

# Was tun bei Low Performer im Team?

## Hintergrundwissen für Arbeitgeber

Pünktlich zum Jahresende kommen regelmäßig Erfolge und Misserfolge in Unternehmen auf den Prüfstand. Im gleichen Atemzug hört man oft vom „Low Performer“ im Team, dem gerne alles Scheitern zugeschrieben wird. Doch welche Mitarbeitende werden rechtlich als „Low Performer“ verstanden? Wie sollen Arbeitgeber und Vorgesetzte mit den „Schlecht- oder Minderleistern“ umgehen? Soll man sie unterstützen, mitschleppen oder sich trennen? Der Beitrag zeigt die rechtlichen Rahmenbedingungen für schwierige Arbeitsverhältnisse auf und liefert konkrete Tipps. (Red.)

Aus Sicht des Arbeitgebers fallen bei der Minderleistung eines Arbeitnehmers die beiderseitigen Vorstellungen von Leistung (Arbeit) und Gegenleistung (Gehalt) auseinander. Die Low Performance ist die negative Abweichung der vom Arbeitnehmer erbrachten Ist- von der geschuldeten Soll-Leistung.

### Ursachen für Low Performance

Diese kann personen-, betriebs- oder verhaltensbedingte Gründe haben, die



DR. ANNEGRET BALZER

ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht bei Kleiner Rechtsanwälte mit Standorten in Stuttgart und Düsseldorf. Sie berät im kollektiven und individuellen Arbeitsrecht und Dienstvertragsrecht sowie zu den Schnittstellen Beschäftigten-datenschutz, Geheimnisschutz und Compliance und ist in Hinweisgebersystemen als Vertrauensanwältin benannt.



E-Mail:  
abalzer@kleiner-law.com

unterschiedliche Reaktionen des Arbeitgebers erforderlich machen:

› Beruht die Minderleistung auf einem Umstand, der in der Person des Arbeitnehmers selbst begründet liegt, nicht willentlich steuerbar und damit nicht verschuldet ist, spricht man von **personenbedingten Gründen**. Es kann eine gesundheitliche Beeinträchtigung vorliegen, die entweder vorübergehend (krankheitsbedingt; Suchterkrankung) oder dauerhaft (Schwerbehinderung oder altersbedingt) sein kann. Berufet sich der Mitarbeiter auf eine (teilweise) Arbeitsunfähigkeit, welche zur Leistungsminderung führt, so muss im Gespräch geklärt werden, in welcher Weise die Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit aus ärztlicher Sicht überhaupt möglich und erlaubt ist. Hierfür sollte unverzüglich das Verfahren des betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 167 Absatz 2 Sozialgesetzbuch IX angestoßen und nach Möglichkeit der behandelnde Arzt beziehungsweise der Betriebsarzt und gegebenenfalls das Integrationsamt hinzugezogen werden, um die Möglichkeiten einer leidensgerechten Beschäftigung auszuloten.

Der Mitarbeiter kann aber auch schlicht aufgrund seines Könnens oder seiner Kenntnisse für die Arbeit nicht geeignet sein. Auch ein solcher Eignungsmangel ist ein personenbedingter Grund. Zugunsten des Arbeit-

gebers sind für die Frage der Zumutbarkeit der Fortbeschäftigung sämtliche betrieblichen und wirtschaftlichen Beeinträchtigungen zu berücksichtigen, die durch die mangelnde Eignung des Arbeitnehmers kausal herbeigeführt worden sind sowie der organisatorische und finanzielle Aufwand, den der Arbeitgeber getragen hat und bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses voraussichtlich weiter zu tragen hätte.<sup>1)</sup>

Hat der Arbeitgeber klare Vorgaben gemacht, den Arbeitnehmer gegebenenfalls nachgeschult, ihm eine Abmahnung mit einer Besserungsfrist gesetzt und bleiben gleichwohl alle Bemühungen des Arbeitnehmers erfolglos, ist der Leistungsmangel möglicherweise nicht verschuldet. Beispielsweise bei einer völligen Erfolglosigkeit eines Arbeitnehmers im Akquisitionsgeschäft<sup>2)</sup> kann das arbeitsvertragliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachhaltig gestört sein. Eine Kündigung ist dann zwar nicht als verhaltensbedingte, jedoch als personenbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt. Die Vorbereitung und Nachweise bleiben gleich, wie bei einem verhaltensbedingten Grund (nachfolgend).

› In Ausnahmefällen kann sich aus **betrieblichen Gründen** das Anforderungsprofil geändert haben und der Arbeitnehmer nicht (mehr) in der Lage sein, dieses zu erfüllen. Der Arbeitgeber muss in einem solchen Fall in einem gerichtlichen Verfahren darlegen, dass es sich bei der zusätzlich geforderten Qualifikation für die Ausführung der Tätigkeit nicht nur um eine „wünschenswerte Voraussetzung“, sondern um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für die Stellenprofilierung handelt.<sup>3)</sup> Die Unternehmerentscheidung, das Anforderungsprofil eines

Arbeitsplatzes zu ändern, ist von den Gerichten nur darauf zu prüfen, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Soll das Anforderungsprofil perspektivisch angepasst werden, muss der Arbeitgeber vor deren Umsetzung eine zumutbare, erforderliche Qualifizierung mit einem Zeitplan einkalkulieren und dem Mitarbeiter diese anbieten, damit er das Anforderungsprofil innerhalb einer zumutbaren Frist wieder erfüllen kann. Eine Abmahnung vor Kündigung ist in dieser Konstellation nicht erforderlich.

- › Oft beruht die Minderleistung aber auf **verhaltensbedingten Gründen**, wenn der Mitarbeiter also schlechter oder weniger arbeitet, als er könnte, er die Minderleistung somit schuldhaft erbringt. Die Ursachen können in einem Motivationsmangel, Routineerstarung, Mangel an Perspektive, Über- oder Unterforderung, Mangel oder Verlust an Wertschätzung durch Vorgesetzte oder das Team oder einer schlicht dysfunktionalen Organisation liegen.<sup>4)</sup> Unabhängig davon, ob das Verhalten abgemahnt und eine Kündigung vorbereitet werden oder im Rahmen der Personalarbeit noch zur Kündigungsvermeidung eine Verhaltenskorrektur erzielt werden soll, ist es im Vorfeld essenziell zu erkennen, worin die Abweichung der Arbeitnehmerleistung liegt.

## Fallgruppen verhaltensbedingter Gründe

Die Rechtsprechung unterscheidet im Bereich des steuerbaren Verhaltens verschiedene Fallgruppen:

- › Der einfachste Fall ist die **Nichtleistung**: Der Arbeitnehmer erbringt die Arbeit zeitweise gar nicht, indem er zu spät zur Arbeit kommt oder zu früh geht, Raucherpausen während der Arbeitszeit macht ohne auszustempeln oder der Verkäufer im Außendienst keine Kundenbesuche oder sonstigen Arbeitstätigkeiten erbringt. Durch dieses Verhalten enthält der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Arbeitsleistung unberechtigt vor. Dies ist eine Verletzung der arbeitsvertrag-

lichen Hauptpflicht (Arbeitsverweigerung, Arbeitszeitbetrug). Wegen des Fixschuldcharakters der Arbeit ist eine Nachleistung nicht möglich. Der Arbeitgeber kann das Fehlverhalten abmahnen und gegebenenfalls die Vergütung kürzen, da in den Fällen der Nichtleistung der Vergütungsanspruch nach § 326 Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) untergeht. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann er bei einem erneuten Verstoß eine ordentliche verhaltensbedingte oder sogar eine fristlose Kündigung aussprechen.

Schwieriger zu fassen sind andere Facetten des Zurückbleibens der Leistung wie etwa die

- › **Schlechtleistung**: Die Arbeitsqualität, die der Mitarbeiter leistet, ist qualitativ unzureichend: Ein mit der Datenerfassung beschäftigter Mitarbeiter macht doppelt so viele Fehler wie seine drei Kollegen, der Mitarbeiter kombiniert Vertragsbausteine falsch oder macht Fehler bei der Kalkulation.
- › **Minderleistung**: Die schlechte Leistung kann sich aber auch in der Quantität äußern. Die Arbeitszeit wird eingehalten, auch die Qualität der Arbeit ist in Ordnung, aber die Quantität stimmt nicht (zu wenig Output): Ein Vertriebsmitarbeiter verfehlt die Planung und akquiriert innerhalb eines Jahres gar keine oder zu wenige Aufträge. Bei der Minderleistung erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeit zwar zeitlich und im Umfang vertragsgemäß, allerdings ist das Ergebnis zahlenmäßig zu niedrig.
- › **Fehlleistung**: Der Mitarbeiter erbringt eine falsche, fehlerhafte Leistung: Der Verkäufer schließt statt des gewünschten Finanzierungsleasing einen operativen Leasing-Vertrag.
- › **Andersleistung**: Der Arbeitnehmer macht etwas anderes als angewiesen beziehungsweise befolgt Weisungen, die der Arbeitgeber kraft Direktionsrechts erteilt hat, nicht oder weicht von diesen ab: Der Verkäufer macht ungenehmigte Rabattzusagen. Diese Fälle sind rechtlich erheblich schwie-

riger zu erfassen, denn Fehler kommen bei allen Arbeitnehmern vor und eine vollständig fehlerfreie Leistung kann nicht erwartet werden. Welche Toleranzgrenzen gelten?

## Dokumentationsobliegenheit – Beweislast

Eine erfolgreiche Kündigung – aber auch eine konstruktive Personalarbeit – erfordert sowohl eine umfassende, dauerhafte und exakte Dokumentation der Arbeitsleistung des mutmaßlichen Low Performers als auch vergleichbarer Mitarbeiter.

Ausgangspunkt nach der Rechtsprechung für den Soll-Ist-Abgleich ist die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung, die über den geschuldeten Leistungsinhalt (Was?) bestimmt, wobei die Arbeitsintensität hinsichtlich der Qualität und Quantität (Wie?) meist nicht vertraglich geregelt, sondern Gegenstand von arbeitsvertraglichen Weisungen sein wird. In anderen Fällen wird das „Normalmaß“ für das Soll nur anhand eines Vergleichs zu ermitteln sein.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) legt zur Bestimmung der geschuldeten Leistung hinsichtlich der Qualität und Quantität einen objektiv-subjektiven Maßstab zugrunde, wonach der Arbeitnehmer tun muss, was er soll – und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr oder objektiv, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer darf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht einseitig nach freiem Belieben bestimmen, vielmehr muss er unter „angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit“ arbeiten. Der Vorwurf lautet: Das kann er eigentlich besser, macht es willensgesteuert aber nicht – er schöpft also seine Leistungsfähigkeit nicht aus. Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektivierbarer Kriterien leider nicht immer erkennbar. Der bloße Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss

nicht zwangsläufig bedeuten, dass er seine persönliche Leistungsfähigkeit pflichtwidrig nicht ausschöpft,<sup>5)</sup> da in einer Vergleichsgruppe stets ein Angehöriger der Gruppe das „Schlusslicht“ ist.

Das kann seine Ursache auch darin haben, dass die übrigen Gruppenangehörigen besonders leistungsstark sind, sich überfordern oder dass umgekehrt der gruppenschwächste Arbeitnehmer besonders leistungsschwach ist. Andererseits ist das deutliche und längerfristige Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichten Mittelwerts oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis darauf, dass der schwache Ergebnisse erzielende Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die mit zumutbaren Anstrengungen nutzbar wären.<sup>6)</sup>

Das BAG geht für den Nachweis der Minderleistung von einer gestuften Beweislast im Arbeitsgerichtsprozess aus. Hieran ist die Dokumentation im Vorfeld auszurichten:

Es wird eine vergleichbare Arbeitnehmergruppe gebildet, um die Fehlerquote des Mitarbeiters zu ermitteln (1. Stufe). Dazu gehört, dass die Mitarbeiter der Vergleichsgruppe dieselbe oder eine vergleichbare Tätigkeit unter vergleichbaren Arbeitsbedingungen ausüben. Die Tätigkeit muss nicht absolut identisch sein, ausreichend ist eine Vergleichbarkeit hinsichtlich Art, Menge, Umfang und Qualität. Im Vergleich zu dieser Gruppe muss der mutmaßliche Low Performer den von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichten Mittelwert längerfristig und signifikant unterschreiten.

Nach BAG liegt eine Minderleistung vor, wenn der Arbeitnehmer das Leistungsniveau über einen längeren Zeitraum um mindestens  $\frac{1}{3}$  der durchschnittlichen (Normal-)Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer unterschreitet.<sup>7)</sup> Der Arbeitgeber hat nicht nur die Fehlerquote des betreffenden Low Performers darzulegen, sondern auch die Fehlerquote der Vergleichsgruppe. Zusätzlich sind die wirtschaftlichen Auswirkungen (Folgeschäden) und sonstigen Aufwände darzulegen. Ist die Bildung einer Vergleichsgruppe

nicht möglich, kann aufgrund des subjektiven Leistungsbegriffs auch das Abweichen von der eigenen Leistung<sup>8)</sup> als Referenzwert herangezogen werden. Im Prozess muss der Arbeitnehmer dann begründen, dass er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft (2. Stufe). Gelingt ihm dies, muss der Arbeitgeber diese Argumente widerlegen, wenn er den Prozess gewinnen will (3. Stufe).

## Maßnahmen vor Kündigung

Zur Vorbereitung einer Kündigung ist vor einer Vertragsbeendigung (Ultima-Ratio-Grundsatz) eine Abmahnung unbedingt erforderlich. Zwar gilt keine gesetzliche Formvorschrift, aus Gründen der Nachweisbarkeit empfiehlt sich aber immer die Schriftform mit Zugangsnachweis. Eine gesetzliche Frist für die Abmahnung gibt es nicht, jedoch sollte das Fehlverhalten zeitnah, innerhalb weniger Wochen gerügt werden. Der Betriebsrat muss nicht beteiligt, kann aber informiert werden.

Eine Abmahnung wird vom BAG vor Ausspruch jeder Kündigung für erforderlich gehalten, wenn es um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann. Eine solche Abmahnung sollte nicht nur bei Vorliegen von verhaltensbedingten Gründen ausgesprochen werden, sondern auch, wenn ein sogenannter Mischtatbestand oder vermuteter Eignungsmangel vorliegt, weil sich der Arbeitgeber gar nicht sicher sein kann, ob der Arbeitnehmer bei stärkerer Anstrengung doch in der Lage wäre, die geforderte Leistung zu erbringen. Für den Arbeitgeber ist nicht ersichtlich, will der Mitarbeiter besser arbeiten, aber kann es nicht; oder kann er besser arbeiten, aber will es nicht. Die Abmahnung hat das Ziel, diese Zweifel aususchließen und dem Arbeitnehmer eine Besserungschance einzuräumen.

Nur in äußerst seltenen Fällen ist eine Abmahnung entbehrlich. In der Regel nur bei besonders groben Pflichtverletzungen, wenn der Arbeitnehmer auf gar

keinen Fall davon ausgehen durfte, der Arbeitgeber werde sein Verhalten dulden oder wenn der Arbeitnehmer durch hartnäckige und uneinsichtige Pflichtverletzung zeigt, dass er nicht willens ist, sich vertragsgerecht zu verhalten.<sup>9)</sup> Entbehrlich ist die Abmahnung auch in Sonderfällen<sup>10)</sup> oder bei einer so schweren Pflichtverletzung, deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar oder deren Schlechtleistung besonders gravierend ist.<sup>11)</sup> Selbst wenn der Arbeitnehmer von klaren Anweisungen des Arbeitgebers abweicht, macht dies die Abmahnung nicht entbehrlich.<sup>12)</sup>

Die Abmahnung als Vorstufe einer verhaltensbedingten Kündigung erfüllt neben einer Dokumentations- vornehmlich eine Hinweis- und eine Warnfunktion. Um ihren Zweck, den Arbeitnehmer auf ein vertragswidriges Verhalten aufmerksam zu machen, erfüllen zu können, muss die Abmahnung den beanstandeten Vertragsverstoß konkret bezeichnen – hierfür dient die vorgenannte Dokumentation. Wichtiger Inhalt der Abmahnung ist darzustellen, was an der Leistung des Mitarbeiters konkret zu beanstanden ist: Güte, Menge, Art und Weise oder sonstige Punkte, diese gegebenenfalls nach Umständen, Zeit und Ort genau zu benennen, zusammen mit der Aufforderung zur Verhaltensänderung, dem Hinweis wie die Arbeit ordnungsgemäß zu erbringen ist, gegebenenfalls mit weiteren Anweisungen und einer Besserungsfrist sowie die Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen bis hin zur Kündigung.

Es wird vom Arbeitgeber auch erwartet, dass er vor Ausspruch einer Kündigung sonstige Maßnahmen ausgeschöpft hat, die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer zu steigern, beispielsweise durch Nachschulungen. Wenn die Schlechtleistung lediglich arbeitsplatzbezogen und nicht zu erwarten ist, dass sich diese auf dem neuen Arbeitsplatz fortsetzt, ist im Rahmen der Interessenabwägung vor Kündigung auch stets zu prüfen, ob ein freier Arbeitsplatz verfügbar ist und der Arbeitgeber im Wege des Direktionsrechts die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz im Betrieb

oder Unternehmen oder im Zuge der Änderungskündigung<sup>13)</sup> anbieten kann.

## Tipps für Arbeitgeber

Der Arbeitgeber oder Vorgesetzte sollte bei Low Performance dem betreffenden Mitarbeiter im Gespräch baldmöglichst die aus Arbeitgebersicht vorliegenden, konkreten Mängel aufzeigen. Gemeinsam sollten die Ursachen ergründet werden. Woran fehlt es? Sind die Erwartungen, Anweisungen und Aufgaben klar artikuliert? Weiß jeder Beteiligte, wer wann was zu tun hat? Sind die Kommunikationsabläufe reibungslos oder fehlen dem Mitarbeiter aus dem Team Informationen, um die anliegende Tätigkeit in der erwarteten Weise und fristgemäß zu erledigen?

Nicht selten liegt die Ursache an einer fehlerhaften Kommunikation oder unverständenen oder fehlenden Anweisungen. Gibt es Formvorgaben oder Muster, die der Mitarbeiter einhalten soll, sind ihm diese an die Hand zu geben. Werden Fristen nicht eingehalten, ist zu fragen, ob diese dem Mitarbeiter auch rechtzeitig kommuniziert werden und ob die zugewiesene Arbeit für eine Person in der vorgegebenen Zeit machbar ist? Liegt es hieran nicht, ist zu prüfen, ob die Stärken des Mitarbeiters für das Unternehmen überhaupt genutzt

werden oder liegt sein Know-how brach? Wäre eine Versetzung oder Umverteilung von Aufgaben sinnvoll? Liegt es an mangelndem Wissen, so muss eine Nachschulung erwogen werden. Schließlich sollte noch geprüft werden, ob das Verhältnis mit dem Vorgesetzten konstruktiv ist: Kann der Leistungs- und Ansehensverfall<sup>14)</sup> durch ein verändertes Feedback und einer positiven, anspornenden Erwartungshaltung ins Konstruktive verändert werden?

Lohnt sich ein gemeinsames Miteinander (Stichwort dünner Bewerbermarkt) und ist der Weg über die Kündigung nicht schnellstmöglich angestrebt? Dann sollten im Anschluss an die Erörterung und Ursachenforschung etwaige organisatorische Änderungen vorgenommen, die Beteiligten im Rahmen des Direktionsrechts klar angewiesen und gegebenenfalls der Mitarbeiter geschult werden. Statt einseitiger Weisung können auch Maßnahmen vereinbart werden, die zur Behebung beitragen. Diese Gespräche einschließlich einer etwaigen Korrekturvereinbarung sind zu dokumentieren und es kann ein klarer Zeitplan (Meilensteine pro Quartal), was wann erledigt oder bewältigt werden soll, festgelegt werden.

Stellt sich danach eine Besserung ein, ist dies für alle der beste Ausgang. Scheitert die Umsetzung, zeigt die Nachschulung auch keine Erfolge oder

verweigert der Mitarbeiter die Kooperation, sollte spätestens dann schriftlich abgemahnt werden und im Wiederholungsfall oder bei fehlender Besserung eine Versetzung, Änderungskündigung oder Kündigung erwogen werden. In Betrieben mit Betriebsrat sind für die letztgenannten Maßnahmen die Mitbestimmungsrechte zu wahren.

## Weitere Handlungsmöglichkeiten

Bereits in der Abmahnung oder auch nach der Abmahnung und vor Ausspruch einer Kündigung kann die Perspektive für eine einvernehmliche Trennung aufgezeigt und bei Interesse in einem weiteren Schritt eine Trennungsvereinbarung erläutert werden. Eine Option ist auch die einvernehmliche Anpassung der arbeitsvertraglichen Bedingungen. Dies wird meist nicht vom Arbeitnehmer gewünscht sein, wenn sie mit Gehaltseinbußen verbunden ist.

Als begleitende Maßnahmen sollten Vergütungssysteme leistungsgerecht ausgestaltet werden. Will der Arbeitgeber bei der Erledigung der Arbeitsaufgaben bestimmte Erfolge oder Ziele – gegebenenfalls über die arbeitsvertraglich geschuldeten hinaus – erfüllt sehen, kann dies über ein flexibles Vergütungssystem erreicht werden. Nach

11 Jahre führend im Magic Quadrant von Gartner

Ihr Qlik Partner für Finanzdienstleister  
Jetzt Online-Präsentation vereinbaren

**Ihre Daten  
verdienen die  
besten Analysen**



**Qlik Q**  
LEAD WITH DATA

Leanda Software GmbH  
Leuchtenberggring 3  
81667 München

- ✓ Qlik Sense®
- ✓ Datenanalyseplattform
- ✓ Ihr Werkzeug für einen erfolgreichen Wandel

www.leanda-software.com  
info@leanda-software.com  
+49 (0) 89 419 422 306

der Rechtsprechung des BAG sollte bei arbeitgeberseitiger Festlegung der Ziele der variable, widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 Prozent,<sup>15)</sup> fallweise maximal bis zu 30 Prozent, beitragen.<sup>16)</sup> Alternativ können Zielvereinbarungen geschlossen werden. Soweit ein betriebliches Vergütungssystem eingeführt werden soll, ist der Betriebsrat zu beteiligen. Bei leistungsabhängigen Zulagen mit Widerrufsvorbehalt sollten etwaige Widerrufsmöglichkeiten ausgeschöpft werden, wenn Widerwurfsgründe konkret benannt sind (zum Beispiel „unter/durchschnittliche Leistungen des Arbeitnehmers oder erhebliche Pflichtverletzungen“).

Anstehende Beurteilungen sollten leistungsgerecht angepasst werden (beispielsweise Zwischenzeugnis). Geprüft werden können auch Schadensersatzansprüche und Aufrechnung gegen Lohnansprüche, denn durch eine Schlechtleistung kann sich der Arbeitnehmer nach §§ 280, 276 BGB Schadensersatzpflichtig machen. Aufgrund der Haftungsprivilegierung im Arbeitsverhältnis ist bei mittlerer Fahrlässigkeit der Schaden nach Verschulden zu quoteln, nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz kommt ein Rückgriff beim Arbeitnehmer in Frage.

## Vermeidungsstrategie

Am frustrationsärmsten und kostengünstigsten ist es, bereits vor der Einstellung im Personalauswahlverfahren zu vermeiden, einen Arbeitnehmer einzustellen, der für die Arbeit nicht geeignet ist. Voraussetzung dafür ist, dass der Arbeitgeber sich im Klaren ist, welche Tätigkeit auszuführen und welche Qualifikationen hierfür erforderlich sind. Das Anforderungsprofil und die Stellenbeschreibung sollten die Erwartungen des Arbeitgebers klar widerspiegeln. Nicht selten scheidet eine vernünftige Suche nach qualifizierten Arbeitskräften an der amorphen Vorstellung der zu erledigenden Tätigkeiten, auch ob ein Spezialist oder ein Generalist gesucht wird. Hiervon hängen aber, wie dargelegt, die Jobbeschreibung und die erwartbare Leistung ab. Die Fachabteilung beziehungsweise das Team sollte

in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, soweit deren Rückmeldung für die spätere Arbeit wichtig ist.

Im Vertrag sollte eine sechsmonatige Probezeit vereinbart werden und diese gilt es unbedingt zu nutzen. Soweit im Arbeitsvertrag nicht ausnahmsweise bereits festgelegt,<sup>17)</sup> müssen die Arbeitsaufgaben durch Anweisungen konkretisiert werden. Während der ersten sechs Monate greift der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz noch nicht, daher bedarf es keines Kündigungsgrundes. Es reicht, wenn „die Chemie nicht stimmt“. Der Betriebsrat muss gleichwohl vor Kündigung beteiligt werden. Für den Personalentscheider bedeutet dies, dass er dringend nach drei Monaten und nach fünf Monaten mit der Fachabteilung Rücksprache halten muss, ob eine Fortbeschäftigung sinnvoll erscheint.

Eine „Verlängerung der Probezeit“ verhindert das Eintreten des Kündigungsschutzes nicht, nur in den seltensten Fällen ist eine Kündigung mit verlängerter Kündigungsfrist als Bewährungsfrist zu erwägen. Denkbar ist alternativ, den Arbeitnehmer von Anfang an zum Zwecke der Erprobung mit einem befristeten Vertrag einzustellen, und diesen auslaufen zu lassen, wenn die Leistungen nicht zufriedenstellend sind. Eine solche Möglichkeit ist davon abhängig, ob man sich auf einem Bewerbermarkt auf Personalsuche machen muss.

## Früh reagieren und dokumentieren

Steht die Behauptung einer Low Performance im Raum, gilt es schnellstmöglich die Ursachen zu erforschen und zu evaluieren, ob und wie Abhilfe geschaffen werden kann. Alle Abweichungen und Maßnahmen sind klar zu dokumentieren und gegebenenfalls im Wege der Abmahnung eine Kündigung vorzubereiten. Zu prüfen ist auch, ob anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen sinnvoll zu erwägen sind. Maßgeblich sind in jedem oft vermeidbaren Arbeitsgerichtsprozess stets die Umstände des Einzelfalles. Eine schwache Leistung des Mitarbeiters muss für

eine erfolgreiche Kündigung stets eine solche Belastung für den Arbeitgeber sein, dass ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. Dies gilt es nachzuweisen.

Im betrieblichen Alltag ist alles daran zu setzen, dass eine Minderleistung proaktiv vermieden wird – dafür ist die Stellenbesetzung zu aufwendig und zu teuer und das Betriebsklima zu wichtig. Insbesondere die Fachabteilungen sind dafür zu sensibilisieren, dass sie zum Wohle aller Beteiligten sehr frühzeitig die Personalverantwortlichen informieren und Lösungen erarbeiten müssen, wenn sich der Eindruck entwickelt, der „Low Performer“ im Team sei an allem schuld.

### Fußnoten

1) BeckOK ArbR/Rolfs, 60. Aufl. 1.6.2021, KSchG § 1 Rn. 121.

2) Vgl. NZA, 3.6.2004, 1380.

3) BAG 28.1.2010 – 2 AZR 764/08, BB 2010, 1733 ff.; BAG, Urteil vom 7.7.2005 – 2 AZR 399/04, NZA 2006, 266; BAG 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, NZA 2016, 417 ff.; BAG 27.7.2017 – 2 AZR 476/16, NZA 2018, 234 ff.

4) Wetzling/Habel, Umgang mit Low Performern, 1. Aufl. 2021, Kapitel 2, Rn. 58.

5) BAG, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 1.

6) BAG, Urteil vom 11.12.2003, Az: 2 AZR 667/02; NJW 2004, 2545; BAG, Urteil vom 17.1.2008 – 2 AZR 536/06; BAG, Urteil vom 11.12.2003, NZA 2004, 784 = NJW 2004, 2545.

7) BAG, Urteil vom 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693.

8) Bei einer Arbeitnehmerüberwachung ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des überwachten Arbeitnehmers gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Blick zu behalten und die Überwachung datenschutzkonform zu halten, um nicht im Prozess einem Beweisverwertungsverbot zu unterliegen, vgl. Digitalisierung der Arbeitswelt – das Ende der Low Performer?, DB 2018, 701.

9) BAG 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, NZA 2016, 417 ff.

10) Ein Ausnahmefall ist die Sonderregelung für Arbeitnehmer bedeutender Finanzinstitute in exponierter Stellung mit einer Fixvergütung von mehr als 255600 Euro (West) bzw. 241200 Euro (Ost) nach § 25a Abs. 5a KWG: Deren Kündigungsschutz ist eingeschränkt, ebenso wie derjenige leitender Angestellter gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG. In diesen Sonderfällen ist eine Abmahnung nicht zwingend erforderlich.

11) In der Regel wird dies nur bei strafrechtlich relevantem Verhalten vorliegen, vgl. HessLAG 30.3.2000, NZA-RR 2000, 526.

12) LAG Köln, Urteil vom 8.5.2006 – 14 (8) Sa 1334/05, NZA-RR 2006, 519.

13) Vor jeder Kündigung ist der Betriebsrat zu beteiligen, sofern dieser gewählt ist.

14) Wetzling/Habel, Umgang mit Low Performern, 1. Aufl. 2021, Kapitel 2, Rn. 88.

15) BAG 15.11.1995, NZA 1996, 603; 12.1.2005, NZA 2005, 465.

16) BAG 11.10.2006, NZA 2007, 87.

17) BAG 17.1.2008 – 2 AZR 536/06.