



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

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	1
§ 1  Gegenstand der Untersuchung .....	3
§ 2  Gang der Untersuchung .....	4
Teil 1 – Die geschuldete Arbeitsleistung .....	7
§ 3  Der Inhalt der Leistungspflicht .....	7
I.  Bloße Leistungsbereitschaft .....	7
II. Tatsächliche Leistungserbringung .....	8
§ 4  Die Bestimmung der Leistungspflicht .....	9
I.  Die „Normalleistung“ .....	10
II. Die Arbeitspflicht aufgrund (tarif-)vertraglicher Vereinbarung .....	11
1. Der (tarif-)vertraglich festgelegte Leistungsmaßstab .....	11
2. Rückschlüsse aus der „Art“ der Arbeitsleistung .....	12
3. Festlegung mittels Weisungsrechts .....	13
4. Maßgeblichkeit des Anforderungsprofils .....	14
5. Zusammenfassung .....	16
III. Die bislang vertretenen Leistungsmaßstäbe .....	16
1. Der individuelle Leistungsmaßstab .....	17
a) Rechtsprechung .....	17
b) Schrifttum .....	19
2. Der individuell-optimale Leistungsmaßstab .....	21
3. Der objektive Leistungsmaßstab .....	22
4. Der gemischte Leistungsmaßstab .....	23
5. Stellungnahme zu den verschiedenen Leistungsmaßstäben .....	24
a) Kritik am individuell-optimalen Leistungsmaßstab .....	24
b) Kritik am individuellen Leistungsmaßstab .....	26
aa) Kritik an der Rechtsprechung des BAG .....	26
(1) Kündigung wegen personenbedingter Gründe .....	26
(2) Kündigung wegen verhaltensbedingter Gründe .....	28
bb) Nachteilige Folgen bei Anwendung des individuellen Leistungsmaßstabs .....	31
(1) Konsequenzen für den Arbeitgeber .....	31
(2) Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des Betriebes .....	32
(3) Störung des Äquivalenzprinzips und der Austauschgerechtigkeit .....	33
cc) Ergebnis .....	35

c)	Kritik am objektiven Leistungsmaßstab .....	36
aa)	Die Arbeitspflicht als Gattungsschuld .....	36
(1)	Das Arbeitsverhältnis als Gattungsschuldver- hältnis .....	37
(2)	Anwendbarkeit von § 243 Abs. 1 BGB auf Gattungshandlungsschulden .....	39
(3)	Rechtsfolgen bei der Bejahung einer Gattungs- (handlungs)schuld .....	41
bb)	Die Arbeitspflicht als Vorratsschuld.....	45
cc)	Ergebnis.....	46
d)	Kritik am gemischten Leistungsmaßstab .....	46
IV.	Gesetzesentwürfe und Diskussionsvorschlag.....	48
1.	Gesetzesentwürfe der Länder Sachsen und Brandenburg .....	48
2.	Aktueller Diskussionsentwurf .....	49
a)	Diskussionsentwurf August 2006 – Primärvorschlag.....	49
b)	Diskussionsentwurf August 2006 – Alternativ- vorschlag .....	50
c)	Diskussionsentwurf Oktober 2007.....	51
V.	Eigene Ansicht zur Begründung eines Leistungsmaßstabs.....	53
1.	Die Arbeitspflicht als antezipierte Stückschuld .....	53
2.	Begründung eines objektiven Leistungsmaßstabs .....	55
a)	Das Leistungsversprechen des Arbeitnehmers .....	55
b)	Gesetzliche Ausprägungen des Äquivalenzprinzips .....	57
c)	Der Rechtsgedanke des § 243 BGB .....	59
3.	Einwände gegen einen objektiven Leistungsmaßstab.....	60
a)	Die Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung .....	60
b)	Annäherung an das Werkvertragsrecht .....	61
c)	Fehlende Gewährleistungsregeln .....	63
d)	Mangelnde Leistungsausschöpfung des Arbeitnehmers..	64
VI.	Zusammenfassung .....	65
Teil 2 – Der Nachweis der Minderleistung .....		67
§ 5	Der notwendige Vergleichsmaßstab .....	67
I.	Die Durchschnittsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer .....	68
1.	Kritik an der Durchschnittsleistung.....	68
2.	Anforderungen an die Vergleichbarkeit.....	70
a)	Der auswahlrelevante Personenkreis .....	71
b)	Die räumliche Vergleichbarkeit .....	73
c)	Die vergleichbare Aufgabe .....	75
d)	Leistungsbeeinflussende Faktoren .....	76

aa)	Die Höhe und Art der Vergütung.....	76
bb)	Das Alter .....	77
(1)	Geistige Tätigkeiten .....	77
(2)	Körperliche Tätigkeiten .....	78
(3)	Ergebnis .....	82
II.	Die eigene frühere Leistung .....	82
III.	Zielvereinbarungen.....	84
1.	Begriff.....	84
2.	Rechtscharakter .....	85
a)	Rechtsverbindlichkeit von Zielvereinbarungen .....	85
b)	Typologische Einordnung .....	86
c)	Pflicht zur Erfolgsbemühung .....	88
3.	Kündigungsrechtliche Relevanz.....	89
a)	Die Zielverfehlung als Anknüpfungspunkt arbeitsrechtlicher Sanktionen.....	89
b)	Die Folgen einer Zielverfehlung .....	90
aa)	Die Zielverfehlung als Schlechterfüllung .....	90
bb)	Zielvereinbarungen als zusätzliche Beurteilungsgrundlage.....	91
c)	Der Ausschluss von arbeitsrechtlichen Konsequenzen...	93
IV.	Rangreihe.....	93
V.	Prämienysteme .....	94
VI.	Vorgaben der Leistungserbringung .....	95
VII.	Sachverständigenbeweis.....	97
VIII.	Leistungsbeurteilungen.....	98
IX.	Zusammenfassung .....	101
Teil 3 – Die Minderleistung im System der Kündigungsgründe .....		103
§ 6	Der allgemeine Kündigungsschutz.....	103
I.	Die personenbedingte Kündigung .....	104
1.	Negative Prognose der fehlenden Fähigkeit oder Eignung.	105
a)	Erheblichkeit der Minderleistung.....	106
aa)	Rechtsprechung .....	107
bb)	Schrifttum.....	108
cc)	Stellungnahme.....	109
b)	Prognoseentscheidung.....	113
aa)	Objektive Eignungsmängel.....	114
bb)	Subjektive Eignungsmängel.....	115
2.	Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen .....	117
3.	Interessenabwägung .....	119

4.	Darlegungs- und Beweislast.....	120
II.	Die verhaltensbedingte Kündigung .....	122
1.	Vertragswidriges Verhalten.....	124
a)	Zurückhalten der Arbeitskraft.....	124
b)	Lernpflicht bei nachträglicher Änderung des Anforderungsprofils .....	125
c)	Erheblichkeit der Minderleistung.....	127
2.	Negative Zukunftsprognose und fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit.....	129
a)	Wiederholungsgefahr bzw. Fortwirkung der began- genen Vertragsverletzung.....	130
b)	Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit.....	131
3.	Interessenabwägung .....	132
4.	Darlegungs- und Beweislast.....	133
III.	Die betriebsbedingte Kündigung.....	135
1.	Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit .....	136
a)	Änderung des Anforderungsprofils.....	136
b)	Unzulässige Austausch Kündigung .....	138
2.	Dringende betriebliche Erfordernisse.....	139
3.	Sozialauswahl .....	139
a)	Herausnahme von Leistungsträgern.....	141
b)	Aufrechterhaltung der Personalstruktur .....	143
4.	Darlegungs- und Beweislast.....	145
§ 7	Der besondere Kündigungsschutz .....	146
I.	Kündigungsschutz für Schwangere .....	147
II.	Kündigungsschutz für Schwerbehinderte.....	149
1.	Ordentliche Kündigung .....	150
2.	Außerordentliche Kündigung.....	152
III.	Kündigungsschutz für Auszubildende.....	153
1.	Innerhalb der Probezeit .....	153
2.	Nach Ablauf der Probezeit .....	153
§ 8	Die außerordentliche Kündigung.....	156
I.	Innerhalb der Probezeit.....	156
II.	Nach Ablauf der Probezeit .....	157
§ 9	Fehlender Kündigungsschutz.....	160
§ 10	Zusammenfassung .....	161
Teil 4 – Arbeitsrechtliche Maßnahmen im Vorfeld einer Kündigung.....		163
§ 11	Das Ultima-ratio-Prinzip .....	163
I.	Das Mitarbeitergespräch.....	163

II.	Abmahnung .....	166
1.	Anwendungsbereich .....	166
2.	Inhalt .....	169
3.	Besserungsfrist .....	171
III.	Vergütungsreduzierung .....	173
1.	Nachträgliche Minderung des Arbeitsentgelts .....	173
a)	Fehlende Gewährleistungsrechte .....	174
b)	Leistungsentgelte .....	175
2.	Anpassung der Vergütung für die Zukunft .....	176
a)	Weisungsrecht .....	177
b)	Widerrufsvorbehalt .....	177
aa)	Inhaltskontrolle .....	178
bb)	Ausübungskontrolle .....	180
cc)	Schlussfolgerung .....	181
c)	Freiwilligkeitsvorbehalt .....	181
aa)	AGB-Kontrolle .....	182
bb)	Keine AGB-Kontrolle .....	183
d)	Änderungskündigung .....	186
aa)	Zulässigkeit der Entgeltminderung .....	186
(1)	Aus personenbedingten Gründen .....	188
(2)	Aus verhaltensbedingten Gründen .....	190
bb)	Prüfungsmaßstab .....	191
(1)	Das „Ob“ der Änderungskündigung .....	192
(2)	Das „Wie“ der Änderungskündigung .....	195
IV.	Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz .....	196
1.	Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen .....	199
2.	Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen .....	201
a)	Die personenbedingte Änderungskündigung .....	201
b)	Die verhaltensbedingte Änderungskündigung .....	202
c)	Soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung .....	203
aa)	Erforderlichkeit der Änderungskündigung .....	204
bb)	Zumutbarkeit der Änderungskündigung .....	206
V.	Schulungsmaßnahmen .....	206
1.	Weiterbeschäftigung an dem bisherigen Arbeitsplatz .....	207
2.	Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz .....	209
VI.	Zusammenfassung .....	212
	Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung .....	217