



## Umgang mit low performern

Was tun mit Minderleistern?

Reihe „Schacht Arbeitsrecht“

© Rechtsanwalt Stefan Schröter, Gunzenhausen

# Der „Low performer“ als Unternehmensrisiko - Was tun?

© Rechtsanwalt Stefan Schröter, Gunzenhausen

Unternehmer fürchten leistungsschwache Mitarbeiter („low performer“) aus guten Gründen. Sie gefährden den Betriebsfrieden nach innen ebenso wie Umsatz und Reputation des Unternehmens in Kunden- und Zuliefererkreisen.

## Inhalt

- I. „Low performer“ als Unternehmensrisiko.
- II. Sanktionen durch Gehalts- oder Lohnkürzungen
- III. Sanktionen durch Kündigungen
- IV. Prophylaxe ist alles!
- V. Fazit: Unsere praktischen Empfehlungen im Umgang mit Low Performern

## I. „Low performer“ als Unternehmensrisiko

Wer sich von einem solchen „Minderleister“ trennen möchte, stößt schnell an rechtliche Grenzen. Rechtlich müssen Unternehmer über low performer zunächst wissen:

1. Wer sich nicht ausreichend anstrengt, verstößt in der Regel gegen seinen Arbeitsvertrag.
2. Wer sich wegen gesteigerter Anforderungen am Arbeitsplatz nicht weiter qualifiziert oder nach der Weiterqualifizierung die neuen Bedingungen nicht annimmt, riskiert seine Kündigung.
3. Wer aus gesundheitlichen oder altersbedingten Gründen die Anforderungen an seine Arbeit nicht mehr meistert, muss mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen rechnen.
4. Der Arbeitnehmer schuldet nicht eine objektive Leistung „mittlerer Art und Güte“. Er genügt seiner arbeitsvertraglichen Leistungspflicht nur dann, wenn er unter angemessener Anspannung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet. Falls der Arbeitgeber eine herausragende Leistung fordert, muss er das vorher im Arbeitsvertrag vereinbart haben.
5. Vor dem Arbeitsgericht muss der Arbeitgeber im Fall einer Kündigung wegen Minderleistung die Unterdurchschnittlichkeit der gebrachten Leistung beweisen. Das gelingt selten.

Der Leistungsbegriff ist nach BAG subjektiv.

Ein Arbeitnehmer muss „unter angemessener Anspannung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit“ arbeiten (BAG NZA 2004, 784). Ausnahme: Eine andere Vereinbarung wurde ausdrücklich getroffen.

Die Frage „Arbeitet er vertragsgemäß?“ kann also weder durch eine objektive Leistung mittlerer Art und Güte noch durch das „individuelle Mittelmaß“ beantwortet werden.

Das Anforderungsprofil im Arbeitsvertrag entscheidet über die Leistungsbewertung.

Der Arbeitsvertrag definiert jene Leistung, die der Mitarbeiter zu erbringen hat, näher. Auch Umfang und Qualität der Leistungspflicht sind dort definiert, und zwar durch

- konkrete mündliche oder schriftliche Weisung oder
- durch eine schriftliche Beschreibung (z. B. Stellenbeschreibung)

Verstoß gegen die Leistungsbestimmungen eines Arbeitsvertrags

Wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht dementsprechend erbringt, verletzt er seine vertragliche Hauptleistungspflicht; er erbringt eine Schlechtleistung. Worauf diese basiert - auf fehlendem Können oder Wollen -, interessiert zunächst nicht.

Beispiele:

1. Arbeitsvertrag eines Versandmitarbeiters

Der Versandmitarbeiter muss eine bestimmte Anzahl von Waren so schnell und sorgfältig derart für den Versand zusammenstellen, wie es der Arbeitgeber für diesen Arbeitsplatz vorgibt.

Braucht der Arbeitnehmer dafür zu lange oder sucht er die falschen Artikel heraus, weicht seine Leistung vom Soll ab.

2. Arbeitsvertrag eines angestellten Rechtsanwalts

Der angestellte Rechtsanwalt in einer Allgemeinkanzlei muss möglichst viele Mandate in kurzer Zeit bearbeiten; auf besonders tiefgründige Recherchen oder Prüfungen legt sein Arbeitgeber keinen Wert.

Ein Rechtsanwalt in einer Topkanzlei hingegen muss zügig und vor allem exakt arbeiten, um den hohen Anforderungen der gewerblichen Mandanten zu entsprechen. Ob der jeweilige Anwalt eine „Low Performance“ erbringt, hängt vom Anforderungsprofil seines Arbeitsplatzes ab.

Ein Rechtsanwalt, der in einer Topkanzlei zu wenig fundiert und exakt arbeitet, könnte mit entsprechenden Leistungen in einer anderen Kanzlei deren Anforderungsprofil entsprechen und umgekehrt.

## II. Sanktionen durch Gehaltskürzung oder Lohnkürzung?

Sind Lohnkürzungen oder Gehaltskürzungen bei Lowperformern durchsetzbar? Wie kann der Arbeitgeber eine „Low Performance“ sanktionieren? Gibt es sanktionslose Toleranzbereiche?

1. Kein besonderes geregeltes Minderungsrecht bei „Low Performance“

Der Low Performer hat einen Vergütungsanspruch. Minderungsrechte, insbesondere Entgeltkürzung erweisen sich in der Regel als Sackgasse.

Grund: Nach der Schuldrechtsreform wird sich wegen § 326 Abs. 1 S. 2 BGB eine teilweise Nichterfüllung nicht mehr vertreten lassen, denn danach behält der Schuldner (Arbeitnehmer) seinen Anspruch auf die Gegenleistung, wenn er eine nicht vertragsgemäße Leistung erbracht hat und ihm eine Nacherfüllung unmöglich ist.

- Der Gesetzgeber will „Lowperformer“ derzeit nicht bestrafen

Appelle an den Gesetzgeber, eine gesetzliche Minderungsmöglichkeit einzuführen wegen einer Low Performance, sind nicht ersichtlich; sie sind geradezu „Lichtjahre entfernt“.

2. Lohnkürzung oder Gehaltskürzung durch Änderungskündigung von Lowperformern

Verglichen mit einer Beendigungskündigung ist eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung bzw. Lohnkürzung das mildere Mittel.

Das BAG verlangt eine zweistufige Prüfung ((BAG Urteil vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, BB 2004, 1682), um festzustellen, ob eine Änderungskündigung wirksam ist.

Dadurch erscheinen Änderungskündigungen als „sehr dornenreicher Weg“, der nicht praktikabel erscheint.

Es gibt nur wenige Ausnahmen.

### 3. Der Arbeitsvertrag regelt Gehalts- oder Lohngestaltung

Der Arbeitgeber kann die Höhe der Vergütung an die Leistung des Arbeitnehmers koppeln, also vertraglich eine Art Minderung ermöglichen. Das ist trotz § 326 Abs. 1 S. 2 BGB möglich, aber durch vorrangige Regelungen begrenzt.

Solche sind z.B.

- Tarifvertrag
- Betriebsvereinbarungen
- Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, bzw. Personalrats

## III. Sanktionen durch Kündigungen

Juristen unterscheiden diverse Kündigungsgründe. Welchen Sie vortragen, ist eine Frage der unternehmensinternen Gewichtung, der Bedarfsplanung und schließlich auch der Beweisbarkeit vor Gericht.

Wir listen hier Kündigungsarten und gelangen zu einem Fazit:

### Verhaltensbedingte Kündigung bei Lowperformern

Wenn die Minderleistung des Arbeitnehmers an eine Pflichtverletzung gekoppelt ist, kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Frage.

Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer vorwerfbar nicht unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet.

- Beispiel für qualitative Minderleistung:  
Nach der Fehlerdokumentation des Arbeitgebers liegt die Fehlerquote des Arbeitnehmers zwischen 5 % und 6 %, wohingegen die durchschnittliche Fehlerquote der übrigen Mitarbeiter lediglich bei 1,23 % liegt.
- Beispiel für quantitative Minderleistung:  
Nach Analyse der objektiv messbaren Arbeitsergebnisse bleiben die Leistungen des betreffenden Arbeitnehmers deutlich hinter der Durchschnittsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer zurück.

### Personenbedingte Kündigung bei Lowperformern

Eine auf Schlecht- oder Minderleistung des Arbeitnehmers beruhende Kündigung kann als personenbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Sphäre liegen, jedoch nicht von ihm verschuldet sein müssen, zu einer nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht in der Lage ist.

- Die krankheitsbedingte Kündigung wird ausgesprochen wegen
  - häufiger Kurzerkrankungen
  - dauernder Arbeitsunfähigkeit
  - langandauernder Erkrankung
  - krankheitsbedingter Leistungsminderung
- Die Kündigung wegen fehlender Eignung wird ausgesprochen wegen
  - fehlender beruflicher Qualifikationsmerkmale
  - Nichtbestehens von Prüfungen
  - mangelhafter Kenntnis trotz angebotener Fortbildungsmaßnahmen
  - mangelhafter Fähigkeiten trotz angebotener Fortbildungsmaßnahmen

#### Betriebsbedingte Kündigung bei Lowperformern

Unternehmer können auch in Fällen der verhaltens- oder personenbedingten Minderleistung eine betriebsbedingte Kündigung in Erwägung ziehen, falls der Kreis der mit dem Lowperformer vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern klein ist.

Wenn dagegen mehrere Mitarbeiter auf vergleichbarer Position arbeiten, muss der Unternehmer eine sog. Sozialauswahl treffen.

Daran sind strenge Bedingungen geknüpft, und oft behielte dadurch ein Lowperformer seinen Job.

Wenn eine betriebsbedingte Kündigung bei Gericht Bestand haben soll, muss der Unternehmer den Wegfall weiterer Beschäftigungsmöglichkeiten darstellen.

Wenn es keine mit dem Lowperformer vergleichbaren Kollegen gibt, fällt das leichter, da der Unternehmer keine Sozialauswahl treffen muss.

#### Fazit:

Wenn Lowperformer das Unternehmen verlassen sollen, greifen Unternehmer eher zu den Mitteln der verhaltens- oder personenbedingten Kündigung wegen qualitativer oder quantitativer Minderleistung.

So muss er mangels vergleichbarer Kollegen weder Vergleichszahlen darlegen noch Vergleichsmaßstäbe anlegen.

## IV. Chancen für den Unternehmer im Umgang mit Low-Performern

### Prophylaxe ist alles!

Beweissicherung und Argumentation sind das A & O unserer prophylaktischen Beratung von Unternehmern, denn durch Minderleister verlieren sie Geld, Energie und Reputation.

### Beweissicherung und Argumentation für gerichtliche Auseinandersetzungen

Bevor also die Leistungsschraube unaufhaltsam auf dem Weg nach unten ist, protokollieren sie gerichtsfest alle frühen Anzeichen für fehlenden Leistungswillen und für fehlendes Können.

Während unserer Beratungen über Ihre Chancen im Umgang mit Low-Performern informieren wir insbesondere über

- frühe Indizien für Fehlverhalten des Arbeitnehmers
- die Notwendigkeit straffer und eindeutiger Mitarbeiterführung
- die personelle Zusammensetzung von sog. Vergleichsgruppen
- gerichtsfeste Protokolle aufgetretener Leistungsmängel
- die abgestufte Darlegungs- und Beweislast im Prozess: Hat der Unternehmer alles lückenlos dargelegt, muss der Arbeitnehmer das Zahlenwerk und seine Aussagefähigkeit im Einzelnen bestreiten und/oder darlegen. Er muss beweisen, wie er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft.
- die konkrete Darlegung von Betriebsstörungen durch Lowperformer
- die ggfs. notwendigen Umgestaltungen der Arbeitsabläufe
- die Fortsetzung von Lohn- oder Gehaltsfortzahlung (Feststellung, ob Pflicht besteht)
- die Interessenabwägung: Je länger das Arbeitsverhältnis ungestört bestanden hat, desto mehr Rücksichtnahme ist vom Arbeitgeber zu erwarten.
- die Rolle von Familienstand und Unterhaltspflichten
- die Rolle von Schwerbehinderteneigenschaften.
- die krankheitsbedingte dauerhafte Leistungsunfähigkeit
- den Umgang mit dem Eignungsmangel
- den Umgang mit Mischtatbeständen (z.B.: Arbeitnehmer kann und will die Leistung nicht erbringen)

## V. Unsere Empfehlungen im Umgang mit Low Performern

### Dokumentation

Hat der Arbeitgeber den Eindruck, dass der Arbeitnehmer keine volle Leistung mehr erbringt, sollte er spätestens dann beginnen, die Minderleistungen zu dokumentieren.

Das mag bei Akkord- und Prämienlöhnern – sowohl allgemein im gewerblichen Bereich – noch relativ leicht sein; schwierig wird es bei Angestellten, die typischerweise im Zeitlohn beschäftigt werden.

Hier muss die Entwicklung der Leistungskurve über einen längeren Zeitraum beobachtet werden.

- TIPP:  
Beachten Sie unbedingt Beteiligungsrechte des Personalrats, des Betriebsrats, der Mitarbeitervertretung und der Schwerbehindertenvertretung!

Der Arbeitgeber sollte insbesondere dokumentieren, ob er in seinem Verantwortungsbereich nach Ursachen für die Low Performance gesucht hat und dass er diese beseitigt hat.

Zur Vorbereitung eines etwaigen Rechtsstreits empfiehlt sich dringend, alle Reaktion und Sanktionen auf die Minderleistung festzuhalten.

So kann dem Arbeitsgericht verdeutlicht werden, dass eine Sanktion – wie z. B. die Kündigung – ultima ratio ist.

### Anforderungsprofil

Folgt man dem hier vertretenen Ansatz vom Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes, beginnt die Vorarbeit noch früher:

Der Arbeitgeber muss das Profil genau definieren und den Arbeitnehmer wissen lassen, was von ihm erwartet wird.

### Umschulung und Fortbildung

Umschulung und Fortbildung sind mildere Disziplinierungsmethoden als eine Kündigung. Konkret und schriftlich muss ein Unternehmer dem Arbeitsgericht belegen können, dass er Möglichkeiten zur Umschulung und Fortbildung angeboten hat, die der Arbeitnehmer aus willkürlichen, bzw. unzureichenden Gründen abgelehnt hatte.

Mitarbeiterführung: Arbeitsanweisungen immer konkret erteilen und ggf. dokumentieren

Dies ist für alle Mitarbeiter ein Segen: Gute Führungskräfte delegieren die Erledigung von Aufgaben und richten die Präsentation von Zwischenergebnissen als sog. „Bringeschuld“ ein. Das heißt: Der Mitarbeiter präsentiert zu einem bestimmten Zeitpunkt, wie weit die Aufgabe erledigt ist, ohne dass der Vorgesetzte danach fragt.

Die Arbeitsanweisungen muss dazu konkret, klar und unmissverständlich - mit Erledigungsdatum - erteilt werden.

Zeigt der Arbeitnehmer hier immer noch Tendenz zum Ausweichen, wird der Arbeitgeber ein Kritikgespräch führen, dessen Ergebnis zu Dokumentationszwecken in schriftlicher Form notiert wird und in die Personalakte gelangen könnte. Dieses Kritikgespräch sollte nicht sofort ein Abmahnungsgespräch sein.

Der Arbeitgeber kann auch die Erstellung von Arbeitsberichten/-dokumentationen verlangen (BAG BeckRS 2009, 73620).

Alle Fehler bzw. Arbeitsmängel müssen zeitnah und konkret dokumentiert werden und zwar sowohl für den betreffenden Arbeitnehmer als auch für die vergleichbaren Kollegen.

Erforderlich sind messbare, dokumentierte Arbeitsergebnisse sowie rechtssicher ausgesprochene Abmahnungen.

### Erforschen der Ursache der Minderung (Hilfestellung)

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert rechtlich und praktisch eine gute Personalführung. Der Arbeitgeber muss vor dem Ausspruch der Kündigung alles Zumutbare unternommen haben, um die Ursache der Minderung zu erforschen und entsprechende Hilfestellung anzubieten.

Beachten Sie bei der Kündigung von Schwerbehinderten die

- Chancen, die das betriebliche Eingliederungsmanagement bieten
- Möglichkeit eines sogenannten Präventionsverfahrens beim Inklusionsamt.

Ich freue mich auf Ihre Fragen!



Rechtsanwalt Stefan Schröter

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Fachanwalt für Medizinrecht

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Telefon: 09831 6707-14 (Assistenz: Frau Julia Leiser)

Mail: [s.schroeter@dres-schacht.de](mailto:s.schroeter@dres-schacht.de)

[www.schacht-unternehmeranwaelte.de](http://www.schacht-unternehmeranwaelte.de)