

Leistungsmängel: Gebot der Abstufung arbeitsrechtlicher Maßnahmen

Das Ultima-ratio-Prinzip

Nicht nur Fachvorgesetzte, auch gestandene Personalleiter nehmen den Eskalationsprozess bei Beanstandung des Verhaltens oder der Leistung von Mitarbeitern oft nicht bzw. nicht in den richtigen Etappenschritten wahr. Diese werden von der differenzierenden Rechtsprechung heute – insbesondere unter Beachtung des Grundsatzes des Ultima-ratio-Prinzips – jedoch gefordert. Wie sehen die wichtigsten Zwischenstufen und insbesondere die Architektur der prinzipiell aufeinander aufbauenden Maßnahmen aus? Das BAG hat mehrfach entschieden, dass gerade bei Beanstandungen die Verhältnismäßigkeit zu wahren ist. Eine Vorstufe zur Abmahnung könnte bspw. die „Korrekturvereinbarung“ oder „verbindliche Absprache“ sein.



DAS KLASSISCHE SETTING ALS EINSTIEG

In der Praxis der Betriebe taucht häufig folgende Situation auf: Der Vorgesetzte ist mit den Leistungen eines Mitarbeiters seit Längerem nicht einverstanden und weitere Geduld sei nicht aufzubringen. Insbesondere gibt es jetzt ein neues Erlebnis, welches den Verbleib des Mitarbeiters im Unternehmen angeblich (oder wirklich) nicht mehr rechtfertigt.

Der Arbeitsvertrag soll nun umgehend, entweder durch einen kurzfristig abzuschließenden Aufhebungsvertrag oder notfalls durch Kündigung, beendet werden. Eine auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zielende Abmahnung werde nicht benötigt. Es wurde angeblich ohnehin häufig mit dem betroffenen Mitarbeiter über seine Unzulänglichkeit gesprochen, das müsse nicht noch einmal geschehen. Eine Besserung der Leistung sei nicht vorstellbar.

Der Personalleiter, ggf. auch der hinzugezogene Anwalt, der in dieser Phase des Geschehens eingeschaltet wird, steht bei dieser Sachlage vor folgendem Dilemma: Dem Vorgesetzten ist mitzuteilen, der Vorgang könne in dieser Form nicht, voraussichtlich zumindest nicht in dem gewünschten Eiltempo erledigt werden. Bestimmte vorausgehende Maßnahmen seien unberücksichtigt geblieben, zumindest seien sie nicht dokumentiert. Es müsse davon ausgegangen werden, dass der Mitarbeiter nicht bereit ist, einen vorgelegten Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen. Er geht häufig – im Widerspruch zur Einschätzung des Vorgesetzten – davon aus, seiner Arbeit hinreichend ordentlich nachgekommen zu sein. Allenfalls bekam er mit, der Vorgesetzte habe in letzter Zeit gelegentlich „herumkritisiert“ und Teile seiner Leistungen mürrisch kommentiert. Von der Absicht einer Trennung sei nicht die Rede gewesen, es habe sich eher um kleinere Missverständnisse gehandelt. Auch andere Kollegen litten in letzter Zeit unter der schlechten Stimmung des Vorgesetzten.

Die aufzunehmende Arbeit des juristischen Beraters besteht nun zunächst darin zu prüfen, ob es noch als hilfreich angesehen werden kann, die Kommunikation zwischen den beteiligten Personen aufzuräumen und einer deutlichen Verbesserung zuzuführen. Lassen sich eventuell die letzten Kritikgespräche noch nachträglich ausreichend präzise dokumentieren und kann der Mitarbeiter einsehen, dass es diese Kritikpunkte gibt?

Es ist zu prüfen, mit welchen einzelnen Schritten in diesem Fall vorzugehen ist und welche Schritte umgehend einzuleiten sind (vgl. zur Form der Skalierung von Maßnahmen bei erkannten Leistungsdefiziten Abraham, Therapie für Low Performer, AuA 11/12, S. 644 ff. sowie ausführlich Wetzling/Land, Umgang mit Low Performern, AuA 5/21, S. 8 ff.).

DIE ERSTE ANSPRACHE, DAS ORIENTIERUNGSGESPRÄCH

Der erste Schritt, der in diesem informativem Spannungsfeld zu klären ist, ist die Frage, ob es bereits ein ausreichend sachliches Orientierungsgespräch zwischen den Beteiligten gab. In diesem Orientierungsgespräch gilt es zunächst darzustellen, welche betrieblichen Erwartungen an die Funktion des Mitarbeiters zu stellen sind. Auch bei der Einstellung hat das Orientierungsgespräch eine große Bedeutung. Alle Angaben, die für die Ausführung der Arbeit von wesentlicher Bedeutung sind, sind gegenüber dem Bewerber zu machen. Dazu zählen etwa auch physische und psychische Anforderungen, die mit der Aufgabenabwicklung typischerweise verbunden sind. (vgl. Schaub ArbR-HdB/Linck, 18. Aufl. 2019, § 26 Rn. 2 ff.). Der Vorgesetzte wird dem Arbeitnehmer insoweit detailliert erklären, was in der Funktion, um die es geht, von großem Gewicht und was nachrangig ist. Wichtig ist auch zu erläutern, aus welchen Gründen davon auszugehen ist, dass die in der Funktion erwartete Leistung derzeit nicht oder nur in Ansätzen wahrgenommen wird. Insoweit geht es im Wesentlichen um die Erläuterung des Anforderungsprofils, also die fachlichen und persönlichen Anforderungen an die Stelle. Sie sind nicht mit der Stellenbeschreibung zu verwechseln. Bei Letzterer geht es darum, was der Mitarbeiter am Arbeitsplatz zu tun hat, bei Ersterer, was er an mentalen, psychischen und physischen Voraussetzungen für die Stelle mitbringen muss. Es sollte ein möglichst genaues und umfassendes Bild entstehen, wo derzeit konkrete Unzulänglichkeiten festgestellt werden und wie diese nach gemeinsamer Vorstellung am ehesten überwunden werden können. Das detaillierte Anforderungsprofil der Stelle hat spiegelbildliche Verwandtschaft mit der Gefährdungsanalyse, die gem. § 5 ArbSchG vom Arbeitgeber zu erstellen ist. In ihr sind ebenso wie im Anforderungsprofil die funktionswesentlichen Belastungen und Anforderungen der Stelle darzustellen.

Bei Funktionen, die im Betrieb mehrfach auftreten, wird der Vorgesetzte die Anforderungen an die Stelle regelmäßig zunächst der gesamten Gruppe vorstellen und erläutern. Das geschieht möglichst unter sachgerechter Einbindung der Mitarbeiter, in der Weise, dass der Vorgesetzte neue Anforderungen zunächst mit Leistungsträgern aus der Gruppe vorbereitend klärt, berät und abstimmt. Anschließend werden die neuen Standards den übrigen Mitarbeitern durch die Mitglieder der Vorbereitungsgruppe näher dargestellt. Die Präsentation neuer Techniken oder Arbeitsabläufe „aus der Gruppe für die Gruppe“ erscheint bei Veränderungsprozessen grundsätzlich geeigneter als der Erlass von „Anweisungen“ durch den Arbeitgeber. Zur Sicherung des richtigen Verständnisses der Veränderungen im Arbeitsumfeld ist die ausführliche Diskussion in der Gruppe sowie die Präsentation durch geeignete Mitglieder aus der Gruppe sinnvoller als die Vorgabe durch den Vorgesetzten im Wege des Direktionsrechts gem. § 106 GewO. Demgegenüber hält das BAG offenbar daran fest, Leistungspflichten würden sich entweder aus dem Einzelarbeitsvertrag ergeben oder durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers bestimmt werden (vgl. BAG, Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02,

AuA 2/04, S. 44; v. 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, AuA 9/08, S. 564). Demgegenüber entstehen die hier interessierenden Leistungsstandards entweder in Form von Betriebsvereinbarungen oder Gruppenvereinbarungen. Sachgerecht wäre es zudem, neue Techniken, Arbeitsabläufe oder Zielsetzungen bei der Durchführung der Arbeit im (Qualitäts-)Handbuch festzuhalten, damit eine Referenz auf das in der Gruppe abgestimmte Besprechungsergebnis jederzeit möglich ist. Zudem besteht für jeden Mitarbeiter auf diese Weise die Möglichkeit, noch einmal nachzuschauen, falls Unsicherheiten auftreten oder ein Nachschlagen aus anderem Grund sinnvoll erscheint. Der Vorgesetzte betont häufig, er habe bereits wiederholt Informationsgespräche mit dem Betroffenen geführt. Dieser müsse an sich bereits wissen, dass man schon seit Längerem mit seinen Leistungen nicht einverstanden sei. Warum solle das Gespräch nun noch einmal wiederholt werden? Voraussichtlich gab es vor dem Orientierungsgespräch bereits – evtl. sogar mehrere – informelle Unterredungen.

Die Notwendigkeit, dieses Gespräch eventuell noch einmal zu wiederholen, ergibt sich jedoch aus einer elementaren, häufig verdrängten Erkenntnis: Die Wahrnehmung des Senders über den Inhalt von Nachrichten stimmt mit jener des Empfängers nicht überein. Zudem scheint der Sender den Inhalt besser oder zumindest anders zu speichern als der Empfänger. Das gilt insbesondere für unsympathische, kritische Nachrichten. So hat der Arbeitnehmer ein tatsächlich stattgefundenes Beanstandungsgespräch meist schon nach wenigen Tagen nur noch in Teilen oder deutlich anders in Erinnerung als sein Vorgesetzter. Es ist verblüffend, wie unterschiedlich Nachrichten in der Erinnerung verbleiben bzw. mutieren. Üblicherweise trägt auch im Arbeitsleben der Sender von Nachrichten – also der Vorgesetzte – die Verantwortung dafür, dass diese hinreichend unmissverständlich ankommen und auch nach Wochen noch erinnerlich sind. Er hat sicherzustellen, dass dem sog. Transparenzgebot (vgl. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, BGB § 310 Rn. 44 f.) genügt wird. Das gilt ebenso bei der Vertragsgestaltung wie auch bei der Gesprächsführung, in der es um die Klarstellung der Aufgaben geht.

Der Vorgesetzte muss zur Kenntnis nehmen, dass nicht er – als Sender – entscheiden kann, ob eine Nachricht in gewünschter Form dem anderen zugeht, vielmehr prinzipiell stets festzustellen ist, ob beim Empfänger die erforderliche Botschaft tatsächlich „ankam“. Weil der Empfänger kritische Meldungen zumindest gelegentlich verdrängt, ist es notwendig sicherzustellen, dass sie später als sicher angekommen zu bewerten ist. Bei den Arbeitsgerichten ist die Bewertung der Situation meist eindeutig: Der Richter erklärt, beide Seiten – sowohl der Vorgesetzte als auch der Mitarbeiter – seien glaubwürdig. Wenn es jedoch um den Zugang von Nachrichten geht, trägt der Sender die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es das Orientierungsgespräch überhaupt jemals gab und zwar mit dem Inhalt, auf den Bezug genommen wird.

Weil das häufig dem Arbeitgeber nicht gelingt, ist zumindest in Fällen, in denen ein starker oder kontinuierlicher Leistungsrückgang festzustellen ist, die schriftliche Doku-

mentation sinnvoll, i. d. R. sogar dringlich. Dabei ist zu betonen, dass man nicht jedes entsprechende Fachgespräch dokumentieren muss. Die schriftliche Fassung sollte jedoch nicht ausbleiben, wenn verschiedene vorausgehende mündliche Gespräche keine Änderung im Leistungsbild brachten. Mehrere mündliche Vorgespräche sind nur bei Mitarbeitern mit längeren Dienstjahren notwendig. Bei dienstjüngeren Mitarbeitern ist diese Geduld, Änderungen im Verhalten oder im Leistungsbild mit Langmut abzuwarten, grundsätzlich nicht geboten. Die schriftliche Notiz bezieht sich nicht auf den Verlauf des Gesprächs, lediglich auf das Ergebnis. Damit ist im Regelfall klargestellt, dass es sich meist nur um eine kurze Notiz handelt. Wichtig ist dabei zu prüfen, ob es nicht möglich ist, das Schreiben der Kurznotiz nach Möglichkeit dem beteiligten Mitarbeiter zu überlassen. In Deutschland ist das zwar überwiegend noch nicht üblich. Die Kurzdokumentation des Orientierungsgesprächs gehört jedoch grds. nicht in die Hand des Vorgesetzten, vielmehr in die des Mitarbeiters. Ihm ist in aller Regel zuzutrauen, die Notiz selbst schreiben zu können, es bedarf insoweit meist keiner „Vorgabe“ des Vorgesetzten. Sollte sich später herausstellen, dass der Mitarbeiter wesentliche Punkte im kurzen Protokoll ausließ, zeigt allein schon dieser Umstand, wie wichtig es ist, die richtige Übermittlung von Botschaften zu prüfen und durch Nachjustieren im zweiten Anlauf sicherzustellen. Im Übrigen ist die Selbstaufzeichnung der besprochenen und akzeptierten Korrekturerfordernisse ein Akt des i. d. R. von Mitarbeitern geschätzten Empowerments. Sie sollte vom Vorgesetzten am nächsten Tag nicht unter den Prüfaspekten von Punkt und Komma redigiert werden; allenfalls dahingehend, ob wesentliche Absprachen über einzuleitende Änderungen vergessen oder missverstanden wurden. Schließlich geht es nur um das Festhalten kurzer relevanter Absprachen, die bereits aus früheren Gesprächen bekannt sein werden und nun eine gewisse neue Qualität der Ernsthaftigkeit erhalten sollen. Wenn das Selbstschreiben einen „Kulturbruch“ im Betrieb bedeutet, empfiehlt es sich, am Ende des Gesprächs beiderseits kurz zu notieren, welche Vereinbarungen wichtig und nachzuerfolgen sind. Aber auch dann sollte der Mitarbeiter gebeten werden, die „Schlussfassung“ zur gemeinsamen Abzeichnung möglichst am Folgetag vorzulegen. Verschließt sich der Mitarbeiter dieser Bitte, so kann insoweit eine Anweisung durch den Vorgesetzten entsprechend seiner Kompetenz aus § 106 GewO notwendig werden. Schließlich ist der Vorgesetzte insoweit nicht der Notar der Abstimmungen mit dem Mitarbeiter. Das Wort „missverstanden“ ist bei richtiger Betrachtung in diesem Zusammenhang häufig falsch gewählt. Da der Vorgesetzte in der Kommunikation gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sicherzustellen hat, dass seine Worte (aus Sicht des Empfängers) klar und verständlich sind, müsste i. d. R. gefragt werden, ob er sich als Vorgesetzter wirklich hinreichend verständlich machte oder bei ihm „Infodefekte“ auftraten.

Beispiele für Ergebnisnotizen:

„Im Gespräch vom ... wurde über die Bedeutung der Erhaltung der Kühlkette für die Tiefkühlwaren gesprochen. Es wurde verabredet, insbesondere die Waren XY direkt nach der Anlieferung zunächst sämtlich ins Kühl-

lager zu verbringen. Gegen ... Uhr werden sie nach Abstimmung mit dem Marktleiter – je nach Platzverhältnissen – in die Kühltruhen im Verkaufsraum umgelagert. Im Gespräch vom ... wurde über die Bedeutung der Beratung von Kunden im Anlagegeschäft gesprochen. Es wurde verabredet, Kunden bei der Empfehlung von Aktien sorgfältig darauf hinzuweisen, für welche Finanzprodukte eine Provision der Sparkasse anfällt und für welche nicht. Im Gesprächskurzprotokoll wird das dokumentiert, der Kunde wird gebeten, die Richtigkeit auf dem Formblatt zu bestätigen. Ohne eine solche Bestätigung kann die Ausgabe provisionsgebundener Wertpapiere nicht erfolgen.“

Es handelt sich nicht um ein Maßregelungspapier, vielmehr um eine Klarstellung erforderlicher Abläufe oder Tätigkeiten, die bisher Probleme aufwiesen. Der Vorgesetzte erfährt durch die möglichst am Folgetag vorgelegte Ergebnisnotiz, ob er vollständig richtig verstanden wurde und die erforderliche Kommunikationsarbeit vernünftig verlief. Darüber hinaus wird sich der Mitarbeiter durch eigenhändiges Niederschreiben die Kritikpunkte besser einprägen, wodurch ein selbstkritischer Denkprozess häufig erstmalig angeschoben wird. Durch die schriftliche Fixierung steigt die Wahrscheinlichkeit deutlich, eine Verbesserung der beanstandeten Punkte tatsächlich zu erreichen.

Gelegentlich wird davon gesprochen, die Anforderungen einer Stelle würden sich bereits ohne Weiteres aus der übermittelten Stellenbeschreibung ergeben. Das ist ein Irrtum. Die Stellenbeschreibung beschreibt, was der Mitarbeiter in der Stelle/Position zu tun hat, das Anforderungsprofil bezieht sich dagegen auf die körperlichen, seelischen und geistigen Qualifikationen, die für die aktuell übertragene Tätigkeit mitgebracht, bewahrt oder erarbeitet werden müssen (vgl. Schaub ArbR-HdB/Linck, 18. Aufl. 2019, § 134 Rn. 36; BAG, Urt. v. 2.3.2017 – 2 AZR 546/16, BeckRS 2017, 111706). Die Verpflichtung zur Stellenbeschreibung ergibt sich aus § 81 BetrVG, § 2 Abs. 1 Ziff. 5 NachwG. In der Stellenbeschreibung wird im Schlussteil meist auf die Anforderungen der Stelle verwiesen. In der Praxis werden die Stellenanforderungen häufig jedoch nur beiläufig beschrieben.

Die entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers zur detaillierten Information über die Stellenanforderungen ergibt sich aus der Fürsorgepflicht. Inhaltlich geht es dabei um folgende drei Dimensionen: um die Erläuterung

- physischer,
- psychischer und
- mentaler

betrieblicher Erwartungen, die mit der Stelle des Mitarbeiters verbunden sind. Diese sind aus dem Gebot der Fürsorgepflicht transparent zu gestalten und dem Mitarbeiter in fairer Weise zu verdeutlichen. Dabei ist es wichtig, die Wahrnehmung – nach den Eindrücken des Vorgesetzten – noch nicht in genügender Qualität oder Quantität erbracht werden, anhand klarer Fakten und Daten zu verdeutlichen. Insofern wird in der Praxis zu Recht von der „ZDF-Methodik“ (Zahlen, Daten, Fakten) gesprochen. Daran fehlt es häufig, wenn nur allgemein behauptet wird, der Mitarbeiter könne bestimmte Arbeitsabläufe nicht oder nicht richtig erledigen.

In dem abschließenden Kurzprotokoll werden drei Fragen beantwortet:

- Wann und wo war das Gespräch, wie lange dauerte es und wer war beteiligt,
- welche konkreten Maßnahmen/Handlungen wurden verabredet, wer setzt sie um und
- für welchen konkreten Tag wurde das Folgegespräch vereinbart.

DER ZWEITE KORREKTURVERSUCH, DAS KRITIKGESPRÄCH

Unterstellt, das Orientierungsgespräch ist fachgerecht verlaufen, so sollte i. d. R. nach ca. drei Monaten zumindest dann ein Kritikgespräch folgen, wenn die im Orientierungsgespräch verabredeten Maßnahmen erkennbar weiterhin noch nicht zufriedenstellend berücksichtigt oder nur in Teilen umgesetzt wurden.

Das Kritikgespräch ist eine intensivere Form des vorangehenden Orientierungsgesprächs; es zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass diesmal möglichst am Ende alle noch realistischen konkreten Maßnahmen zur Weiterbildung oder Besserung der Leistungsbedingungen gemeinsam vereinbart und dokumentiert werden. Wenn es bspw. darum geht, der Mitarbeiter könne noch nicht ausreichend Englisch sprechen, obwohl mehrfach darüber gesprochen wurde, die sprachlichen Fertigkeiten deutlich und dringend auszubauen, muss jetzt eine konkrete Abstimmung über den erforderlichen Maßnahmenkatalog erfolgen. In ihm sollte festgehalten werden, was noch getan werden kann, um die Fähigkeit, sich in der Fremdsprache zu bewegen, zu verbessern.

So könnte die am Ende zu erzielende Absprache etwa wie folgt lauten:

„Im Gespräch vom ... ging es erneut um die Verbesserung der Fähigkeit, englische Beratungsgespräche zu führen. Auch wenn das Sprachfeld für die technischen Ausdrücke mittlerweile überwiegend beherrscht wird, ergibt sich nach übereinstimmender Feststellung noch folgender Trainingsbedarf:

- Language Ability Test beim Sprachinstitut XY bis spätestens ... (Kosten übernimmt das Unternehmen).
- Teilnahme am Training des Sprachinstituts – entsprechend festgestelltem Level. Die Kosten trägt das Unternehmen bis zur Höhe von ... Euro. Trainingszeiten – inkl. Vor- und Nachbereitung wie auch evtl. Präsenzzeiten in der Sprachschule – gelten vereinbarungsgemäß nicht als Arbeitszeit.
- Am ... [exakt abgestimmter Termin in zwei oder drei Monaten] ist ein Folgegespräch vereinbart. An diesem Tag wird Herr Z. seine aktuellen Aufgaben 5–10 Minuten in englischer Sprache gegenüber dem Unterzeichner und einem Auditor des Sprachinstituts präsentieren.“

Wichtig ist, dass der Folgetermin eingehalten wird, um eine – möglichst positive – Rückmeldung an den Mitarbeiter zu geben. Jedes ernsthafte Gespräch mit einem leistungsschwächeren Kollegen, der angestoßen werden soll, seine Einstellung, sein Verständnis von erforderlichen Soll-Standards und damit seine Leistung zu ver-

bessern, führt am Ende – wie bereits beim Orientierungsgespräch – zu den drei Maßnahmen:

1. kurze Dokumentation, wann, wo und in welchem Zeitumfang das Gespräch stattfand, wer beteiligt war,
2. möglichst präzise Angaben konkreter Verabredungen und schließlich
3. (erneut) Vereinbarung eines Folgegesprächs an einem bestimmten Tag der Zukunft.

Wenn der individuelle Turnaround, der praktisch das Hauptanliegen des Kritikgesprächs darstellte, geschafft wurde, sollte der Vorgesetzte die Zielerreichung in einem positiven Gespräch der Anerkennung bestätigen. Das ist ein wichtiger Akt der Wertschätzung und häufig ein bedeutender Motivationsfaktor, an der Verbesserung der Arbeitsqualität festzuhalten. Manche Vorgesetzte tun das mit der Bemerkung ab, der Mitarbeiter habe jetzt doch nur Anschluss an die Kollegen gefunden. Dafür müsse man nicht noch aufmunternde Worte finden. Dabei wird jedoch verkannt, dass dahinter nicht selten eine große Mühe stand, die anzuerkennen ist. Andernfalls wird riskiert, dass der Mitarbeiter weitere Anstrengungen einstellt, weil sie „doch keiner bemerkt“. Dieses Vorgehen, frei von Vorhaltungen und Missbilligungen, erscheint bereits aus Gründen effizienter Personalführung angezeigt. Es ist stets wichtig, auf dem Weg konstruktiver Verständigung zu einem gemeinsamen Entschluss zu kommen. Mit der sog. vertikalen Kommunikation, also jene durch Anweisung und Vorgaben, lässt sich möglicherweise kurzfristig eine Änderung erzielen, jedoch wird sie meist nicht lange anhalten. Dies gilt insbesondere dann, wenn bestimmte gewünschte Verhaltens- und Leistungsziele nicht plausibel erscheinen oder der Mitarbeiter allein schon deshalb negativ eingestellt ist, weil seine abweichenden Vorstellungen nicht einmal zur Kenntnis genommen wurden. Leistungsmängel sind häufig, wie weitgehend anerkannt, die Kehrseite von Demotivation und Entfremdung vom Arbeitsprozess.

Das vorgeschlagene Verfahren (Orientierungs- und nachfolgendes Kritikgespräch) ist aus dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtlich geboten. Das aus dem Verfassungsrecht stammende Prinzip verlangt eine angemessene Relation zwischen dem mit einer Maßnahme verfolgten Ziel und den damit einhergehenden Auswirkungen für die andere Seite. Die unterschiedlichen Interessen dürfen in keinem Missverhältnis stehen. Eine Maßnahme muss insbesondere erforderlich sein. Das ist nur dann der Fall, wenn das verfolgte Ziel nicht durch ein für die andere Seite weniger belastendes Mittel erreicht werden kann (vgl. BVerfGE 20, S. 162, 186 f.). Eine Abmahnung ist demnach erst dann möglich, wenn das mildere Mittel des Orientierungs- sowie des Kritikgesprächs keine Wirkung erzeugen konnte (vgl. bereits BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, NZA 2009, S. 842, 843), eine Kündigung erst dann, wenn eine Abmahnung keine Wirkung zeigte usw. Diese abgestufte Eskalation vom mildesten hin zum schwerwiegendsten Eingriffsmittel ist unter dem rechtlichen Begriff des Ultima-ratio-Prinzips betrieblicher Beanstandungen zusammenzufassen.

DIE VERBINDLICHE ABSPRACHE

Sollte auch das Kritikgespräch keine Qualitätsverbesserung im Leistungsbild des Mitarbeiters gebracht haben, ist – zumindest bei denjenigen, die längere Zeit bereits im Unternehmen sind – als Vorstufe zum Trennungsgespräch bzw. der Abmahnung eine verbindliche Absprache anzuraten. Das gilt insbesondere dann, wenn sie über Jahre hinweg ohne jede Beanstandung ihren Dienst versahen und sich neuen anspruchsvollen Anforderungen – häufig mit einem Vorgesetztenwechsel zusammenfallend – ausgesetzt sehen.

Diese Absprache hat an sich keine unmittelbare rechtliche Bedeutung, jedoch eine grundsätzlich hohe Appellwirkung und stellt eine wichtige Vereinbarung dar (vgl. Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2015, 3. Kapitel, Rn. 117 m. w. N.). Sie ist daher eine empfehlenswerte Ergänzung des Toolsets für arbeitsrechtliche Maßnahmen der Beanstandung von Minder- oder Schlechtleistung. Sie ist u. a. deshalb geboten, weil arbeitsgerichtlich im Fall der Erteilung einer härteren Maßnahme wie etwa der Abmahnung zu Recht geprüft wird, ob diese schon angemessen und erforderlich war (vgl. u. a. BAG, Urt. v. 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, AuA 10/20, S. 613). Die Frage heißt dann: Gab es gegenüber der Abmahnung nicht eventuell ein milderes Mittel, welches sinnvoll zum Zweck der Verhaltens- oder Leistungsänderung hätte eingesetzt werden können? Diese Frage wird vor allem dann aufkommen, wenn der Mitarbeiter längere Zeit im Unternehmen tätig ist, sich einsichtig zeigt und zudem erkennbar bereit war, unter Beachtung konkreter Maßnahmen an sich zu arbeiten.

Wenn etwa dem Mitarbeiter, der schon zehn Jahre dem Unternehmen angehört, ohne bisher negativ aufgefallen zu sein, wegen angeblich anhaltender Minderleistung seitens des neuen Vorgesetzten eine Abmahnung ausgesprochen wird, erscheint fragwürdig, ob es nicht schon aus dem Gesichtspunkt des Ultima-ratio-Prinzips (zum Grundsatz vgl. ErfK/Niemann, 21. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 25 f.; ErfK/Oetker a. a. O., KSchG § 1 Rn. 74 f., BAG, Urt. v. 24.3.2011 – 2 AZR 282/10, AuA 9/12, S. 555) unzulässig ist, das Mittel der verbindlichen Absprache – gelegentlich wird insoweit von der „Ermahnung“ gesprochen – zu überspringen. Die Ermahnung wird in der klassischen arbeitsrechtlichen Fachliteratur kaum beachtet (vgl. Schaub ArbR-HdB/Linck, 18. Aufl. 2019, die sie einmal kurz erwähnen in § 132 Rn. 11, jedoch an keiner anderen Stelle näher umschreiben; sie taucht nicht im Stichwortverzeichnis auf; im ErfK ist sie nur im Rahmen der Kommentierung zu § 14 BBiG präsent). Der Begriff verbindliche Absprache ist deshalb vorzuziehen, da es im Wesentlichen nicht um den erhobenen Zeigefinger geht, vielmehr um zukünftige Verhaltens- oder Leistungssicherung.

Inhaltlich unterscheidet sich die verbindliche Absprache von der Abmahnung nicht nur dadurch, dass der sog. Warnteil fehlt. Da sie einen möglichst wirksamen Appell darstellt, wird in ihr neben den relevanten Tatsachen und Fakten vor allem erwähnt, welche Bereitschaft der Mitarbeiter zeigt, an der Verbesserung seiner Arbeitsqualität oder seiner Einstellung zu arbeiten und zu welchen Maßnahmen er konkret seine Einwilligung erklärt.

Da die Absprache nur bei einsichtsfähigen Mitarbeitern zur Anwendung kommt, sollte der Schlussteil etwa wie folgt gestaltet werden:

„Sie sagten zu, in Zukunft, zumindest in jeder zweiten Woche, eine Gesprächsrunde mit Ihren Mitarbeitern zu organisieren und dieses Gespräch jeweils mit einem Themenkatalog rechtzeitig vorzubereiten. Die eingeladenen Mitarbeiter sind berechtigt, eigene Themen für die Gesprächsrunde vorzuschlagen. Es wird zudem jeweils ein Kurzprotokoll der Ergebnisse der Sitzungen erstellt. Sie erklärten zudem die Bereitschaft, Ihre Mitarbeiter in der Gesprächsrunde jeweils über den Sachstand eigener aktueller Bearbeitungsvorgänge zu unterrichten, soweit sie für die Kollegen von Interesse sind bzw. sein können. Darüber hinaus wird die Bearbeitung komplexer oder neuartiger Vorgänge in der Runde mit den Kollegen erörtert und diskutiert. Sie erklärten, die im Unternehmen üblichen Mitarbeitergespräche mit allen Mitarbeitern zu führen und nicht nur mit jenen, die den ausdrücklichen Wunsch dazu äußern. Sie erklärten wörtlich: ‚Ja, ich werde die Kollegen in Zukunft in dieser Weise informieren und mit ihnen das Gespräch suchen. Auch die Mitarbeitergespräche werde ich fristgerecht führen und die erforderlichen Vereinbarungen dokumentieren. Die Zeit dafür muss da sein und ich sehe das Erfordernis ein.‘“

Anschließend kommt ein motivierender Satz des Vorgesetzten, der bisher in Deutschland kein Standard ist, sich jedoch vor der Unterzeichnung anbietet. Dieser Satz lautet: „Wir vertrauen Ihrer Zusage.“ Die Kundgabe eines Vertrauens wird i. d. R. eine höhere Nachhaltigkeit erreichen als die gelegentlich in der Führungspraxis anzutreffende Erklärung, mit härteren Maßnahmen sei zu rechnen, wenn auch diese Absprache keine Wirkung erziele.

DIE VORLETZTE STUFE DER ESKALATION, DIE ABMAHNUNG

Wenn die verbindliche Absprache keine nennenswerte Wirkung erzeugt, wird nach einer Dauer von voraussichtlich wenigen Monaten die Abmahnung folgen müssen. Sie ist auch bei Leistungsmängeln von Bedeutung (in aller Regel sogar unerlässlich, vgl. APS/Vossen, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, KSchG § 1 Rn. 343; die Rn. 84 passt nicht zu der obigen Aussage; Rn. 127 ff. passen; ErfK/Niemann, 21. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 29c; ErfK/Oetker a. a. O., KSchG § 1 Rn. 167), unterscheidet sich jedoch nicht unwesentlich von der verhaltensbedingten Abmahnung. In Letzterer wird üblicherweise zum Ausdruck gebracht, dass es dem Unternehmen nicht mehr zuzumuten sei, das Fehlverhalten länger hinzunehmen und ein gewisser Vorwurf deutlich herauszulesen ist (vgl. BAG, Urt. v. 25.10.2012 – 2 AZR 495/11, NZA 2013, S. 319, Orientierungssatz Nr. 1). Das mag bei eindeutigen Verhaltensmängeln (Unpünktlichkeit, Nachlässigkeit oder Leichtfertigkeit im Arbeitsprozess) angebracht sein. Bei Vorgängen wie Vergesslichkeit, fehlendem Organisationsgeschick, cholerischer Unbeherrschtheit oder mangelndem Durchsetzungsvermögen bzw. nachhaltig ausbleibender Akzeptanz in der Führung einer Gruppe ist das schwieriger festzustellen.

Häufig gehen Leistungsmängel auf physische, psychische oder intellektuelle Potenzialmängel zurück, die in manchen Fällen in gewissem Umfang zwar einzudämmen sind, die Person jedoch längerfristig kennzeichnen. Die Fähigkeit etwa, Sprachen zu lernen oder mit komplexer Software umzugehen, scheint für den einen Kollegen nicht das geringste Problem darzustellen, für den anderen ist der Vorgang eine maximale Belastung. Als Beispiel können hier die Vorgänge herangezogen werden, die bereits im Buch „Das Peter-Prinzip“ (L. J. Peter/R. Hull, 1972) anschaulich beschrieben wurden – z. B. der Wegfall der Eignung für eine Beförderungsstelle, weil sie ein stark verändertes Anforderungsprofil aufweist. In manchen Fällen handelt es sich sogar um einen solch gravierenden Potenzialmangel, dass besser davon abgesehen wird, ein weiteres Training zu planen, weil es nichts einbringt. Wir kennen überall – eventuell sogar im Kreis von Angehörigen – solch unterschiedliche Befähigungen bzw. Fähigkeitsausschlüsse. Daher erscheint es unpassend, bei Leistungsstörungen i. d. R. davon auszugehen, es handele sich um einen verschuldeten Vorgang der Nachlässigkeit oder gar des persönlichen Unwillens, Neues aufzunehmen oder sich im Rahmen der aktuellen Arbeitsprozesse nicht richtig einzusetzen. Das Versagen ist wahrscheinlich nur in seltenen Fällen ein Vorgang des Verschuldens. Einem Mitarbeiter dies zu unterstellen, kann ein gravierendes Missverständnis sein. Doch scheint das BAG derzeit noch weitgehend darauf fixiert (vgl. u. a. Urt. v. 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, AuA 9/08, S. 564), wenn es davon spricht, dass die Feststellung des Verschuldens bei Leistungsmängeln „regelmäßig erforderlich“ sei.

Arbeitsrechtlich ist der Vorwurf mangelhafter Sorgfalt oder unzulänglichen Engagements meist zudem unangebracht. Der Mitarbeiter kann für die Mängel (häufig) nichts, sie sind meist für ihn gar nicht steuerbar. Der Arbeitgeber kann das Verschulden in aller Regel zudem weder entscheiden noch ausreichend recherchieren. Daher sollte im Zweifelsfall – zumindest bis zur Nachweisbarkeit entgegenstehender Gründe – davon ausgegangen werden, der Mitarbeiter habe sich hinreichend bemüht. Wenn der Betroffene darauf hinweist, was bei häufigen oder längerfristigen Unterschreitungen der Leistungserwartung nicht selten zutrifft, die gegenwärtige Tätigkeit liege ihm nicht und entgleite ihm trotz seines Bemühens in weiten Teilen, kann das in aller Regel nicht zu Vorhaltungen oder gar Vorwürfen führen. Überflüssig ist der Vorwurf, weil es auf ihn nicht ankommt. Ob dem Mitarbeiter zumindest zu einem Teil eine willentliche Beteiligung an dem Leistungsversagen zugeordnet werden kann oder nicht, ist i. d. R. nicht nachweisbar. Von Bedeutung ist ausschließlich, ob mit dem Mitarbeiter durch verschiedene Maßnahmen, die zunächst geeignet erschienen und von ihm auch akzeptiert wurden, versucht wurde, das für die betriebliche Aufgabe wichtige Wissen sowie die erforderlichen Kenntnisse und Leistungen aufzubauen. Wenn diese Maßnahmen am Ende nicht zum Erfolg führen, ist i. d. R. nicht über den Mitarbeiter der Stab zu brechen. Es ist vielmehr im Regelfall zu unterstellen, der Mitarbeiter habe sich ausreichend Mühe gegeben, an den Versuchen des Turnarounds positiv mitzuwirken. Fähigkeiten, wie etwa



PODCAST

Chefredakteur
Andreas Krabel
spricht mit
Dr. Jan Tibor Lelley
über aktuelle
Themen aus den
Bereichen
Arbeitsrecht, HR
und Personal.



Zuverlässigkeit hinsichtlich bestimmter Arbeitsabläufe, Führungsvermögen, Geschick im Umgang mit bestimmten Softwareprogrammen oder Organisationstalent, sind – selbst bei intensiven Trainingsmaßnahmen – häufig nicht im erforderlichen Umfang herstellbar. Das Resultat der Bemühungen führt zu folgender Erkenntnis: Der Mitarbeiter, der vor einigen Jahren eingestellt wurde, hielt häufig sein persönliches Leistungsprofil aufrecht. Nur ist die Stelle – die sich nicht selten über die Jahre schleichend veränderte und anspruchsvoller wurde – für ihn nicht (mehr) geeignet. Daher ist zu prüfen, ob der Mitarbeiter an anderer Stelle eingesetzt werden kann, die zu seinem verbliebenen Fähigkeitsprofil passt. Die auszusprechende (leistungsbedingte) Abmahnung enthält keinen Vorwurfsteil, vielmehr nur den Hinweis, dass die derzeitige Funktion bestimmte Fähigkeiten (der Führung, der Organisation, der Handhabung der aktuellen Software etc.) erfordere, die trotz mehrerer Trainingsmaßnahmen nicht erreicht werden konnten. In der Abmahnung wird daher angekündigt, dass die Stelle nach weiterem Scheitern letzter Bemühungen entzogen werden muss. Dem Mitarbeiter kann – entgegen der Rechtsprechung des BAG – in aller Regel kein Verschulden unterstellt werden. Eine Potenzialschwäche, die für ein bestimmtes Leistungsversagen meist den Ausschlag gibt, lässt nur in nachweisbaren Ausnahmefällen einen Rückschluss auf Verschulden zu.

DIE KORREKTURVEREINBARUNG ALS ALTERNATIVE ZUR ABMAHNUNG

Um den Charakter der Bloßstellung und Distanzierung, die mit jeder klassischen Abmahnung verbunden sind, nach Möglichkeit zu vermeiden, kann in Fällen, in denen der Mitarbeiter hinsichtlich der erforderlichen Änderungen im Leistungsbild einsichtig ist, die Form der Korrekturvereinbarung gewählt werden. Sie ist zwar im Rechtsinne eine Abmahnung (vgl. ErfK/Niemann, 21. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 29a; Wetzling/Habel, AuA 11/06, S. 654, 656 f.; mit Musterformulierungen: Hoffmann-Remy, Die Korrekturvereinbarung, 2012), trotz der Form einer Vereinbarung, bringt jedoch i. d. R. für beide Seiten Vorteile. Für den Mitarbeiter insbesondere insoweit, dass in partnerschaftlicher Abstimmung versucht wird, letzte erforderliche Anschlussbemühungen zu unternehmen und zudem eine verbindliche Erklärung des Arbeitgebers erfolgt, die Abmahnung in überschaubarer Zeit aus der Personalakte zu entfernen, wenn die Bemühungen nachhaltiger Überwindung der Mängel erfolgreich verlaufen. Demgegenüber gibt es kaum eine Verpflichtung des Arbeitgebers, eine erteilte Abmahnung über Jahre hinweg aus der Personalakte zu entfernen, solange sie noch eine gewisse Relevanz haben kann. Das dürfte vor allem bei Leistungsmängeln der Fall sein, vgl. BAG-Entscheidung vom 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AuA 6/13, S. 374. Da die Vereinbarung über die notwendige Leistungskorrektur eine mildere Maßnahme als die einseitige Abmahnung ist, wird sie – sofern beide Seiten die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses wünschen – grundsätzlich der Abmahnung vorzuziehen sein. Für den Arbeitgeber besteht der Vorteil, dass der Mit-

arbeiter keine Klage einreicht, keine Gegendarstellung fertigt und beim Betriebsrat auch nicht das Beschwerdeverfahren gem. §§ 84, 85 BetrVG einleiten kann.

DIE (ÄNDERUNGS-)KÜNDIGUNG

Sofern auch die Abmahnung nicht zu einer Verbesserung der Leistungen führt, wird der Arbeitgeber schließlich die Reißleine ziehen müssen, um den Arbeitsplatz wieder mit einer Person zu besetzen, welche den Anforderungen der Tätigkeit gerecht werden kann. Allerdings muss er dabei berücksichtigen, dass zwei Maßnahmen der Kündigung grundsätzlich aus dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorzuschalten sind. Diese Maßnahmen lauten leistungsbedingte Änderungsvereinbarung und Änderungskündigung (vgl. dazu Wetzling/Habel, Die Beanstandung der Arbeitsleistung und die leistungsbedingte Kündigung, BB 2009, S. 1638 ff.).

Die Änderungsvereinbarung ist eine Vereinbarung, aufgrund derer der Mitarbeiter bereit ist, den Arbeitsplatz zu räumen und eine andere Tätigkeit zu übernehmen. Deren Anforderung ist reduziert und dem Potenzial oder der Verfügbarkeit des Mitarbeiters angepasst. Der Wunsch nach Verringerung des Stress- und Verantwortungsvolumens kommt heute häufig vom Mitarbeiter selbst, weil er auf Anraten seines Arztes oder wegen eigener Feststellung negativer Auswirkungen auf sein Privatleben oder aus sonstigen Gründen der hohen Schlagzahl der Arbeit nicht länger ausgesetzt sein mag. Solche Hinweise sind schon aus geschuldeter Fürsorgepflicht ernst zu nehmen und nach Möglichkeit zügig umzusetzen. So kann sich die Verringerung der Anforderungen auf die Arbeitszeit beziehen – etwa einen Wochentag zusätzliche Freistellung von der Arbeit oder Verringerung der Präsenz im Betrieb durch alternierende Homeoffice-Regelung oder Reduzierung von Reisetätigkeiten und anderen mit der Tätigkeit verbundenen Präsentationsaufgaben.

Mehr und mehr wird im Arbeitsalltag ganz grundsätzlich eine Flexibilisierung der Arbeitsumstände erforderlich sein, um der Balance zwischen betrieblichen Erfordernissen und Privatleben entsprechen zu können. Auch wird nach den in verschiedenen Tarifbereichen bereits abgeschlossenen Regelungen zur Berücksichtigung demografischer Entwicklungen auf den Alterungsprozess Rücksicht zu nehmen sein (vgl. etwa den Tarifvertrag „Lebenszeit und Demografie“ in der Chemie, 2008, und den Demografie-TV des DB-Konzerns, Fassung v. 15.12.2017, in dem die „Potentialentfaltung lebenslang fördern und fordern“ zu den „Kernthemen“ in den „Schwerpunkten“ zählt).

Häufig wird die Frage als heikel betrachtet, ob mit der Reduzierung der Tätigkeit automatisch eine Verringerung des Entgelts einhergehen sollte. Sie wird vom BAG (Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, S. 784, 788) als eine der Lösungen des Konflikts beim Umgang mit leistungsschwächeren Mitarbeitern ausdrücklich in Erwägung gezogen. Zu Recht wird sie jedoch im BAG-Urteil vom 17.1.2008 (2 AZR 536/06, AuA 9/08, S. 564)

für den Regelfall verworfen. Die Frage nach der Verringerung des Entgelts sollte in einem offenen Gespräch mit dem Mitarbeiter behandelt werden. Die Großzügigkeit im Einzelfall hat meist Auswirkung auf die Gruppenmoral, sie sollte daher auch unter Berücksichtigung der Auswirkung auf andere Kollegen entschieden werden. Wenn eine neue Tätigkeit mit geringeren Anforderungen übertragen wird, so ist diese Tätigkeit – vergleichbar dem sog. „leidensgerechten Arbeitsplatz“ beim gesundheitlich angeschlagenen Mitarbeiter – in aller Regel nicht mit dem bisherigen Entgelt zu vergüten (vgl. den Schwimmmeister-Fall: BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 2 AZR 688/09; APS/Künzl, Kündigungrecht, 6. Aufl. 2021, KSchG § 2 Rn. 242). Häufig hilft in diesem Fall, auf eine abrupte Reduzierung zu verzichten und die erforderliche Reduzierung des Entgelts in mehreren Etappen stattfinden zu lassen. Die Änderungsvereinbarung ist mit dem Betriebsrat gem. § 99 BetrVG abzustimmen, da sie meist die Übertragung einer neuen Stelle vorsieht und daher als Versetzung anzusehen ist, schließlich häufig auch eine Umgruppierung einschließt. Geht die Initiative für die Verringerung der Ansprüche an die Tätigkeit nicht vom Mitarbeiter aus, so wird sie der Arbeitgeber als bevorzugte Regelung ansprechen, um eine Änderungskündigung zu vermeiden.

Die Änderungskündigung wird heute von der Rechtsprechung i. d. R. als eine Pflichtprüfung angesehen, bevor die Beendigungskündigung in Erwägung gezogen wird (vgl. bereits BAG, Urt. v. 21.4.2005 – 2 AZR 132/04, AuA 12/05, S. 752). Sie ist milderer Mittel, da sie das Vertragsband zwischen den Parteien wenigstens zu einem Teil erhält. Sie kann auch dann zum Zuge kommen, wenn die Kündigung aufgrund tariflicher oder gesetzlicher Regelungen (z. B. im öffentlichen Dienstrecht gem. § 34 Abs. 2 TVöD) ausgeschlossen ist. So wurde in dem berühmten Schwimmmeister-Fall (a. a. O.) – der Schwimmmeister war annähernd 30 Jahre beschäftigt, litt jedoch an „ausgeprägter Adipositas“, die seine Rettungstauglichkeit zunehmend ausschloss – vom zuständigen Landkreis entschieden, ihm wegen seiner physischen Teilunfähigkeit nur noch eine Tätigkeit im Bereich des Bauhofs anzubieten. Dies führte zu einer Umgruppierung von der TG 8 in die TG 3. Die Kündigung wurde vom BAG zu Recht bestätigt, da eine Weiterbeschäftigung im Bad in der bisherigen Stelle, u. a. wegen schwerwiegender Haftungsgefahr, unmöglich war.

DER GELEGENTLICHE KÖNIGSWEG, DER AUFHEBUNGSVERTRAG

Schließlich ist – zur Vermeidung einer Beendigungs- oder Änderungskündigung – zu prüfen, ob ein Aufhebungsvertrag ausgehandelt werden kann. Auch dieser ist grundsätzlich als ein milderer Mittel gegenüber der einseitigen Kündigung anzuerkennen. Der Vertrag hat eine Besserung der Situation des Mitarbeiters zur Folge, da er auch für Dritte erkennbar werden lässt, dass die Beendigung des Vertrags Gegenstand einer Verständigung zwischen den Parteien war. Zudem schließt die Möglichkeit, auf den Inhalt der gemeinsam zu unterzeichnenden Regelung einzuwirken, meist einen deutlichen Zugewinn an Wertschätzung und Respektierung der Persönlichkeits-

sphäre ein. Dagegen ist die Äußerung der Missbilligung, wie sie in der Abmahnung zum Ausdruck kommt, geeignet, „den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen und seinem Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen“ (vgl. BAG, Urt. v. 27.1.2008 – 2 AZR 675/07, NZA 2009, S. 842, 843).

Wird der Arbeitnehmer durch seine betriebliche Tätigkeit überfordert und ist seine Gesundheit bei Fortsetzung dieser Tätigkeit gefährdet, so liegt wegen dieses Umstands der Überforderung ein wichtiger Grund für die Beendigung der beruflichen Tätigkeit vor. Es kann insofern auch keine Sperrzeit gem. § 159 SGB III verhängt werden (LSG Hessen, Urt. v. 29.7.2009 – L 9 AL 129/08; Busfahrer schied wegen unzuträglicher Arbeitsbedingungen aus).

Weiterer praktischer Vorteil des Aufhebungsvertrags ist der Ausschluss eines Prozessrisikos. Mangels einseitiger Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber kommt ein Kündigungsschutzverfahren nicht in Betracht. Das Arbeitsverhältnis kann schneller und kostengünstiger sein Ende finden, was im grundsätzlichen Interesse beider Parteien liegt.

FAZIT

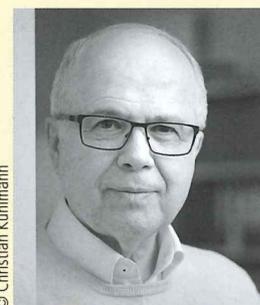
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wurde im Arbeitsrecht zunächst maßgeblich beim Kündigungsschutz berücksichtigt und weiterentwickelt. Er schließt die Verpflichtung ein, statt einer Beendigungskündigung zunächst eine Versetzung/Änderungsvereinbarung oder Änderungskündigung in Betracht zu ziehen, sofern diese nicht unmöglich oder für den Arbeitgeber unzumutbar ist. Das BAG hat diesem Grundsatz zu Recht eine überragende Bedeutung im Rahmen der Maßnahmen eingeräumt, die sich für den Arbeitnehmer nachteilig auswirken können. Es gilt daher auch bereits eine Disziplinarmaßnahme wie die Abmahnung dahingehend zu überprüfen, ob sie im Einzelfall

- erforderlich,
- verhältnismäßig und damit
- angemessen

erscheint. Dabei berücksichtigt das BAG, dass es disziplinenkende Maßnahmen durchaus auch unterhalb der Schwelle der Abmahnung gibt. Die mildere Einwirkungsmaßnahme ist meist nicht nur rechtlich, vielmehr auch aus Prinzipien nachhaltiger Personalführung geboten. Es erscheint heute konsequent, auch die Ermahnung bzw. das – zumindest bei dienstälteren Mitarbeitern – i. d. R. vorgelagerte Orientierungs- und Kritikgespräch als sachgerechte und sinnvolle mildere Maßnahme ins Gespräch zu bringen. Häufig ist es so, dass der Mitarbeiter nicht ausreichend in seine Arbeit eingewiesen wurde, Fehler in der Führung durch den Vorgesetzten erfolgten oder unverschuldete Potenzialgrenzen vorliegen, die zu Schlechtleistungen führen. Dann gilt es zunächst, sich dieser weniger einschneidenden Maßnahmen anzunehmen und sie zum Gegenstand eines Gesprächs zu machen, bevor zu schärferen, repressiven Maßnahmen gegriffen wird.

Die einzelnen Eskalationsstufen sind wichtige Meilensteine in der Personalführung und betätigen das arbeitsrechtliche Erfordernis des Ultima-ratio-Prinzips. ■

UNSERE AUTOREN



© Christian Kuhlmann

Dr. Frank Wetzling
Rechtsanwalt, Fachanwalt
für Arbeitsrecht, Partner,
Bette Westenberger Brink,
Mainz



Moritz Janssen
Rechtsanwalt, Associate,
Bette Westenberger Brink,
Mainz