



ARBEITGEBER FORUM 2026

ARBEITSRECHT I

Low Performance und Arbeitsrecht: Handlungs- ansätze für HR



REFERENT
Volker Sielaff

01



Typische Fallgruppen von Leistungsmängeln

- unzureichende Arbeitsleistung (**Minderleistung**)
- unzureichende Arbeitsgüte (**Schlechtleistung**)
- fehlerhafte Leistung (**Fehlleistung**)
- teilweise Nichtleistung, z.B. Zuspätkommen, unberechtigte Pausen oder „Blaumachen“ (**Nichtleistung**)
- Nichtbefolgen oder **Abweichungen von Weisungen**



Ursachen der Leistungsmängel

Leistungsmängel können auf **unterschiedlichen Ursachen** beruhen:

- Krankheit: **Grund in der Person**
- altersbedingtes Nachlassen der Leistungsfähigkeit: **Grund in der Person**
- fehlende Motivation: **Grund im Verhalten**
- mangelnde Bereitschaft oder Fähigkeit zum Erwerb des notwendigen Fachwissens: **Grund im Verhalten oder der Person**

Die Ursache, die dem Leistungsmangel zugrunde liegt, bestimmt in gewissem Rahmen Ihre rechtlichen Handlungsoptionen, wenn es um die Sanktionierung der Leistungsmängel geht.



Welche Maßnahmen sind zur Vorbereitung einer Kündigung dann erforderlich?

Eine Kündigung wegen Low- oder Zero-Performance bedarf einer intensiven Vorbereitung und einer eingehenden „Low-Performer-Dokumentation“, anhand derer in einem etwaigen Prozess die erheblich unterdurchschnittliche Leistung nachgewiesen werden kann.



Abgestufte Konkretisierung der Leistungspflicht

Erste Stufe: Allgemeine Anforderungen des Arbeitsplatzes

Erfüllung der wesentlichen Organisationspflichten durch den Arbeitgeber. Nur dann kann er eine angemessene Arbeitsleistung verlangen.

Zweite Stufe: Objektive Anforderungen an den Arbeitnehmer

Erwartungshaltung des Arbeitgebers, z.B. durch Anforderungsprofil, Stellenausschreibung

Dritte Stufe: Berücksichtigung der individuellen Leistungsfähigkeit

Fähigkeit objektiv vorhandene und erworbene berufliche und fachspezifische Kenntnisse im konkreten Arbeitsprozess anzuwenden.



In Betracht kommende Handlungsoptionen

- **Konkrete Verhaltensvorgabe**

Für den Erfolg arbeitsrechtlicher Maßnahmen ist es i.d.R. erforderlich, eine etwaige **Beanstandung** gegenüber dem Arbeitnehmer **konkret und nachvollziehbar** darzulegen. Dazu bedarf es einer **exakten Verhaltensvorgabe**, um das „**Verhaltenssoll**“ transparent zu machen, z.B. durch Einzelanweisung, Stellenausschreibungen und Anforderungsprofilen.

- **Ursachenanalyse**

Feststellung, ob „Leistungsminus“ auf „steuerbaren“ oder „nicht steuerbaren“ Verhalten beruht.



In Betracht kommende Handlungsoptionen

- **Hilfestellung**

Persönliches Gespräch

Coaching, Mentoring / Tutoring und Shadowing

- **betriebs- oder vertrauensärztliche Eignungsuntersuchung**

Können bei einer Minder-, Schlecht- und Fehlleistung Aufschluss über mögliche krankheitsbedingte Ursachen geben.

Der Arbeitnehmer muss aber mit einer entsprechenden Untersuchung einverstanden sein, oder es muss ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers vorliegen.

- **Versetzung**

- **Abmahnung**

- **Trennungsgespräch/ Kündigung**



Rechtliche Sanktionsmöglichkeiten

Ermahnung

- schriftlich
- Disziplinalgespräch mit ergänzender Dokumentation
- keine Kündigungsandrohung

Abmahnung

- schriftlich mit Kündigungsandrohung
- nach vorhergehender Anhörung
- wirksame, einschlägige Abmahnung ist Kündigungsvoraussetzung

Kündigung

- Kündigung ordentlich-fristgerecht
- Kündigung außerordentlich-fristlos
- Tat- und Verdachtskündigung

alternative bzw.
ergänzende
Maßnahmen:

- (Nach-) Schulung
- Schadenersatz
- Versetzung
(räumlich oder
fachlich:
Degradierung per
Änderungsvertrag
oder Änderungs-
kündigung)

ABMAHNUNG

Eine einschlägige vorherige Abmahnung ist Voraussetzung für eine wirksame, verhaltensbedingte Kündigung.





Inhalt einer Abmahnung

Hinweisfunktion: Vorliegender Verstoß muss konkret anhand von Tatsachen beschrieben werden.

Warnfunktion: Auf Konsequenzen bei weiterem Fehlverhalten ist aufmerksam zu machen (Kündigungsandrohung)

Dokumentationsfunktion



Form einer Abmahnung

Eine Abmahnung kann mündlich erfolgen.

Eine schriftliche Abmahnung ist aus Beweisgründen sinnvoll.

Wer darf abmahnen?

- Arbeitgeber
- Personen, die der Arbeitgeber bevollmächtigt hat, damit auch Vorgesetzte
- Bevollmächtigung wird beim Personalleiter vermutet



Bei schwerwiegenden Störungen des Vertrauensverhältnisses z. B.:

- World of Warcraft während der Arbeit gespielt
- Ausgestempelt und nachgetragene Zeit weicht von Gehens-Zeit ab
- Kollegin gesagt, dass sie ein „heißes Gerät“ sei
- Arbeitsschuhe bei Ebay verkauft
- Eine Stunde zu spät zur Arbeit erschienen
- Vorgesetzten als „Vollidioten“ beschimpft
- Verspätet AU eingereicht
- Kollegen mit Schraubendreher beworfen



Fristen

Es gibt keine Ausschlussfristen für Abmahnungen.

Aber: Das Recht auf Abmahnung kann verwirken.

Es gibt auch keine Tilgungsfristen für die Entfernung von Abmahnungen aus Personalakten.

Aber: Das Recht aus der Abmahnung kann verwirken, wenn der AN sich nach der Abmahnung längere Zeit vertragstreu verhält oder der Arbeitgeber weitere Pflichtverletzungen unbeanstandet hinnimmt.



Anhörung des Arbeitnehmers/Kenntnisnahme

- sinnvoll den Arbeitnehmer vor dem Aussprechen einer Abmahnung anzuhören.
- Abmahnung wird erst mit Kenntnisnahme wirksam.



Rechtsfolgen der Abmahnung

- Abmahnung bestraft „Fehlverhalten“ endgültig.
- Neben der Abmahnung sind keine weiteren Sanktionen möglich.
- Es kann darauf wegen desselben Sachverhalts nicht mehr gekündigt werden.



Rechte des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer kann per Gericht auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte klagen,

- wenn die Abmahnung unrichtige oder keine Tatsachenbehauptungen enthält,
- die Schwere des Verstoßes eine Abmahnung nicht rechtfertigt,
- für den Arbeitnehmer unverständlich ist.

Gegen die Abmahnung kann auch noch nach Jahren vorgegangen werden.



Kündigungsmöglichkeiten

personenbedingte Kündigung: Arbeitnehmer schöpft schuldlos seine Leistungsfähigkeit nicht aus.

(Will, kann aber die Leistung nicht erbringen.)

verhaltensbedingte Kündigung: Arbeitnehmer handelt schuldhaft.

(Kann, will aber die Leistung nicht erbringen.)



Kündigungsmöglichkeiten

verhaltensbedingte Kündigung:

Die Minderleistung muss auf das steuerbare Verhalten des Arbeitnehmers zurückzuführen sein und das Verhalten muss abgemahnt sein.

Prüfungsschema:

1. schuldhafte bzw. vorwerfbare Pflichtverletzung
2. Nichtausschöpfen der individuellen Leistungsfähigkeit einschließlich negativer Zukunftsprognose
3. Interessenabwägung (umfassend und einzelfallbezogen)



Kündigungsmöglichkeiten

personenbedingte Kündigung:

- grundsätzlich Abmahnung nicht erforderlich
- Dreistufiges Prüfungsschema:
 1. Prüfungsstufe: Negative Leistungsprognose
 2. Prüfungsstufe: Erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen – aufgrund der Minderleistung
 3. Prüfungsstufe: Interessenabwägung (umfassend und einzelfallbezogen)



Kündigungsmöglichkeiten

personenbedingte Kündigung:

Ein **Kündigungsgrund** liegt in der Regel dann vor, wenn der Arbeitnehmer lediglich eine Leistung erbringt, die **erheblich** unter derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer liegt und **auch in Zukunft** (negative Zukunftsprognose) mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichts zu rechnen ist. Die Kündigung muss die **letzte aller Möglichkeiten** sein, ggf. Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes. Ferner bedarf es einer eingehenden **Interessenabwägung**.



Besonderer Kündigungsschutz für einzelne ausgewählte Personenkreise

1. Mitglieder des Betriebsrates, Wahlbewerber, Wahlvorstandsmitglieder, Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung (§§ 15 KSchG, 103 BetrVG, 96 Absatz 3 SGB IX)
2. Schwerbehinderte (§§ 168 ff SGB IX)
3. werdende Mütter/bis vier Monate nach der Entbindung (§ 17 MuSchG)
4. Elternzeit bzw. ab acht Wochen vor Beginn (§ 18 BEEG)
5. Ausschluss ordentliche Kündigung für langjährige, ältere Beschäftigte gem. § 23 MTV
6. Immissionsschutzbeauftragte (§ 58 BImSchG)
7. Datenschutzbeauftragter (§§ 38, 6 BDSG)



Welche Arbeitsleistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht muss der Arbeitnehmer aufgrund seiner Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis überhaupt erbringen?

Welche Leistung ist geschuldet?

Die Leistungsverpflichtung bestimmt sich primär nach den arbeitsvertraglichen Abreden.

Diese werden durch die Ausübung des Direktionsrechts (§106 GewO) und das subjektive Leistungsvermögen des Arbeitnehmers konkretisiert.

Maßgeblich ist der **subjektive Leistungsbegriff**:

„Der Arbeitnehmer muss unter angemessener Ausschöpfung seiner **persönlichen Leistungsfähigkeit** arbeiten.“ (BAG 17.01.2008 – 2 AZR 536/06)

oder

Er muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. (BAG 11.12.2003 – 2 AZR 30/81)

Was folgt daraus?

Wann verstößt der Mitarbeiter dann gegen seine arbeitsvertragliche Leistungspflicht?



Der Arbeitnehmer verstößt gegen die Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag, wenn er eine Arbeitsleistung erbringt, die in quantitativer oder qualitativer Hinsicht von der geschuldeten Leistung über einen längeren Zeitraum ungünstig abweicht.



Quantitativ messbare Leistungsdefizite sog. Minderleistung

- a) Ermittlung der durchschnittlichen Arbeitsleistung
- b) Wie lässt sich messen, ob die Leistungen des Mitarbeiters unter dem Durchschnitt liegen?



Ermittlung der durchschnittlichen Arbeitsleistung

- Heranziehung der durchschnittlichen Arbeitsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer (BAG 11.12.03 – 2 AZR 667/02)
- Im Hinblick auf Vergleichbarkeit Maßstäbe wie Sozialauswahl, aber auch externe Mitarbeiter (LeihAN, FremdAN, etc.)
- Durchschnittliche Leistung der vergleichbaren Mitarbeiter ins Verhältnis setzen zu der Leistung des betroffenen Mitarbeiters. Diese weicht erheblich von der Durchschnittsleistung ab.



Abweichung von der Durchschnittsleistung

Wie kann die Abweichung von der Durchschnittsleistung praktisch gemessen / dargelegt werden?

quantitative Abweichungen:

- Akkord
- Stückzahlen
- Zielvorgaben

Qualitative Abweichungen

- Ausschuss



Abweichung von der Durchschnittsleistung

Wann ist Abweichung von der Durchschnittsleistung erheblich?

Nicht ausreichend, dass Mitarbeiter der letzte in der Vergleichsgruppe ist.
Erhebliche Abweichung nach Rechtsprechung des BAG dann, wenn langfristige Unterschreitung des Durchschnitts von deutlich mehr als einem Drittel. (BAG vom 17.01.2008, 2 AZR 536/06)

Problemfelder:

- Abweichen von Vorgaben des AG für die Leistungserbringung,
- Nichterreichen von Zielvereinbarungen



Qualitative Abweichung von der durchschnittlichen Arbeitsleistung

Bei qualitativen Leistungsmängeln hat der Arbeitgeber deren Anzahl, schwere, Inhalt und Folgen konkret darzulegen.

Ermittlung der durchschnittlichen qualitativen Arbeitsleistung.

Qualität der Arbeitsleistung kann selten objektiviert werden. Etwas anderes gilt bei der Produktion von Ausschuss und offensichtlichen Qualitätsmerkmalen.

Allenfalls möglich, wenn Anforderungsprofil für die Stelle besteht, dass auch qualitative Elemente enthält.



Abgestufte Darlegungs- und Beweislast

„Um im Einzelfall die von jedem, auch dem sorgfältigsten Arbeitnehmer von Zeit zu Zeit zu erwartenden Fehler von einer kündigungsrelevanten Arbeitsweise abgrenzen zu können, ist es i.d.R. erforderlich, den herangezogenen Vergleichsmaßstab, die besonderen Folgen oder die besondere Pflichtvergessenheit substantiiert vorzutragen, damit das Gericht in die Lage versetzt wird, selbständig feststellen zu können, dass die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist und eine nicht mehr zu tolerierende Fehlerquelle vorliegt. Die lediglich allgemeine Beschreibung fehlerhafter Arbeitsleistungen genügt diesen Anforderungen nicht.“

ArbG Marburg v.25.01.2012 – 3 Ca 1971/11



Was können/ müssen Sie in dieser Situation praktisch tun?

Aufgabe des Vorgesetzten

- „ins Gespräch kommen,,
- Welche Ursachen liegen Fehlverhalten zugrunde?
- Zeitnahe Ansprache des Fehlverhaltens beim Mitarbeiter
- Können betriebliche Maßnahmen ergriffen werden, um Fehlverhalten abzustellen, z.B. vorübergehende Herausnahme aus dem Schichtbetrieb, Unterstützung bei physischen oder psychischen Problemen durch BR oder Beauftragte, Schulung, BEM etc.?
- **Bei gravierendem oder regelmäßigem Fehlverhalten umgehende Information der Personalabteilung.**



Praxistipps

- „Wehret den Anfängen“
- Wahrnehmen von Führungsverantwortung durch die Führungskräfte
- Realistische Rückmeldung des Leistungsstands an den Mitarbeiter
- Rechtzeitige Einbindung der Personalabteilung bei Problemen
- Sorgfältige Dokumentation der unterdurchschnittlichen Leistung



Checkliste

➤ **Worin besteht die Vertragsstörung?**

Nötig ist hier eine präzise und konkrete Beschreibung aller einschlägigen Umstände und der negativen Folgen der Vertragsstörung in Form eines Soll-Ist-Vergleichs. Zum Soll muss der Arbeitgeber darstellen, wie das Leistungs- bzw. Verhaltenssoll für den Arbeitnehmer aussah

– Was sollte er tun? Wie sollte er es machen? Wie sollte er sich verhalten?

Dem Soll der Leistungs- und Verhaltenserwartung soll dann das Ist gegenüber gestellt werden:

- Wie hat er es tatsächlich gemacht?
- Wie hat er sich verhalten?

Abschließend sind im Vergleich die Folgen darzustellen, die die Ist-Soll-Abweichung verursacht hat:

- Welche Folgen hat das gehabt?
- Was ist daraufhin geschehen?



Checkliste: Abmahnung und Kündigung bei Minder- und Schlechtleistung

- Wer sind die vergleichbaren Kollegen? Wie sieht deren Durchschnittsleistung aus?
- Wie viel Prozent Abweichung von der Durchschnittsleistung der Kollegen muss der Arbeitgeber tolerieren?
- Welche konkrete Leistungserwartung soll der Mitarbeiter in Zukunft erfüllen?
- Ist eine Unterstützung des Beschäftigten zwecks Leistungsverbesserung dem betrieb möglich und zumutbar? Welche Maßnahmen wären dazu nötig?
- Ist eine negative Zukunftsprognose zu stellen, wenn ja: Warum?
- Welche konkreten Umstände sprechen für bzw. gegen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses?



VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT