



SCHRIFTEN ZUM DEUTSCHEN UND  
EUROPÄISCHEN ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Herausgegeben von Ulrich Preis

Band 19

Frank Zaumseil

---

## Die Minderleistung als Kündigungsgrund

Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung  
der Arbeitspflicht

**PETER LANG**

Internationaler Verlag der Wissenschaften

## Einleitung

20-70-10. Nach dieser Faustformel pflegte der langjährige Chef von General Electric, John Francis „Jack“ Welch, Belegschaften in verschiedene Typen zu kategorisieren. Ginge es nach Jack Welch, dann sollten 10% der Arbeitnehmer eines Unternehmens entlassen werden. Denn die „20-70-10“-Regel besagt, dass in einem Unternehmen 20% Leistungsträger arbeiten, die belohnt werden sollen; 70% zu den normal arbeitenden Beschäftigten gehören, die bestmöglich gefordert und gefördert werden sollen und ein Anteil von 10% leistungsschwache Arbeitnehmer, sog. „Low Performer“, ausmacht, die entlassen werden sollen.<sup>1</sup> Dass eine solche willkürliche Festlegung keinen tauglichen Kündigungsgrund rechtfertigt, ist offensichtlich. Gleichwohl geraten leistungsschwache Arbeitnehmer zunehmend in den Fokus der Personalverantwortlichen. Dies liegt zum einen an dem steigenden Wettbewerbsdruck, dem die Unternehmen aufgrund der Globalisierung ausgesetzt sind. Aber auch in Anbetracht der gegenwärtigen angespannten Wirtschaftslage – ausgelöst durch die weltweite Finanzkrise – werden Unternehmen verstärkt nach Möglichkeiten suchen, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu steigern. Zentrale Maßnahmen sind hierbei die Steigerung der Produktivität und die Senkung der Personalkosten. Im Bereich der Vergütungspolitik ist daher bereits seit längerer Zeit ein Trend zum Leistungsprinzip erkennbar: Prämiensysteme, Zielvereinbarungen und Kennzahlen treten immer stärker in den Vordergrund.

Neben den Personalkosten stellen aber auch die durch schwache Arbeitsleistungen, hohe Fehlzeiten und eine niedrige Produktivität verursachten wirtschaftlichen Belastungen einen erheblichen Kostenfaktor dar. Nach einer Langzeitstudie des Gallup Instituts beträgt der hierdurch entstandene gesamtwirtschaftliche Schaden in Deutschland jährlich ca. 200 Milliarden Euro.<sup>2</sup> Die unzureichende Arbeitsleistung einzelner Arbeitnehmer verursacht aber nicht nur enorme Kosten. Sie demotiviert zusätzlich auch Vorgesetzte und Arbeitgeber ebenso wie die übrige Belegschaft. Denn letztlich muss die erbrachte Minderleistung – soweit möglich – von den anderen Mitarbeitern aufgefangen bzw. kompensiert werden. Personalverantwortliche suchen daher vermehrt nach Möglichkeiten, sich von solchen Low Performern zu trennen. In den letzten Jahren zeichnet sich dabei ein deutlicher Wandel der Arbeitswelt von einer Kuschel- zur Leistungskultur ab. Im Zuge dessen kommt nach Deutschland, was in anderen Ländern längst üblich ist: Leistungsschwachen

---

<sup>1</sup> Welsh, Winning, S. 52 f.

<sup>2</sup> Zitiert nach Haag/Wippenbeck AiB 2005, S. 97.

Arbeitnehmern soll im Falle einer ausbleibenden Leistungssteigerung gekündigt werden. Als erstes Unternehmen trat die Infineon AG in diesem Zusammenhang in Erscheinung. Deren ehemaliger Vorstandsvorsitzender Ulrich Schumacher forderte Vorgesetzte auf, jährlich 5% der schlechtesten Mitarbeiter zu benennen und sich von diesen zu trennen.<sup>3</sup> Auch wenn diese Vorgehensweise ökonomisch sinnvoll erscheinen mag, so ist die Kündigung leistungsschwacher Mitarbeiter an verschiedene rechtliche Hürden gebunden. Die Hürden sind so hoch, dass teilweise die Meinung vertreten wird, die Kündigung eines Arbeitnehmers wegen Schlechtleistung sei „fast ein Ding der Unmöglichkeit“.<sup>4</sup> Ob dem wirklich so ist, soll die vorliegende Untersuchung klären. Es lässt sich aber bereits jetzt sagen, dass die ordentliche Kündigung wegen Minderleistungen eine der umstrittensten Fragestellungen im Kündigungsrecht darstellt.<sup>5</sup>

Der Arbeitgeber hatte bis vor kurzem wenige Handlungsmöglichkeiten, sich von leistungsschwachen Arbeitnehmern trennen zu können. So verwundert es nicht, dass leistungsschwachen Arbeitnehmern in der Vergangenheit das Ausscheiden aus dem Unternehmen mittels einer Abfindung „versüßt“ wurde oder aber Kündigungen unter dem Deckmantel der Sozialauswahl ausgesprochen wurden. In seiner Grundsatzentscheidung vom 11.12.2003<sup>6</sup> – der sog. „Kommissionierer-Entscheidung“ – hat sich das BAG erstmals mit den arbeitsrechtlichen Konsequenzen von Minderleistungen auseinandergesetzt und Kriterien für eine personen- und verhaltensbedingte Kündigung aufgestellt. Der Kommissionierer-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der 55-jährige Kläger war als Kommissionierer im Lager der Beklagten tätig. Seine Aufgabe bestand darin, mit dem Gabelstapler Waren aus den Regalen zu ziehen und in Behälter zu verladen. Die Beklagte zahlte neben dem Grundlohn eine Prämie, wenn der Arbeitnehmer eine „Normalleistung“ von 1,0 übertrifft. Die vergleichbaren Lagerarbeiter erreichten in drei Jahren eine durchschnittliche Leistung zwischen 1,01 und 1,09 der Normalleistung. Die Leistungswerte des Klägers lagen im gleichen Zeitraum nur zwischen 0,52 und 0,62. Nach zwei Abmahnungen – verbunden mit der Aufforderung, eine Leistung von mindestens 1,0 zu erbringen – kündigte die Beklagte dem Kläger ordentlich wegen dauerhafter Minderleistung. Erste und zweite Instanz haben zugunsten des Klägers die Kündigung für unwirksam gehalten. Das

---

<sup>3</sup> Vgl. *Obermeier* SZ v. 8./9.2.2003, S. V1/15.

<sup>4</sup> *Wisskirchen/Jordan*, Umgang mit Low-Performern, S. 7.

<sup>5</sup> *So Preis/Bender* NZA 2005, S. 1321, 1324.

<sup>6</sup> BAG, Urteil vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = BB 2004, S. 1682 ff. = NJW 2004, S. 2545 ff. = NZA 2004, S. 784 ff. = MDR 2004, S. 1065 ff.

BAG hat diese Entscheidung aufgehoben und zur erneuten Verhandlung an das LAG zurückverwiesen, verbunden mit konkreten Hinweisen hinsichtlich der Voraussetzungen einer Kündigung wegen unzureichender Arbeitsleistung. Bemerkenswerte Aussage des Urteils ist, dass die Kündigung wegen Minderleistung aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen als grundsätzlich zulässig erachtet wird. Die in der Kommissionierer-Entscheidung aufgestellten Grundsätze sollen Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung sein.

## § 1 Gegenstand der Untersuchung

Der Begriff der „Minderleistung“ wird im Schrifttum nicht einheitlich gebraucht.<sup>7</sup> Einigkeit herrscht insoweit, dass der Begriff Minderleistung unter den Oberbegriff der Schlechterfüllung subsumiert wird. Dieser wird meist in Verbindung mit der Haftung für positive Vertragsverletzung verwendet,<sup>8</sup> die nach der Schuldrechtsreform in § 280 BGB positivrechtlich geregelt wurde. Von Schlechterfüllung spricht man im Arbeitsrecht, wenn die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung mit Mängeln behaftet ist. Sie tritt vor allem in zwei Formen auf: Zum einen als zeitliche Schlechterfüllung („Langsamarbeit“), zum anderen als qualitative Schlechterfüllung. Ferner zählt man zu ihr die Fälle, in denen der Arbeitnehmer durch seine Arbeit Personen- oder Sachschäden verursacht. Unabhängig von der verschiedenartigen Verwendung der Terminologie in der Literatur soll von folgenden Fallgruppen ausgegangen werden: Eine Minderleistung ist gegeben, wenn die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsmenge (Quantität) unzureichend ist. Bei einer Schlechtleistung ist die Arbeitsgüte (Qualität) des Mitarbeiters unzureichend. Eine Fehlleistung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer eine andere als die von ihm geschuldete Leistung erbringt.<sup>9</sup> Die Gemeinsamkeit der eher theoretischen begrifflichen Differenzierung ist die Störung des wirtschaftlichen Austauschverhältnisses.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Zu den verschiedenen Verwendungen der Begrifflichkeiten, vgl. nur die Nachweise bei *Hunold* BB 2004, S. 2345.

<sup>8</sup> BGH NJW 1983, S. 1188; *Dietz/Wiedemann* Jus 1961, S. 116, 117; *Kraft* NZA 1989 S. 777, 780; MünchArbR/*Blomeyer* § 56 Rn. 1 ff.; *Preis/Hamacher* Jura 1998, S. 116, 117.

<sup>9</sup> *Hunold* BB 2004, S. 2345; *Barthel/Wellhöner* AuA 2005, S. 400; *Haag/Wippenbeck* AiB 2005, S. 97.

<sup>10</sup> So verwendet das BAG in NZA 2008, S. 693, 695 den Begriff der Minderleistung für Fälle der quantitativ und qualitativ unzureichenden Arbeitsleistung. In vorliegender Untersuchung wird der Begriff der Minderleistung aber ausschließlich für die quantitative unzureichende Arbeitsleistung gebraucht.

In vorliegender Arbeit liegt der Schwerpunkt auf der Untersuchung der quantitativen Minderleistung. Es sollen diesbezüglich allgemeine Grundsätze herausgearbeitet werden. Zu spezifischen Besonderheiten – wie zum Beispiel bei einer krankheitsbedingten Leistungsminderung – soll nicht Stellung genommen werden. Ebenso beschränkt sich die Untersuchung auf rechtliche Gesichtspunkte. Personalwirtschaftliche Erwägungen werden ausgeblendet.

## **§ 2 Gang der Untersuchung**

Zur Bestimmung der Minderleistung bedarf es zunächst der Klärung der geschuldeten Arbeitsleistung. Dies erfolgt im ersten Teil der Arbeit. Maßgeblich sind die vertraglichen Regelungen, da diese die Grundlage der Arbeitspflicht bilden. Die Arbeitsverträge enthalten aber in der Regel keine Bestimmungen über die Güte und Intensität der Arbeitsleistung. Welche Anforderungen an den Leistungsmaßstab des Arbeitnehmers im Falle einer fehlenden Regelung gestellt werden, ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten. Es stehen sich im Wesentlichen zwei Grundpositionen gegenüber: Qualität und Intensität richten sich entweder nach dem individuellen persönlichen Leistungsvermögen oder aber nach einer Durchschnittsleistung, welche nach objektiven Kriterien festgelegt wird. Unter § 4 werden die verschiedenen Ansichten sowie die bisherigen Vorschläge für eine gesetzliche Regelung des Leistungsmaßstabs dargestellt und einer kritischen Betrachtung unterzogen.

Nach der Feststellung des relevanten Leistungsmaßstabs wird im zweiten Teil die Bezugsgröße zur Ermittlung einer Minderleistung herausgearbeitet. Ein Vergleichsmaßstab ist notwendig, um ein eventuelles Abweichen von der geschuldeten Arbeitsleistung zu bestimmen. Hierfür können ein Vergleich mit den Kollegen, die eigene frühere Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, Zielvereinbarungen, Rangreihen, Prämiensysteme, Leistungsvorgaben des Arbeitgebers oder aber Vorgaben von Sachverständigen in Betracht kommen. Es soll untersucht werden, welche Vergleichsmaßstäbe als taugliche Bezugsgröße verwendet werden können.

Im dritten Teil wird die Minderleistung den verschiedenen Kündigungsgründen zugeordnet. Einen Schwerpunkt bilden hierbei die Kündigungsgründe bei der Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes mit ihren jeweiligen Besonderheiten. Ferner werden der besondere Kündigungsschutz sowie die Kündigung bei fehlendem Kündigungsschutz dargestellt.

Abschließend soll im letzten Teil der Untersuchung das arbeitsrechtliche Vorgehen im Vorfeld einer Kündigung behandelt werden. Aus dem zu beachtenden Ultima-ratio-Prinzip folgt, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung mildere Mittel anwenden muss. Zu denken ist hierbei vor allem an die Abmahnung und an Maßnahmen, welche die Leistungsstörung beseitigen

können. Es werden die verschiedenen möglichen Änderungsinstrumente für eine Entgelтанpassung betrachtet, wie z.B. Änderungsvorbehalte und Änderungskündigung. Ferner werden die Versetzung des Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz sowie Schulungsmaßnahmen besprochen.