



Newsletter August 2022

## „Low Performer im Arbeitsverhältnis“

Hoher Wettbewerbsdruck und unsichere wirtschaftliche Verhältnisse zwingen die Unternehmen vielerorts zu Kostensenkungen. Häufig wird dabei auch versucht, sich gerade von als „leistungsschwach“ geltenden Arbeitnehmern zu trennen. Doch wann ist ein Arbeitnehmer „Low Performer“?

Nach einigen einschlägigen Untersuchungen geht man davon aus, dass 20 % aller Arbeitnehmer High Performer sind, 70 % effektive/solide Leistungen erbringen und lediglich 10 % „Low Performer“ sind (Christof Schäfer FAZ, Beruf und Chance, Beilage 21.05.2016, S. C1 „Wohin mit den Versagern?“).

Die Frage, wann ein Mitarbeiter also als Schlechtleister oder „Low Performer“ anzusehen ist, treibt nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Personalabteilungen um.

Wir versuchen daher die Frage, wann ein Mitarbeiter als „leistungsschwach“ angesehen werden kann, zu klären und die arbeitsrechtlichen Konsequenzen, aber auch Handlungsverpflichtungen des Arbeitgebers, aufzuzeigen. Dabei möchten wir auch die, oftmals übersehene, Kausalität zwischen Überlastung und „Schlechtleistung“ darstellen.

### 1. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

In seiner zentralen Entscheidung vom 11.12.2003 - 2 AZR 667/02 hatte das BAG über die verhaltensbedingte Kündigung eines 50-jährigen Mitarbeiters zu entscheiden, der als Kommissionierer in einem Einzelhandelsunternehmen tätig war. Das Entgelt der bei der Fa. beschäftigten Kommissionierer setzt sich aus einer Grundvergütung und einer Prämie zusammen. Über die Berechnung der Prämie besteht eine Betriebsvereinbarung. Die Prämie wurde gezahlt, wenn der Arbeitnehmer die mit dem Zahlenwert 1,0 versehene, sog. Normalleistung überschreitet. Die Leistung wird nach einem Planzeiten- und Prämienabrechnungssystem gemessen, das auf einem Planzeitenkatalog aufbaut. Die Leistungswerte des Mitarbeiters lagen 1999 zwischen 0,57 und 0,62, im Jahr 2000 bis zum Monat Juli zwischen 0,52 und 0,61. Die durchschnittliche erreichte Prämienstufe vergleichbarer Mitarbeiter lag 1999 bei 1,06 und im Jahr 2000 bis November bei 1,01. In

zwei Mitarbeitergesprächen wurde der Mitarbeiter auf seine unzureichenden Leistungen hingewiesen. Mit Schreiben vom 12.11.1999 erteilte die Firma eine Abmahnung, die auf die Leistungen der vergleichbaren Mitarbeiter hinwies und den Mitarbeiter aufforderte, eine Leistung von mindestens 100 % zu erbringen. Ein knappes halbes Jahr später erteilte die Firma dem Mitarbeiter erneut eine Abmahnung. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich unter Einhaltung der Kündigungsfrist. Der Mitarbeiter erhob Kündigungsschutzklage und wies darauf hin, dass das Prämiensystem und der darin vorgesehene Normwert keine verwertbaren Vergleichsmaßstäbe darstellen würden, da überdurchschnittliche Arbeitnehmer in die Berechnung einbezogen werden würden. Die Mehrheit der überdurchschnittlichen Arbeitnehmer leiste täglich unbezahlte Überstunden, um die Vorgaben des Prämiensystems zu erreichen. Eine möglicherweise reduzierte Leistungsfähigkeit durch das Lebensalter sei nicht berücksichtigt.

Das BAG hielt die Kündigung für wirksam. Eine Minderleistung könne eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Dies sei bei einer langfristigen Unterschreitung der Durchschnittsleistungen um ein Drittel der Fall. Der Arbeitnehmer müsse unter „angemessener Ausschöpfung seiner subjektiven Leistungsfähigkeit“ arbeiten. Der Arbeitgeber müsse Tatsachen vortragen, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer mit seinen Leistungen deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleibt. Der Arbeitnehmer müsse vortragen, warum er, trotz dieser geringeren Leistung, seine subjektive Leistungsfähigkeit trotzdem ausschöpfe. Hier müssten leistungsmindernde Faktoren wie Krankheiten, schlechte Arbeitsorganisation und fehlende Qualifikation berücksichtigt werden. Im Falle solcher, nicht steuerbaren leistungsmindernden Faktoren, komme eine personenbedingte Kündigung in Betracht, wenn dem Arbeitgeber ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn die berechnete Leistungserwartung des Arbeitgebers die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maß unterschreitet, das unzumutbar ist.

## 2. Begriff des „Low Performer“

Wann arbeitet ein Arbeitnehmer also „schlecht“? Hierzu muss ein Blick auf die im Arbeitsrecht geschuldeten Leistungen von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite geworfen werden.

Das Arbeitsverhältnis ist ein Vertragsverhältnis, das durch einen Austausch wirtschaftlicher Leistungen zwischen den Vertragsparteien geprägt ist und aus diesem Austausch seine Grundlage bezieht. Damit ein wirtschaftlicher Leistungsaustausch stattfinden kann, muss die Arbeitsleistung des Mitarbeiters bestimmten Anforderungen hinsichtlich Menge (Qualität) und Güte (Quantität) entsprechen.

Der Arbeitnehmer muss „tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann“. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab ist nicht anzusetzen. Daraus ist allerdings nicht zu folgern, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht selbst willkürlich

bestimmen kann. Dem Arbeitnehmer ist es nicht gestattet, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einseitig nach seinem Gusto zu bestimmen. Er muss vielmehr unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft. In einer Vergleichsgruppe ist stets ein Angehöriger der Gruppe das "Schlusslicht". 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.

Übersetzt bedeutet dies, der Arbeitnehmer muss seine Arbeitsleistung in der rechten Weise zur rechten Zeit am rechten Ort und in der geschuldeten Qualität bzw. in der rechten Weise erbringen. Daher wird unter dem Begriff Low Performer ein Mitarbeiter verstanden, der seine Leistung nicht im ausreichenden Maß erbringt, obwohl er das könnte. Als Faustformal dient:

*„... Ein Low Performer kann, aber will nicht ...“*

Begrifflich lassen sich drei Fälle abgrenzen:

**Minderleistung:** Die Arbeitsmenge, die der Mitarbeiter leistet, ist unzureichend.

**Schlechtleistung:** Die Arbeitsgüte, die der Mitarbeiter leistet, ist unzureichend.

Die typische Schlechtleistung im Arbeitsverhältnis ist zunächst der *Arbeitsfehler*. Dieser rechtfertigt die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig erst im Wiederholungsfall nach vorangegangener Abmahnung. Soweit es sich jedoch um einen besonders schweren Fehler handelt, kommt auch die fristlose Kündigung in Betracht. So liegt der Fall, wenn der Krankenpfleger auf einer Intensivstation aus Versehen das Beatmungsgerät für einen Patienten ausschaltet.

**Fehlleistung:** Der Mitarbeiter erbringt eine falsche Leistung.

### 3. Wann und wie kann ein Mitarbeiter als „Low Performer“ identifiziert werden?

Der Arbeitgeber hat im Rahmen seiner Fürsorgepflicht auch Schwankungen in der Leistungsfähigkeit zu akzeptieren. Schon aus § 106 GewO folgt, dass er bei der Anweisung der zu erbringenden Arbeitsleistung (wann, wo und wie) auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat.

Der Arbeitgeber muss einen Arbeitnehmer daher zunächst als „Minderleister“ identifizieren können. Pauschale Werturteile wie „unbrauchbare Arbeitsleistung“ verbieten sich. Um eine Minderleistung zu identifizieren, muss aus einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer eine Vergleichs-/Bezugsgruppe (Peergroup) gebildet werden.

Dabei dürfen keinesfalls „Äpfel mit Birnen“ verglichen werden. Mitarbeiter dürfen nur dann in eine Vergleichsgruppe aufgenommen werden, wenn:

- Mitarbeiter mit vergleichbaren Aufgaben beschäftigt werden, z. B. alle Entgeltabrechner, alle IT-Anwendungsentwickler
- Vergleichbare Arbeitsbedingungen, z. B. alle Mitarbeiter haben eine vergleichbare Geräuschkulisse am Arbeitsplatz; Gegenbeispiel: Mitarbeiter im Home Office und Mitarbeiter im Großraumbüro
- Mitarbeiter gehören derselben Hierarchieebene an.

Sofern ein Mitarbeiter also im Rahmen einer Vergleichsgruppe mit anderen Mitarbeitern als vergleichbar gelten kann, ist in einem weiteren Schritt die „Minderleistung“ zu ermitteln. Dabei kann nur dann von einer Minderleistung ausgegangen werden, wenn der Mitarbeiter im Vergleich zum Durchschnitt der von den anderen Mitarbeitern der Peergroup gezeigten Leistungen erheblich schlechtere Leistungen erbringt. Von einer erheblich schlechteren Arbeitsleistung kann man ausgehen, wenn die Leistung ca. 30 bis 40 % hinter dem Durchschnitt zurückbleibt.

#### 4. Ausschluss von sog. „leistungsmindernden Faktoren“

Eine verhaltensbedingte Kündigung kann nur bei einem steuerbaren Verhalten ausgesprochen werden. Liegt die schlechtere Arbeitsleistung jedoch an vom Mitarbeiter nicht zu beeinflussenden Faktoren, so kann weder eine Abmahnung noch eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden.

Solche Faktoren, die für eine Minder-Performance verantwortlich sein könnten, sind u. a.:

- Interne Faktoren wie Krankheit, z. B. diagnostizierte Konzentrationsstörung des Mitarbeiters
- Mangelnde Qualifikation
- Externe Faktoren wie schlecht gestaltete Arbeitsabläufe/-prozesse, z. B. Geräuschkulisse im Großraumbüro, Baustelle neben dem Arbeitsplatz

In diesen Fällen liegen leistungsmindernde Faktoren vor, die vom Mitarbeiter nicht beeinflusst werden können. In einem solchen Fall handelt es sich bei dem Mitarbeiter gerade nicht um einen „Low Performer“. Im Falle von schwerbehinderten Mitarbeitern besteht auf Grund der bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen gegebenenfalls eine erhöhte Fürsorge- und Duldungspflicht gem. §§ 164, 167 SGB IX.

Beispiele für leistungsmindernde Faktoren sind:

- Herr Müller arbeitet im Großraumbüro, während die anderen Mitarbeiter der Peergroup im Home Office arbeiten.

- Frau Seitel leidet an einer Krankheit, die zu schwerwiegenden Konzentrationsmängeln führt.

## 5. Umgang mit „leistungsschwachen“ Mitarbeitern

Der Arbeitgeber muss durch gezielte Mitarbeitergespräche den Ursachen der aus seiner Sicht als „Schlechtleistung“ wahrgenommenen Arbeitsleistung auf den Grund gehen. Dabei bietet sich das Mitarbeitergespräch an. Der Mitarbeiter kann zu einem solchen Gespräch ein Mitglied des Betriebsrats nach §§ 81,82 BetrVG hinzuziehen. Eine Abmahnung verbietet sich, solange nicht analysiert ist, ob leistungsmindernde Faktoren für die Schlechtleistung verantwortlich sind. Sollte ein Qualifikationsdefizit vom Arbeitgeber festgestellt werden, so muss der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht die Qualifikation des Mitarbeiters betreiben. Der Betriebsrat kann dabei unterstützen, in dem er den Mitarbeiter als Teilnehmer von Schulungsmaßnahmen gem. § 98 BetrVG setzt. Hat eine durch den Arbeitgeber angestoßene betriebliche Umstrukturierung zu dem Qualifikationsdefizit geführt, so kann der Betriebsrat die Qualifikation nach § 97 II BetrVG einfordern.

Im Falle von Krankheit und/oder falsch gestalteten Arbeitsabläufen bietet sich die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung an.

In jedem Fall muss ein Mitarbeitergespräch und eine Analyse der Situation stattfinden. Arbeitgeber sind gehalten, nach der Identifizierung eines Mitarbeiters als Low Performer, ein Performance/Feedback-System einzuführen.

Im Rahmen des Performance/Feedback-Systems erteilt der Vorgesetzte dem Mitarbeiter am Anfang einer Woche per E-Mail konkrete Arbeitsaufträge und bittet ihn, die fertiggestellten Arbeitsaufträge bis zu einem bestimmten Zeitpunkt per E-Mail zurückzuschicken.

Am Ende einer Arbeitswoche wertet der Vorgesetzte die Arbeitsergebnisse des Mitarbeiters aus und bespricht diese in einem gemeinsamen Feedback-Gespräch. Die Bewertung der Arbeitsergebnisse schickt der Vorgesetzte dem Mitarbeiter nach dem Feedback-Gespräch ebenfalls per E-Mail zu. So kann dem Arbeitnehmer, nach Unterrichtung und Begleitung durch den Betriebsrat, bewusst geholfen werden.

## 6. Arbeitsrechtliche Folgen einer unzureichenden Arbeitsleistung

Das BAG führte in seiner Entscheidung vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02 aus, dass eine Minderleistung eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung grundsätzlich rechtfertigen kann. Der Arbeitnehmer müsse unter „angemessener Ausschöpfung“ seiner

subjektiven Leistungsfähigkeit arbeiten. Eine Erfolgshaftung gebe es im Arbeitsvertrag aber nicht. Der Arbeitgeber müsse hinsichtlich der Schlechtleistung Tatsachen vortragen, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer mit seinen Leistungen deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer bleibt. Dies könne bei einer langfristigen Unterschreitung um ein Drittel der Durchschnittsleistung der Fall sein.

Der Arbeitnehmer ist dabei nicht zu einer starren Arbeitsleistung verpflichtet. Er muss tun, was er soll und zwar so gut, wie er kann. Verstößt er durch schlechte oder fehlende Leistung gegen diese Verpflichtung, kann er bei wiederholter Pflichtverletzung, nach vorheriger Abmahnung, ordentlich gekündigt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Schlechtleistung auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers beruht, er also grundsätzlich die erforderliche Qualifikation aufweist. Ist dies nicht der Fall, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Denn dann beruht die Schlechtleistung auf einem Eignungsmangel. Im Einzelfall kann auch die fristlose Kündigung in Betracht kommen, wenn die Schlechtleistung zu erheblichen Schäden, insbesondere an Leib und Leben geführt hat.

Handelt es sich um steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers, kann sowohl die verhaltensbedingte als auch die personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein. Die *verhaltensbedingte* Kündigung setzt voraus, dass dem Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Ein Arbeitnehmer genügt mangels anderweitiger Vereinbarungen seiner Vertragspflicht, wenn er unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet. Er muss tun, was er soll und zwar so gut er kann.

Er verstößt gegen seine Arbeitspflicht also nicht allein dadurch, dass er eine vom *Arbeitgeber gesetzte Norm oder die Durchschnittsleistung aller Arbeitnehmer* unterschreitet. Allerdings kann die längerfristige deutliche Unterschreitung des Durchschnitts ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer deutlich weniger leistet, als er könnte. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft.

Dem BAG genügt hier der Nachweis, dass der Arbeitnehmer nur noch 50 bis 60 % der Leistung von vergleichbaren Arbeitnehmern erbringt. Dabei muss die Minderleistung durch objektive Fakten belegt werden. Pauschale Hinweise reichen nicht aus. Um objektiv auf eine Minderleistung schließen zu können, muss zunächst ein konkreter Leistungsvergleich zur Bezugsgruppe gebildet werden. Der Arbeitgeber muss daher zunächst vergleichbare Arbeitnehmer aufzeigen und eine Vergleichsgruppe (Bezugsgruppe) bilden. Im Vergleich zur Bezugsgruppe muss ersichtlich sein, dass die Leistungen des Arbeitnehmers hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also den Durchschnitt erheblich unterschreiten. Dabei sind quantitative und qualitative Minderleistungen zu unterscheiden. Bei quantitativen Minderleistungen wird der Durchschnitt erheblich unterschritten, wenn, gemessen an der durchschnittlichen Leistung der vergleichbaren Arbeitnehmer, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist. Das BAG hat die Unterschreitung um ein Drittel als ausreichend angesehen.

Bei qualitativen Minderleistungen muss der Arbeitgeber Fehlerzahl, Art und Schwere des Fehlers sowie Folgen des Fehlers darlegen und so aufzeigen, dass klar wird, dass die durchschnittliche Fehlerquote deutlich überschritten ist.

Ob es dann um eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung geht, hängt von der Einlassung des Arbeitnehmers ab. Er kann z. B. Tatsachen vortragen, aus denen geschlossen werden kann, dass er seine persönliche Leistungsfähigkeit auch bei der Minderleistung voll ausschöpft. Trägt er entsprechendes nicht vor, darf das Gericht davon ausgehen, dass er seine Arbeitskraft zurückhält. Dann geht es um eine verhaltensbedingte Kündigung.

Die verhaltensbedingte Kündigung ist auch möglich, wenn der Mitarbeiter eine Fehlerquote in Höhe des Dreifachen des Durchschnitts anderer Mitarbeiter hat.

Die *personenbedingte Kündigung* kommt demgegenüber in Betracht, wenn bei einem über längere Zeit erheblich leistungsschwachen Arbeitnehmer auch für die Zukunft mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichtes zu rechnen ist. Voraussetzung ist allerdings, dass ein milderer Mittel zur Wiederherstellung des Vertragsgleichgewichtes nicht zu erwarten ist und dem Schutz älterer, langjährig beschäftigter und erkrankter Arbeitnehmer ausreichend Rechnung getragen wird.

## 7. Fazit und Handlungsempfehlung

- Mitarbeiter sollten offensiv mit schlechten Arbeitsbedingungen umgehen, die zu einer Leistungsminderung führen können. Sprechen Sie mit dem Betriebsrat. Geben Sie bei einer dauerhaften Überlastung eine Gefährdungs-/Überlastungsanzeige im Sinne des Arbeitsschutzgesetzes ab!
- Nennen Sie beim Mitarbeitergespräch leistungsmindernde Faktoren.
- Widersprechen Sie Leistungsbeurteilungen, die aus ihrer Sicht unberechtigt sind, schriftlich.
- Prüfen Sie ausgesprochene, aus Ihrer Sicht unberechtigte, Abmahnungen und erstellen Sie Gegendarstellungen. Diese müssen nach § 83 BetrVG zur Personalakte genommen werden.
- Fordern Sie Mitarbeitergespräche und Qualifikation ein.
- Und zuletzt: Auf Grund der vom Arbeitgeber zu bildenden Vergleichsgruppe und der vom BAG geschuldeten Objektivierung der zu erbringenden Arbeitsleistung, sind Kündigungen wegen Schlechtleistung äußerst schwierig erfolgreich zu führen.