

Florian Hempel

Über "Low Performance" im Beruf

Die Minderleistung aus wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht

Masterarbeit

BEI GRIN MACHT SICH IHR WISSEN BEZAHLT



- Wir veröffentlichen Ihre Hausarbeit, Bachelor- und Masterarbeit
- Ihr eigenes eBook und Buch - weltweit in allen wichtigen Shops
- Verdienen Sie an jedem Verkauf

Jetzt bei www.GRIN.com hochladen
und kostenlos publizieren



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de/> abrufbar.

Dieses Werk sowie alle darin enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsschutz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlanges. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen, Auswertungen durch Datenbanken und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme. Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe (einschließlich Mikrokopie) sowie der Auswertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, vorbehalten.

Impressum:

Copyright © 2018 GRIN Verlag
ISBN: 9783668987906

Dieses Buch bei GRIN:

<https://www.grin.com/document/492528>

Florian Hempel

Über "Low Performance" im Beruf

Die Minderleistung aus wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht

GRIN - Your knowledge has value

Der GRIN Verlag publiziert seit 1998 wissenschaftliche Arbeiten von Studenten, Hochschullehrern und anderen Akademikern als eBook und gedrucktes Buch. Die Verlagswebsite www.grin.com ist die ideale Plattform zur Veröffentlichung von Hausarbeiten, Abschlussarbeiten, wissenschaftlichen Aufsätzen, Dissertationen und Fachbüchern.

Besuchen Sie uns im Internet:

<http://www.grin.com/>

<http://www.facebook.com/grincom>

http://www.twitter.com/grin_com

Masterarbeit

„Low Performance“

Florian Hempel

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	6
1. Einleitung	7
2. Zugrunde liegende Fragestellungen	8
3. Inhaltliche Annäherung an den Begriff	8
4. Wirtschaftliche Betrachtungsweise	13
4.1 Erscheinungsformen von Low Performance	13
4.1.1 Die „Nichtleistung“	13
4.1.2 „Minderleistung“ vs. „Schlechtleistung“	14
4.1.2.1 Die „Minderleistung“	14
4.1.2.2 Die „Schlechtleistung“	15
4.1.3 Die Fehlleistung	15
4.1.4 Kombination verschiedener Erscheinungsformen und unspezifische Fälle	15
4.2 Betriebswirtschaftliche Problemfelder für das Unternehmen	16
4.2.1 Wirtschaftliche Folgen bei Nichtleistung	16
4.2.1.1 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	16
4.2.1.2 Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	20
4.2.1.3 Innerbetrieblicher Organisationsaufwand	22
4.2.1.4 Vergiftetes Betriebsklima und Mitarbeiterfluktuation	26
4.2.1.5 Reibungsverluste im Außenverhältnis	27
4.2.2 Wirtschaftliche Folgen der Minderleistung	28
4.2.2.1 Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	28
4.2.2.2 Innerbetriebliche Umverteilung	28
4.2.2.3 Negativauswirkungen auf das Betriebsklima	29
4.2.2.4 Reibungsverluste	29
4.2.3 Wirtschaftliche Folgen der Schlechtleistung	30
4.2.3.1 Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	30
4.2.3.2 Nachbearbeitungsaufwand, erhöhter Ressourcenverbrauch und sonstige Negativauswirkungen auf die Produktion	33
4.2.3.3 Negativauswirkungen auf das Betriebsklima	34
4.2.4 Wirtschaftliche Folgen der Fehlleistung	35
4.2.5 Kumulative Verwirklichung unterschiedlicher Risiken	35
4.3 Fazit	36
5. Möglichkeiten der arbeitsrechtlichen Reaktion auf festgestellte Low Performance	37
5.1 „Ultima Ratio“ und Verhältnismäßigkeit	37

5.2 Die verschiedenen Gründe für Low Performance	39
5.2.1 Personenbedingte Ursachen	41
5.2.2 Verhaltensbedingte Ursachen	42
5.2.3 Mischtatbestände	42
5.2.4 Fazit	43
5.3 Einseitige arbeitsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten	46
5.3.1 Die arbeitgeberseitige Beendigungskündigung	46
5.3.1.1 Die außerordentliche fristlose Kündigung	46
5.3.1.2 Sonderfall: Die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist	48
5.3.1.3 Die ordentliche Kündigung	49
5.3.1.3.1 Grundproblem Kündigungsschutz	49
5.3.1.3.2 Die verhaltensbedingte Kündigung	50
5.3.1.3.3 Die personenbedingte Kündigung	53
5.3.1.3.4 Zum Umgang mit Mischtatbeständen	56
5.3.2 Die Abmahnung	57
5.3.3 Die Suspendierung	59
5.3.4 Einseitige Änderung von Arbeitsbedingungen vs. Änderungskündigung	59
5.3.5 Die Ermahnung	64
5.3.6 Die Arbeitsanweisung	65
5.3.7 Fazit	65
5.4 Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers	67
5.5 Fazit	69
6. Rechtsprechungspraxis	69
6.1 Wissenschaftliche Methodik	69
6.1.1 Theoretische Grundlagen	70
6.1.2 Qualitative Inhaltsanalyse nach Philipp Mayring	71
6.1.3 Vorstellung des wissenschaftlichen Vorgehens	74
6.1.3.1 Planung	74
6.1.3.2 Auswahl und Erhebung des Datenmaterials	74
6.1.3.3 Induktive Kategorienbildung	77
6.1.3.4 Ergebnis, Interpretation und Anwendung von Gütekriterien	80
6.1.3.4.1 Objektivität	80
6.1.3.4.2 Reliabilität	80
6.1.3.4.3 Validität	81
6.1.3.4.4 Zeitliche Aussagekraft und Einzelfallbezogenheit	81
6.2 Risiken des Arbeitgebers im Zusammenhang mit Kündigungsschutzprozessen	81
6.2.1 In Betracht kommende Risikobereiche und Einschränkung der Forschungsfrage	82

6.2.1.1 Prozesskostenrisiken	82
6.2.1.2 Sonstige Risikobereiche	85
6.2.1.3 Speziell: Annahmeverzugslohnrisiken im Kündigungsrechtsstreit und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes aufgrund praktischer Relevanz	86
6.2.2 Das Problem der Beweislastverteilung	88
6.2.3 Prozesskostenrisiken im Kündigungsrechtsstreit	90
6.2.4 Annahmeverzugslohnrisiken im Kündigungsrechtsstreit	93
6.2.4.1 Grundsätzliche Problemstellung im Rahmen der Analyse	93
6.2.4.2 Der Analyse zugrunde gelegte Annahmen	97
6.2.4.3 Analyseergebnisse	98
6.2.4.3.1 <i>Abhängigkeit zwischen Beschäftigungsdauer und Kündigungsfrist</i>	98
6.2.4.3.2 <i>Einfluss des Gehalts und der Verfahrensdauer auf die Annahmeverzugslohnrisiken</i>	100
6.2.5 Gesamtkostenrisiko	103
6.3 Instrumente zur Identifikation und gerichtsfesten Dokumentation von Low Performance	105
6.3.1 Praktische Relevanz	106
6.3.2 Vorstellung der grundsätzlich in Betracht kommenden Messinstrumente	107
6.3.2.1 Der Soll-Ist-Vergleich	108
6.3.2.2 Die Zielvereinbarung	109
6.3.2.3 Bildung von Vergleichsgruppen	111
6.3.2.4 Forced Ranking nach Jack Welch	112
6.3.3 Bewertung der Messinstrumente aufgrund der empirisch gewonnenen Erkenntnisse	113
6.3.3.1 Klassifizierung der gegenständlichen Entscheidungen	113
6.3.3.2 Grundsätze der Rechtsprechung im Hinblick auf die einzelnen gebildeten Kategorien	114
6.3.3.2.1 <i>Ursache im verhaltensbedingten Bereich</i>	115
6.3.3.2.1.1 <i>Quantitative Low Performance</i>	115
6.3.3.2.1.2 <i>Qualitative Low Performance</i>	119
6.3.3.2.1.3 <i>Low Performance in quantitativer und / oder qualitativer Hinsicht</i>	120
6.3.3.2.1.4 <i>Fazit</i>	121
6.3.3.2.2 <i>Ursache im personenbedingten Bereich</i>	122
6.3.3.2.2.1 <i>Quantitative Low Performance</i>	123
6.3.3.2.2.2 <i>Qualitative Low Performance</i>	124
6.3.3.2.2.3 <i>Fazit</i>	126
6.3.3.2.3 <i>Ursache im personen- und / oder verhaltensbedingten Bereich</i>	126
6.3.3.2.3.1 <i>Quantitative Low Performance</i>	128

6.3.3.2.3.2 <i>Qualitative Low Performance</i>	129
6.3.3.2.3.3 <i>Low Performance in quantitativer und / oder qualitativer Hinsicht</i>	130
6.3.3.2.3.4 <i>Fazit</i>	130
6.3.3.2.4 <i>Zwischenergebnis</i>	130
6.3.3.3 <i>Bewertung der Messinstrumente auf Grundlage der Erkenntnisse</i>	133
6.3.4 <i>Fazit</i>	136
6.4 <i>Handlungsmöglichkeiten für den Arbeitgeber</i>	136
7. <i>Zusammenfassung</i>	139
Literaturverzeichnis	142
Anlagenverzeichnis	[Die Anlage dieser Arbeit wurde von der Redaktion entfernt.]

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Einseitige Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis	39
Abbildung 2: Allgemeines inhaltsanalytisches Ablaufmodell	72
Abbildung 3: Ablaufmodell der induktiven Kategorienbildung	73
Abbildung 4: Ablaufmodell der deduktiven Kategorienanwendung	73
Abbildung 5: Kriterien der qualitativen Inhaltsanalyse	79
Abbildung 6: Erst- und zweitinstanzliche Kostenpositionen im Arbeitsrechtsstreit	90
Abbildung 7: Ermittlung des Gegenstandswertes im Hinblick auf einen Kündigungsschutzantrag	92
Abbildung 8: Prozesskostenrisiken in Abhängigkeit vom Gegenstandswert	92
Abbildung 9: Prozesskostenrisiken in Abhängigkeit zum Bruttomonatsgehalt	93
Abbildung 10: Wahrscheinliche Verfahrensdauer bei Zugrundelegung der analysierten Entscheidungen	94
Abbildung 11: Wahrscheinliche Verfahrensdauer bei Zugrundelegung der Erhebungen des Stat. Bundesamtes	95
Abbildung 12: Arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren im Jahr 2016 nach Art der Erledigung	96
Abbildung 13: Der Ermittlung der Annahmeverzugslohnrisiken zugrunde gelegte Annahmen	98
Abbildung 14: Auswertung der Fälle nach der Dauer der unterstellten gesetzlichen Kündigungsfrist	99
Abbildung 15: Abhängigkeit zwischen Beschäftigungsdauer und Kündigungsfrist im Rahmen von § 622 Abs.2 BGB	99
Abbildung 16: Klassifizierung nach Zeitraum zwischen Ablauf der Kündigungsfrist und gerichtlicher Entscheidung	100
Abbildung 17: Zusammensetzung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung (Stand 2018)	101
Abbildung 18: Einfluss von Gehalt und Verfahrensdauer auf die Höhe der Annahmeverzugslohnrisiken	102
Abbildung 19: Einfluss von Gehalt und Verfahrensgang auf das Gesamtkostenrisiko	103
Abbildung 20: Auswertung der gerichtlichen Entscheidungen nach dem Gegenstand der jeweiligen Auseinandersetzung	106
Abbildung 21: Auswertung der Urteile nach Obsiegen, Abmahnungserfordernis und Sachvortrag	107
Abbildung 22: Klassifizierung der Entscheidungen nach Ursache und Wirkung der Low Performance	114

1. Einleitung

Der Begriff der Minderleistung, neu-deutsch „Low Performance“, ist seit einigen Jahren sowohl bei den zuständigen Personalentscheidungsträgern wie auch bei Juristen in aller Munde. Dabei bestehen allerdings erhebliche Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit der Fragestellung, wann die Minderleistung eines Arbeitnehmers geeignet ist bzw. Anlass dazu geben sollte, arbeitsrechtliche Konsequenzen zu ziehen, wie in diesem Zusammenhang am besten vorgegangen werden kann und sollte und vor allem, wann Minderleistungen von Arbeitnehmern aus Perspektive der Rechtsprechung gegebenenfalls von Arbeitgebern noch hingenommen werden müssen. In diesem Zusammenhang hören sowohl Rechtsanwälte wie auch Gerichte von Arbeitgeberseite oft den Einwand, der betroffene Mitarbeiter arbeite doch schließlich nichts. Fest steht aber einerseits, dass persönliche Einschätzungen und Befindlichkeiten vor allem dann, wenn und soweit auf das Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet und der Arbeitgeber mithin einen besonderen Grund zur Kündigung benötigt, nur in den allerseltensten Fällen geeignet sind, die Wirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung zu rechtfertigen. Andererseits können Arbeitgeber allerdings nicht grenzenlos verpflichtet sein, dauerhaft Leistungsdefizite von Mitarbeitern hinzunehmen, ohne in der Lage zu sein, hierauf arbeitsrechtlich reagieren, insbesondere, sich schließlich des Arbeitsverhältnisses entledigen zu können.

Diese Masterarbeit soll unter Einbeziehung empirischer Erkenntnisse die Fragestellung beantworten, wann überhaupt von arbeitsrechtlich erheblicher Low Performance zu sprechen ist, welche Möglichkeiten betroffene Arbeitgeber haben, um hierauf sachgerecht zu reagieren, welche Risiken aus einer arbeitgeberseitigen Kündigung resultieren und welche Möglichkeiten es für Arbeitgeber gibt, Low Performance so zu dokumentieren, dass im Streitfall auch die mit der Sache betrauten Gerichte von der Minderleistung des Arbeitnehmers überzeugt werden können.

Abschließend sollen die aus arbeitgeberseitiger Perspektive bestehenden, grundsätzlich denkbaren Reaktionsmöglichkeiten anhand der gewonnenen Erkenntnisse bewertet werden. Denn der Verfasser dieser Arbeit weiß aus seiner eigenen anwaltlichen Beratungstätigkeit, dass ein Großteil der letztlich gegenständlichen rechtlichen Probleme oft zumindest auch daraus resultiert, dass Arbeitgeber – aus welchen Beweggründen auch immer – personellen Entwicklungen über eine nicht unerhebliche Zeitdauer tatenlos gegenüberstehen sowie Reaktionen in der Hoffnung hinauszögern, der Arbeitnehmer werde schon allein wieder in die Spur finden und sich von sich aus wieder vertragstreu verhalten. Eigentlich notwendige personelle Entscheidungen und Konsequenzen werden insoweit oftmals „zunächst“ zurückgestellt. Erfüllt sich die arbeitgeberseitige Erwartung dann letztlich doch nicht, so ist auf Arbeitgeberseite bereits ein derart hoher Frustrationsgrad verwirklicht, dass dann oft ohne genauere Prüfung der Rahmenbedingungen und Handlungsmöglichkeiten sowie ohne

entsprechende Risikoabwägung unmittelbar und vor allem unüberlegt gehandelt wird. Diese Handlungen erweisen sich allerdings in arbeitsrechtlicher Hinsicht sehr wahrscheinlich als unwirksam. Erhebliche rechtliche und vor allem wirtschaftliche Nachteile für den betroffenen Arbeitgeber sind die Folge, welche bei frühzeitiger Identifikation und Reaktion zumeist hätten begrenzt, bestenfalls sogar gänzlich vermieden werden können.

2. Zugrunde liegende Fragestellungen

Vor diesem Hintergrund liegen der vorliegenden Arbeit insbesondere die folgenden Fragestellungen zugrunde:

- a) Welche wirtschaftlichen Folgen hat Low Performance für das Unternehmen?
- b) Welche grundsätzlichen arbeitsrechtlichen Möglichkeiten haben Arbeitgeber, um einseitig auf Low Performance zu reagieren?
- c) Mit welchen finanziellen Risiken müssen Arbeitgeber insbesondere im Zusammenhang mit einem Kündigungsrechtsstreit voraussichtlich rechnen?
- d) Welche Instrumente sind geeignet, um Low Performance zu identifizieren und gerichtsfest zu dokumentieren?

3. Inhaltliche Annäherung an den Begriff

Der Begriff des sog. „Low Performers“ geht auf Jack Welch zurück, welcher davon ausgegangen ist, dass sich das in einem Unternehmen beschäftigte Personal in drei grundsätzliche Leistungskategorien unterteilen lässt.¹

Nach Welch stellen die besten 20 Prozent der beschäftigten Mitarbeiter die sogenannten „A-Player“ dar. Dies sind die für das Unternehmen besonders wertvollen Leistungsträger, hinsichtlich derer das Unternehmen alles Notwendige unternimmt, um sie möglichst dauerhaft an das Unternehmen zu binden. Das sich hieran anschließende Mittelfeld, welches nach Welch ca. 70 Prozent der Belegschaft ausmacht, nimmt allerdings ebenfalls eine tragende und wichtige Rolle im Unternehmen ein. Denn immerhin ist hier die weit überwiegende Anzahl von Mitarbeitern, die sogenannten „B-Player“, versammelt. Ohne deren Fähigkeiten, Energie und Engagement würde und könnte das Unternehmen schlichtweg nicht existieren. Aus diesem Grund ist es nach Ansicht von Welch auch verfehlt, diese Gruppe zu vernachlässigen. Unterhalb des Mittelfeldes existiert aber eben auch – gewissermaßen als Schlusslicht – eine Gruppe von 10 Prozent, welche Welch als sogenannte „C-Player“ umschreibt. Es handelt sich hierbei um die leistungsschwächsten und

¹ vgl. hierzu grundsätzlich: Welch, Welch (2014), S.52 ff.

damit schlechtesten Mitarbeiter. Die Aufgabe des Unternehmens besteht nach Welch nun darin, ein Personalmanagement zu etablieren, welches geeignet ist und dafür Sorge trägt, das Mittelfeld in seiner Gesamtheit zu beobachten und in einer Art und Weise zu fördern, dass die große Mehrheit an B-Playern motiviert ist, die Leistungen zu verbessern. Nach Ansicht von Welch geht es hierbei allerdings gerade nicht darum, B-Player vor dem Abstieg in die leistungsschwächste Gruppe zu bewahren: Unter rein unternehmerischen Gesichtspunkten muss sich das Unternehmen vielmehr möglichst kurzfristig von den Schlusslichtern trennen.²

Wenngleich die von Welch insoweit aufgestellte „20-70-10-Regel“ auf den ersten Blick sehr einleuchtend erscheinen mag, begegnet sie gleichwohl grundlegenden Bedenken: Unabhängig von eher subjektiven Erwägungen, ob eine solche Differenzierung denn gerecht und fair sei oder diese nicht gar dazu führe, dass der Teamgeist im Unternehmen hierdurch unterwandert würde, bleibt insoweit jedenfalls objektiv und vor allem wertungsfrei festzuhalten, dass es bereits in der Natur der Sache liegt, dass es in einer beliebigen Personengruppe unter Leistungsgesichtspunkten letztlich immer zwingend Leistungsträger, ein verhältnismäßig großes Mittelfeld sowie eben auch leistungsschwächere Personen geben muss. Dies folgt bereits daraus, dass niemals alle Menschen gleich gut sein können, und würde insbesondere auch dann gelten, wenn und soweit die gesamte Gruppe von außen betrachtet ausschließlich aus Leistungsträgern bestehen würde. In einer beliebigen Personengruppe muss es immer auch solche Personen geben, welche unter objektiven Kriterien die Schlusslichter darstellen. Folgt man nun der Empfehlung von Welch und entfernt diese Personen, so ist es ein Naturgesetz, dass nunmehr andere Personen, welche bis dato dem Mittelfeld angehört haben, zu den Schlusslichtern der Gruppe werden. Es bleibt damit also zwingend die Frage, wie ein Unternehmen der von Welch formulierten Zielsetzung nachkommen kann und sich sämtlicher C-Player entledigen können soll.

Ungeachtet der hier angerissenen Problemfelder, welche aus den Überlegungen von Welch folgen, hat dieser mit der von ihm aufgestellten „20-70-10-Regel“ gleichwohl einen entscheidenden Grundstein für die Klassifizierung der in einem Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter gelegt. Spricht man von Low Performern, so sind also diejenigen unteren 10 Prozent der Beschäftigten gemeint, welche nach Ansicht von Welch das Unternehmen mehr belasten als für dieses einen wie auch immer gearteten Beitrag leisten.³

Ist der Low Performer das schwächste Glied einer Gruppe und erfolgt die diesbezüglich vorzunehmende Beurteilung ausschließlich unter Leistungsgesichtspunkten, so stellt sich allerdings zwingend die Folgefrage, welche Kriterien im Rahmen der diesbezüglichen Abstufung heranzuziehen sind. Dabei stellt sich vor allem das Problem, dass, je nach

² hierzu insgesamt: Welch, Welch (2014), S.52-54.

³ vgl. Welch, Welch (2014), S.53.

Betrachtungsweise, unterschiedlichste, teils gegensätzliche Aspekte denkbar erscheinen. Stellt man hier auf quantitative oder auf qualitative Aspekte ab? Geht man von der Erwartungshaltung des Arbeitgebers aus? Kommt es auf die Leistungen der Gruppe oder auf das individuelle Leistungsvermögen des betreffenden Mitarbeiters an?

Demgemäß existieren auch in der Literatur die unterschiedlichsten Vorstellungen von der Person des Low Performers: Während eine Ansicht⁴ ausschließlich auf das formale Kriterium der Arbeitsgeschwindigkeit abstellt, Low Performing in diesem Sinne also bereits dann vorliegen soll, wenn ein Mitarbeiter seine Arbeitsleistung zu langsam erbringt, ergänzt eine andere Ansicht⁵ hier zumindest noch, dass die Arbeitsweise darüber hinaus auch ungenau sein müsse. Eine weitere vertretene Auffassung⁶ stellt auf die individuelle Leistungsfähigkeit der Mitarbeiter ab und macht demgemäß die Qualifikation als Low Performer vor allem von der Frage abhängig, ob der betreffende Mitarbeiter seine eigenen Leistungen steigern will oder kann. Während bei den vorgenannten Ansätzen der unmittelbare Bezug zum Leistungsspektrum der übrigen Mitarbeiter fehlt bzw. zumindest keine hinreichende Berücksichtigung findet, stellt schließlich eine andere Ansicht⁷ zumindest auch auf einen Vergleich der Mitarbeiter untereinander ab und verlangt insoweit für die Bejahung von Low Performing ein Zurückbleiben der Arbeitsleistung hinter der Erwartungshaltung des Arbeitgebers in quantitativer oder qualitativer Hinsicht durch geringere oder schlechtere Leistungen als diejenigen der übrigen Mitarbeiter. Schließlich bringt eine weitere Auffassung⁸ auch die individuelle Erwartungshaltung des Arbeitgebers ins Spiel und nimmt insoweit einen direkten Vergleich zwischen geschuldeter Soll- und erbrachter Ist-Leistung des betreffenden Arbeitnehmers vor.

Letztlich haben sämtliche der vorstehend dargestellten Ansätze gemeinsam, dass sie – mehr oder weniger – den Fokus auf bestimmte Teilaspekte legen, welche sie sodann zum Schwerpunkt der durch den Arbeitgeber zu treffenden Einordnungsentscheidung machen. Fest steht allerdings – zumindest nach der dieser Arbeit zugrunde liegenden deutschen Rechtslage –, dass die besondere Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses, in welchem sich die zu beurteilenden Mitarbeiter befinden, hierbei entweder überhaupt keine oder nur eine unzureichende Berücksichtigung findet.

So unterscheidet das deutsche Recht strikt einerseits zwischen sogenannten Werkverträgen und auf der anderen Seite sogenannten Dienstverträgen: Während in § 631 Abs.1, 2 BGB⁹ gesetzlich normiert ist, dass Gegenstand des Werkvertrages die Herbeiführung eines

⁴ vgl. u.a. Bachstein (2007), S.165.

⁵ vgl. u.a. Joch (2008), S.76 ff.

⁶ vgl. u.a. Axelrod, Handfield-Jones, Michaels (2002).

⁷ vgl. u.a. Löw (2007), S.25; Amann (2008).

⁸ vgl. u.a. Kämmer (2015), S.120.

⁹ Bürgerliches Gesetzbuch.

konkreten Erfolges ist, ist eben dieser Erfolgscharakter, wie sich aus § 611 Abs.1 BGB ergibt, dem Dienstvertragsrecht gänzlich fremd. Anders als beim Werkvertrag schuldet der im Rahmen eines Dienstvertrages Verpflichtete also gerade nicht die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, sondern vielmehr einzig und allein die Vornahme der Leistung im Sinne des eigentlichen Wirkens.¹⁰ Der Arbeitsvertrag stellt allerdings nichts anderes als eine besondere Form des Dienstvertrages dar. Das Bundesarbeitsgericht vertritt hierzu in ständiger gefestigter Rechtsprechung¹¹ den folgenden Standpunkt:

„... Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Dagegen ist der Werkunternehmer selbständig. Er organisiert die für die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und ist für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Besteller verantwortlich. Ob ein Werkvertrag, ein Dienst- oder ein Arbeitsverhältnis besteht, zeigt der wirkliche Geschäftsinhalt. Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben; ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer wird nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zum Werkunternehmer...“¹²

Handelt es sich bei einem Arbeitsverhältnis aber um nichts anderes als um eine besondere Ausprägung des Dienstverhältnisses und ist es diesem immanent, dass durch den Verpflichteten gerade kein Erfolg, sondern vielmehr lediglich die Erbringung der Leistung selbst geschuldet ist, so ist es allerdings grundsätzlich auch nicht möglich, den Wert eines Arbeitnehmers für das Unternehmen – jedenfalls allein – am Eintritt bestimmter Leistungserfolge zu messen. Bezüglich des Inhalts des den Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis insoweit treffenden Pflichtenkatalogs geht das Bundesarbeitsgericht deshalb auch explizit von folgendem Grundsatz aus:

„... 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. Davon geht mit dem Landesarbeitsgericht auch die Revision aus. Der gegenteiligen

¹⁰ Sprau (2017), S.1033.

¹¹ vgl. hierzu u.a. BAG, 25.05.2005, Rn.15; BAG 18.01.2012, Rn.27; BAG, 15.02.2012, Rn. 13,14.

¹² BAG, 25.09.2013, Rn.84.

*Auffassung, der Arbeitnehmer schulde in Anlehnung an § 243 BGB aF eine "objektive Normalleistung", folgt der Senat nicht. Sie berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag keine "Erfolgshaftung" des Arbeitnehmers kennt. Der Dienstverpflichtete schuldet das "Wirken", nicht das "Werk"...*¹³

Für die Beurteilung der Fragestellung, ob ein bestimmter Mitarbeiter (noch) dem Durchschnitt angehört oder (bereits) als Low Performer einzustufen ist, genügt also weder der bloße Abgleich seiner Leistungen mit denjenigen anderer Arbeitnehmer noch reicht es aus, insoweit lediglich auf die individuelle Leistungserwartung des Arbeitgebers abzustellen. Vielmehr billigt die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung allen Beschäftigten grundsätzlich gewisse Differenzen im Hinblick auf ihr individuelles Leistungsvermögen zu, welche vom Arbeitgeber hinzunehmen sind. Dies wiederum bedeutet aber im Umkehrschluss keinesfalls, dass es der Arbeitnehmer nunmehr selbst in der Hand hätte, zu bestimmen, was er arbeitsvertraglich schuldet. Wäre dem so, wäre missbräuchlichem Arbeitnehmerverhalten letztlich Tür und Tor geöffnet. Das Bundesarbeitsgericht schränkt die vorgenannte Aussage deshalb auch unmittelbar wieder wie folgt ein:

*„... Daraus ist allerdings, wie die Revision zu Recht ausführt, nicht zu folgern, dass der Arbeitnehmer seine Leistungspflicht selbst willkürlich bestimmen kann. Dem Arbeitnehmer ist es nicht gestattet, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einseitig nach freiem Belieben zu bestimmen. Er muss vielmehr unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektivierbarer Kriterien nicht immer erkennbar. Der bloße 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. Andererseits ist das deutliche und längerfristige Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichten Mittelwerts oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis darauf, dass der schwache Ergebnisse erzielende Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die mit zumutbaren Anstrengungen nutzbar wären..."*¹⁴

Bei Zugrundelegung der vorstehend dargestellten Grundsätze und Überlegung könnte der Begriff des Low Performers somit wie folgt definiert werden:

¹³ BAG, 21.05.1992, Rn.28; BAG, 11.12.2003, Rn.90.

¹⁴ BAG, 11.12.2003, Rn.91.