerdings, dass der Anteil der befristeten Arbeitsverhältnisse in dem Maße zurückgeht, in dem die Unternehmen Schwierigkeiten haben, Fachkräfte zu finden.

Bei Arbeitsverhältnissen mit Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz ist die ordentliche Arbeitgeberkündigung unwirksam, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt, also durch Gründe bedingt ist, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeit-

nehmers oder in dringenden betrieblichen Erfordernissen liegen. Dabei genügt das bloße Vorliegen vorgenannter Gründe nicht, sondern die konkrete Kündigung muss durch einen dieser Gründe „bedingt“ im Sinne von „erforderlich“ sein. Gemessen wird jede Kündigung an den drei Grundprinzipien der sozialen Rechtfertigung: dem Prognoseprinzip, dem Ultima-ratio-Prinzip und der Interessenabwägung. Auch die Wirksamkeit einer Kündigung wegen Minderleistung lässt sich auf diese drei Prinzipien zurückführen.

### Das Prognoseprinzip

Das Kündigungsrecht ist zukunftsbezogen. Eine Kündigung darf keine rückblickende Sanktion sein, sondern muss wegen der Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses in der Zukunft ausgesprochen werden. Für die Minderleistung, die der Arbeitnehmer nicht beeinflussen kann, ist dem Prognoseprinzip genüge getan, wenn die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers in einem Maß unterschritten wird, dass ihm ein Festhalten am unveränderten Arbeitsvertrag unzumutbar wäre, weil auch in Zukunft nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen ist. Die negative Zukunftsprognose kann sich jedoch nur auf eine längerfristige Minderleistung in der Vergangenheit stützen. Angelehnt an eine Grundsatzentscheidung des BAG vom

11. Dezember 2003 wird man eine Beobachtung und Erfassung der Minderleistung über mindestens zwölf Monate anraten, um darauf eine ausreichende Prognose für die Zukunft stützen zu können.

Eine Minderleistung, die auf einer vorwerfbaren Vertragspflichtverletzung beruht, erfüllt das Prognoseprinzip schon dadurch, dass die Gefahr des Anhaltens oder Wiederholens dieser Pflichtverletzung besteht. Darüber hinaus wirkt sich das vorwerfbare Zurückhalten der vertraglich zu erbringenden und subjektiv erbringbaren Leistung für die Zukunft negativ auf das Vertrauensverhältnis aus. Grund zur Annahme, dass sich das Verhalten des Arbeitnehmers nicht verbessert, resultiert auch aus der fehlenden Verhaltensänderung nach Abmahnung, wobei dem Mitarbeiter dazu die Gelegenheit gegeben werden muss.

**Das Ultima-Ratio-Prinzip**

Aus dem Ultima-Ratio-Prinzip folgt die Rechtmäßigkeit der Kündigung nur, wenn alle milderen zumutbaren Mittel ausgeschöpft sind. Für die unwilligen Minderleis-

ter, die wegen ihres Verhaltens gekündigt werden, folgt daraus grundsätzlich das Erfordernis einer Abmahnung. Da eine sichere Abgrenzung für den Arbeitgeber zwischen unwilligen und unfähigen Minderleistern häufig nicht möglich ist oder Mischtatbestände vorliegen, sollte im Falle der Minderleistung stets abgemahnt werden.

Mildere Mittel bei einer auf mangelnder fachlicher Qualifikation beruhenden Minderleistung sind Personalentwicklungsmaßnahmen zur fachlichen Hilfestellung. Welchen Umfang diese Hilfestellung haben muss, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Nicht jede denkbare Maßnahme ist auch zumutbares milderes Mittel. Bei der Frage der Zumutbarkeit verschwimmen die Grenzen zwischen Ultima-Ratio-Prinzip und Interessenabwägung. Die Umstände, die in die Interessenabwägung einfließen, haben zugleich Bedeutung für die Frage der Zumutbarkeit eines milderen Mittels. So wird in der Situation, in der an einen langjährigen, älteren Mitarbeiter wegen fortschreitender Technik neue Anforderungen gestellt werden, ein

anderer Maßstab anzulegen sein, als bei einem Mitarbeiter, der den Anforderungen der Arbeitsaufgaben von Anfang an nicht gewachsen ist.

Neben der fachlichen Hilfestellung ist die Änderungskündigung milderes Mittel vor Ausspruch einer ordentlichen Beendigungskündigung. Sie hat vor allem auch im Falle der fehlenden körperlichen Leistungsfähigkeit Bedeutung, wo ein vorhandener leidensgerechter Arbeitsplatz anzubieten ist. Zu beachten ist, dass grundsätzlich alle vorhandenen freien Arbeitsplätze angeboten werden müssen, die im Verhältnis zur gekündigten Beschäftigung gleichwertig oder geringwertig sind. Die Grenze liegt dabei erst dort, wo das Vertragsangebot beleidigenden Charakter haben würde.

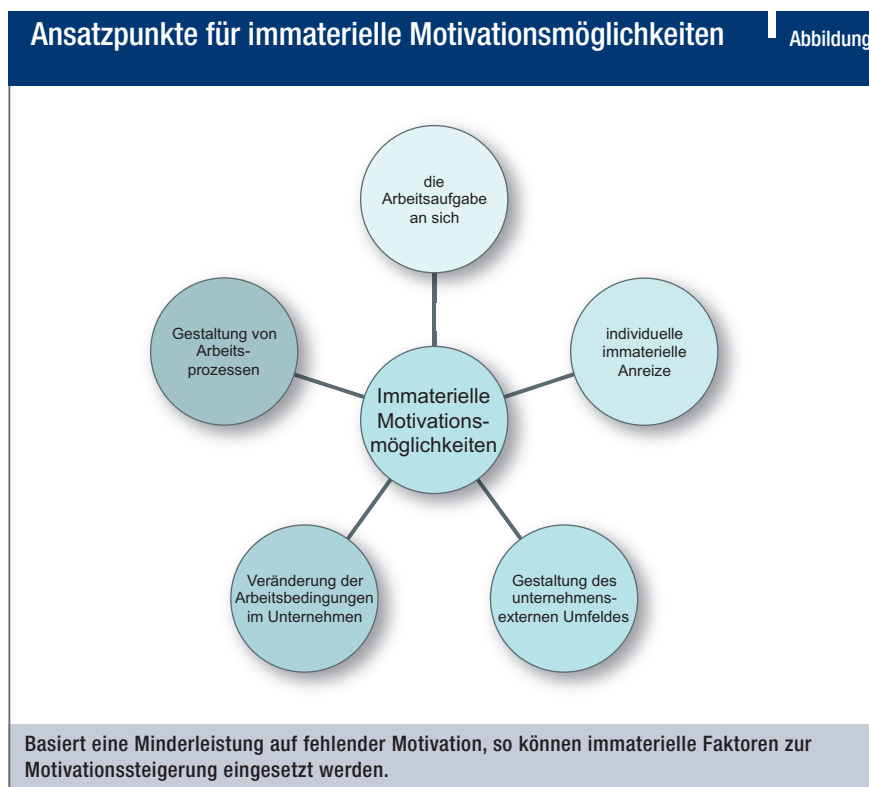
Denkbar ist auch eine Änderungskündigung zur Entgeltminderung, um das Äquivalent zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen.

**Die Interessenabwägung**

Als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung muss nach einer umfassenden Abwägung das Änderungs- beziehungsweise Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an einer unveränderten Weiterbeschäftigung überwiegen. Das Erfordernis einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände führt zu einer hohen Einzelfallgerechtigkeit. Der Preis dafür ist freilich die hohe Rechtsunsicherheit. Es fehlt im Kündigungsrecht dadurch an pauschalen Kündigungsgründen. Für die quantitative Minderleistung gibt es zwar die Orientierung an der Unterschreitung der Durchschnittsleistung um etwa ein Drittel. Das BAG weist aber ausdrücklich auf die Erforderlichkeit einer Interessenabwägung hin, die dem Schutz älterer, langjährig beschäftigter und unverschuldet – womöglich durch die Beschäftigung – erkrankter Arbeitnehmer Rechnung tragen muss.

**Die Darlegungs- und Beweislast**

Im Kündigungsschutzprozess gegen eine Kündigung wegen Minderleistung hat der Arbeitgeber zunächst das Vorliegen der Min-



derleistung, also das Abweichen der erbrachten von der geschuldeten Leistung vorzutragen. Die Abweichung muss dabei so erheblich sein, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist. Da das BAG jedoch eine objektive Leistungspflicht ablehnt, den Arbeitnehmer lediglich verpflichtet sieht unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit zu arbeiten, steht der Arbeitgeber vor einem kaum lösba- ren Problem: Er müsste wissen, wie leistungsfähig der einzelne Mitarbeiter tatsächlich ist und daraus dessen persönliches Leistungs-soll ermitteln. Dem hilft das BAG jedoch über die abgestufte Darlegungslast ab. Der Arbeitgeber hat zunächst zu den Leistungsmängeln das vorzutragen, was er wissen kann. Kennt er nur objektiv messbare Arbeitsergebnisse, so genügt er seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass seinem berechtigten Interesse an einer äquivalenten Gegenleistung für das Entgelt nicht ent-sprochen wird.

Für die quantitative Minderleistung gibt das BAG die Bezugsgröße von circa ein Drit-tel an, um die die Leistung des betreffen- den Mitarbeiters hinter denen vergleichba- rer Arbeitnehmer zurückbleibt. Nicht nur für die Tätigkeiten, die ein messbares Arbeitsergebnis hervorbringen, wie Stück- zahl oder Fallzahl, ist eine Minderleistung darlegbar. Im Falle der Kündigung einer Ingenieurin sah das LAG München den Nachweis einer deutlichen Unterschreitung der noch hinzunehmenden Arbeitsleistung für erbracht an und stützte sich dabei auf den Vergleich von geschätzter Zeit zur Auf- gabenerfüllung zur tatsächlich benötigten Zeit der Arbeitnehmerin.

Bei der qualitativen Minderleistung kann dagegen nicht von einem Überschreiten der durchschnittlichen Fehlerquote um einen pauschalen Faktor automatisch auf die Stö- rung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung geschlossen werden. Viel- mehr muss der Arbeitgeber hierzu weitere Umstände vortragen, wie tatsächliche Fehlerzahl, Art, Schwere und Folgen der feh- lerhaften Arbeitsleistung, die erkennen las-

sen, dass die Grenze des Hinnehmbaren überschritten ist. Eine dreifach höhere Fehlerquote ist daher nur ein deutlicher Anhalts- punkt, aber kein absoluter Grenzwert.

Unerheblich ist dabei zunächst, ob die Min- derleistung durch den Arbeitnehmer steu- erbar war oder nicht, ob die Kündigung also verhaltensbedingt oder personenbedingt erfolgt.

### Begründung der Minderleistung

Gelingt dem Arbeitgeber die Darlegung der Minderleistung, so ist es Sache des Arbeit- nehmers, hierauf zu entgegnen. Er muss im Einzelnen bestreiten und/oder darlegen, warum er mit seiner deutlich unterdurch- schnittlichen Leistung dennoch seine per- sönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Dabei können alters- oder krankheitsbe- dingte Leistungsdefizite, aber auch betrieb- liche Umstände eine Rolle spielen. Legt der Arbeitnehmer derartige Umstände plausi- bel dar, so muss der Arbeitgeber sie wider- legen. Trägt der Arbeitnehmer hingegen derartige Umstände nicht vor, gilt das schlüs- sige Vorbringen des Arbeitgebers als zuge- standen. Es kann dann davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer seine Lei- stungsfähigkeit nicht ausschöpft, was einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar- stellt, der aber einer vorherigen Abmah- nung bedarf. Kann der Arbeitnehmer die Minderleistung nicht widerlegen, begründet aber nachvollziehbar, weshalb er seine Lei- stungsfähigkeit ausgeschöpft hat, kann ihm keine Pflichtverletzung angelastet werden. Legt er allerdings auch nicht nachvollzie- bare Gründe dar, die außerhalb seiner Per- son liegen, wie mangelhafte Vorarbeiten oder fehlerhafte organisatorische Abläufe, so beruht die Minderleistung auf fehlender persönlicher Eignung, die wiederum kün- digungsrelevant ist. Da die Minderleistung in dem Umfang, der die berechnete Gleich- wertigkeitserwartung des Arbeitgebers in dem Maße unterschreitet, dass ein Festhal- ten am Arbeitsvertrag unzumutbar wird, bereits festgestellt ist, wird das Gericht nun überprüfen, ob die Kündigung auch unter Berücksichtigung des Prognoseprinzips, des Ultima-ratio-Prinzips und nach umfas-

sender Interessenabwägung verhältnismä- ßig ist.

### Fachkundige Beratung nötig

Low-Performance von Mitarbeitern ist wegen ihrer vielfältigen negativen Auswirkungen auf das Unternehmen ein Problem, auf das Personalverantwortliche und Führungskräfte, wie dargestellt, mit zwei grundlegenden Strategien reagieren können: Primär mit der Unterstützung beziehungsweise Moti- vation des Mitarbeiters zur Leistungssteige- rung oder mit konsequenter Freisetzung des Mitarbeiters.

Sollten jedoch im ersten Fall alle Maßnah- men nicht fruchten, steht am Ende auch die Überlegung, sich vom Low-Performer zu trennen. Nicht immer muss die Trennung durch Kündigung erfolgen. Alternativ kommt eine einvernehmliche Vertragsauf- lösung, gegebenenfalls unter Zahlung einer Abfindung in Betracht oder ein befristeter Arbeitsvertrag wird nach Ende der Befristung nicht verlängert.

Obwohl das Ziel der Leistungssteigerung zwar im Zentrum der Überlegungen steht und häufig auch von allen Beteiligten gewünscht wird, so bedarf es bei der Been- digung des Vertragsverhältnisses einer früh- zeitigen internen oder externen fachkundi- gen Beratung der Personalverantwortlichen, um eine rechtssichere Kündigung vorzubereiten und auszusprechen.



Autorin  
**Prof. Dr. jur. Kathrin Winkler**,  
Dozentin, Staatliche Studien-  
akademie Thüringen, Berufs-  
akademie Gera, Studienbereich  
Wirtschaft, kathrin.winkler@  
ba-gera.de



Autor  
**Gero Niemann**, geschäfts-  
führende Gesellschafter,  
CURATYS International,  
Moskau, Hamburg, Erfurt, Kiew,  
niemann@curatys.de