

Kündigung: Zahlen allein sind Schall und Rauch

Grds. muss ein Arbeitnehmer „tun, was er soll, und zwar so gut, wie er es kann“. Diesen Grundsatz stellt das BAG in einem Fall auf, in dem einer Mitarbeiterin eines Versandhandels gekündigt worden war, weil sie mit ihren Leistungen ständig unterhalb des Leistungsdurchschnitts der Kolleginnen und Kollegen geblieben war. Allerdings, so das BAG, sei die Leistungspflicht nicht starr, sondern dynamisch und orientiere sich an der Fähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab sei nicht anzusetzen. Der Umstand, „dass ein Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen bringt“, müsse nicht zwangsläufig bedeuten, dass er seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpfe. In dem konkreten Fall muss die Vorinstanz nun klären, inwiefern die Mitarbeiterin ihre persönliche Leistungsfähigkeit tatsächlich eingebracht hat. Das BAG jedenfalls hält die Kündigung allein auf Grund von Zahlen für unzulässig. (Hier ermittelte ein EDV-Programm, das die Fehlerquote der Angestellten zwischen 4,37 und 5,56 ‰ lag, der Durchschnitt der übrigen Mitarbeiter hingegen betrug nur 1,48 ‰.)

Quelle: Wolfgang Büser

Sozialwidrigkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung wegen Minderleistung bei gleichzeitig bestehenden anderen Beschäftigungsmöglichkeiten; Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung aufgrund einer auf Pflichtverletzungen beruhenden Schlechtleistung; Konkretisierung einer Leistungspflicht anhand der individuellen Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers nach den Regeln der abgestuften Darlegungslast; Geeignetheit absoluter Bezugsgrößen zur sicheren Eingrenzung der Kündigungsrelevanz von einem Arbeitnehmer vorgeworfenen Pflichtverletzungen im Falle qualitativer Minderleistung; Voraussetzungen für die Pflicht eines Arbeitgebers zur Umorganisation bei verhaltensbedingten Kündigungsgründen

Gericht: BAG

Datum: 17.01.2008

Aktenzeichen: 2 AZR 752/06

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2008, 14929

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Leipzig - 02.02.2005 - AZ: 2 Ca 6455/04

LAG Sachsen - 13.06.2006 - AZ: 1 Sa 234/05

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 2 S. 1, 2 KSchG

§ 243 BGB a.F.

§ 561 ZPO

§ 563 ZPO

BAG, 17.01.2008 - 2 AZR 752/06

Redaktioneller Leitsatz:

1. Ein Arbeitnehmer muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Tut er dies nicht, so kann dies eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Bei einer Kündigung wegen qualitativer Minderleistung des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber zunächst vortragen, was er über die Fehlerzahl, die Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung wissen kann. Anhand dieser Umstände hat er dann näher darzulegen, dass die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquoten nach den Gesamtumständen darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Es obliegt dann dem Arbeitnehmer darzulegen, warum er trotz deutlich unterdurchschnittlicher Leistungen seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft.
2. Zwar sind auch bei verhaltensbedingten Kündigungen Umsetzungs- und Versetzungsmöglichkeiten zu prüfen. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers an einem anderen freien Arbeitsplatz hängt dabei sowohl von den Ursachen des Fehlverhaltens und dem am neuen Arbeitsplatz zu erwartenden Verhalten als auch von der Schwere des Pflichtverstoßes ab.

In Sachen

...

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2008
durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Schmitz- Scholemann sowie
die ehrenamtlichen Richter Baerbaum und Lücke
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 13. Juni 2006 - 1 Sa 234/05 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten noch über eine ordentliche Arbeitgeberkündigung wegen Minderleistung und einen Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin.
- 2 Die 1955 geborene Klägerin ist seit 1995 in dem Versandkaufhaus der Beklagten als Lager- und Versandarbeiterin zu einem Bruttoverdienst von zuletzt 1.200,00 Euro (Grundvergütung und leistungsabhängige Prämie) bei einer 31-Stunden- Woche beschäftigt. Sie ist im "Sorter-Versand" eingesetzt. Dort werden die Warensendungen auf der Grundlage der Kundenbestellungen fertiggestellt. Die Beklagte wirft der Klägerin vor, ihre Fehlerhäufigkeit liege um ein Mehrfaches über der ihrer mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigten Kolleginnen. Ausweislich der elektronischen Fehlerdokumentation habe die Klägerin in den Jahren 2003 - 2004 eine Fehlerquote zwischen 4,37 Promille und 5,56 Promille verursacht. Die durchschnittliche Fehlerquote der 315 eingesetzten Mitarbeiter habe demgegenüber im ersten Halbjahr 2004 nur 1,48 Promille betragen. Als sich aus Sicht der Beklagten die Leistungen der Klägerin trotz einer schriftlichen Abmahnung vom 13. Februar 2004 nicht besserten, kündigte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 20. September 2004 verhaltensbedingt zum 31. Januar 2005. Der zuvor angehörte Betriebsrat hatte gegen die Kündigung Bedenken geäußert.
- 3 Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben und ihre Weiterbeschäftigung begehrt. Sie bestreite die Zahl der ihr vorgeworfenen Fehler. Das EDVSystem ermögliche keine zutreffende Fehlerfeststellung. Eine kündigungsrelevante Minderleistung könne schon deshalb nicht vorliegen,

weil nach der einschlägigen Betriebsvereinbarung ihr auch bei Unterstellung des Vorbringens der Beklagten zur Fehlerhäufigkeit noch 50% der sich aus der Betriebsvereinbarung ergebenden Prämie zustehe.

4 Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 20. September 2004 nicht beendet worden ist.
2. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1), die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Lager- und Versandarbeiterin weiterzubeschäftigen.

5 Die Beklagte hat

Klageabweisung

beantragt.

Sie hat behauptet, es stehe fest, dass die Klägerin trotz mehrfacher Gespräche, Ermahnungen und Abmahnungen fahrlässig über einen längeren Zeitraum hinweg ihre Sorgfaltspflichten bei der Verrichtung ihrer Tätigkeit verletzt habe. Die von der Klägerin und den anderen Mitarbeiterinnen der Versandabteilung verursachten Fehler ließen sich durch die elektronische Fehlerdokumentation lückenlos feststellen. Die fehlerhafte Arbeitsleistung der Klägerin führe in nicht mehr hinnehmbarem Maße dazu, dass bei einzelnen Sendungen Warenstücke fehlten, Kunden verwechselt würden und Sendungen den falschen Versandaufkleber erhielten. Dies führe zu einem Imageverlust beim Kunden. Die Behebung der Fehler verursache darüber hinaus nicht unerhebliche Kosten. Auf die Prämienregelung der Betriebsvereinbarung könne sich die Klägerin nicht berufen. Mit der Prämie werde lediglich der von dem jeweiligen Arbeitnehmer erreichte Zeitgrad, also die Arbeitsmenge honoriert. Der Prämienabzug solle demgegenüber nur sicherstellen, dass eine Mindestqualität der Arbeitsleistung eingehalten werde.

6 Das Arbeitsgericht hat der Klage in dem noch streitigen Umfang stattgegeben.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

7 Die Revision ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung konnte die Berufung der Beklagten nicht zurückgewiesen werden. Ob die Kündigung der Beklagten sozialwidrig ist oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, kann der Senat auf Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Dies führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits (§ 563 ZPO).

8 **A.**

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei unwirksam, weil für die Klägerin eine andere Beschäftigungsmöglichkeit bestanden habe. Zwar stelle jede Arbeitsleistung, die vorwerfbar hinter der objektiven Normalleistung zurückbleibe, eine Arbeitsvertragspflichtverletzung dar, ohne dass es insoweit auf die Erheblichkeit der Schlechtleistung ankomme. Selbst wenn man auf einen subjektiven Leistungsbegriff abstelle, stelle die der Klägerin vorgeworfene mehr als dreifache Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote eine Pflichtverletzung dar, die die Kündigung an

sich rechtfertige. Die Klägerin sei auch abgemahnt worden und habe ihre schlechte Leistung nicht hinreichend erklärt. Es wäre der Beklagten jedoch zumutbar gewesen, die Klägerin in den "Single-Versand" zu versetzen. Die Arbeit an einem derartigen Arbeitsplatz sei nicht allzu fehleranfällig. Der Einwand der Beklagten, der "Single-Versand" solle nicht zum Sammelbecken leistungsschwacher Arbeitnehmer werden, sei unbegründet.

9 B.

Dem folgt der Senat nur in Teilen der Begründung, nicht jedoch im Ergebnis.

10 I.

Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung hält der Überprüfung an § 1 Abs. 2 KSchG nicht stand.

11 1.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr., statt vieler Senat 31. Mai 2007 - 2 AZR 200/06 - Rn. 12, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 57 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 71*).

12 2.

Auch diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

13 a)

Für eine verhaltensbedingte Kündigung genügen solche, im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Umstände, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien zumindest die Kündigung als billigenwert und angemessen erscheinen lassen. Als verhaltensbedingter Grund ist insbesondere eine rechts- oder (vertrags-)widrige Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis geeignet, wobei regelmäßig Verschulden erforderlich ist; die Leistungsstörung muss dem Arbeitnehmer vorwerfbar sein (*Senat 21. November 1996 - 2 AZR 357/95 - AP BGB § 626 Nr. 130 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50, zu II 3 b der Gründe; 21. Mai 1992 - 2 AZR 10/92 - BAGE 70, 262, zu II 2 b der Gründe; 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - BAGE 67, 75, zu II 2 a der Gründe*). Insofern genügt ein Umstand, der einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung bestimmen kann (*vgl. Senat 17. Juni 2003 - 2 AZR 62/02 - EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59, zu B II der Gründe; 21. Mai 1992 - 2 AZR 10/92 - a.a.O.*).

14 b)

Auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen sind geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen (*st. Rspr. Senat 26. Juni 1997 - 2 AZR 502/96 - RzK I 5i Nr. 126, zu B I 3 der Gründe; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 652 ff.; HWK/Quecke 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 239 f.; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 448*).

15 c)

Ob eine Leistung als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers.

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 (*Senat 21. Mai 1992 - 2 AZR 551/91 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42, zu II 3 a der Gründe; BAG 14. Januar 1986 - 1 ABR 75/83 - BAGE 50, 330, zu B 3 der Gründe; 16. Juli 1970 - 3 AZR 423/69 - BAGE 22, 402, zu III 1 der Gründe; Bitter AR-Blattei SD 190 (Arbeitspflicht des Arbeitnehmers) Rn. 76 f.; Brune AR-Blattei SD 1420 (Schlechtleistung) Rn. 13 ff. m.w.N.*). Der gegenteiligen Auffassung (*Hunold BB 2003, 2345, 2346*) [BayObLG 17.09.2003 - 3 Z BR 183/03], wonach der Arbeitnehmer in Anlehnung an § 243 BGB a.F. eine "objektive Normalleistung" schulde, ist der Senat nicht gefolgt. Diese Auffassung berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag keine "Erfolgshaftung" des Arbeitnehmers kennt. Der Dienstverpflichtete schuldet das "Wirken", nicht das "Werk".

16 d)

Daraus ist allerdings nicht zu folgern, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht selbst willkürlich bestimmen kann. Dem Arbeitnehmer ist es nicht gestattet, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einseitig nach seinem Belieben zu bestimmen (*zum umgekehrten Fall: BAG 13. Mai 1987 - 5 AZR 125/86 - BAGE 55, 275, zu II 2 der Gründe*). 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 Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft (*Senat 22. Juli 1982 - 2 AZR 30/81 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10, zu III 3 c der Gründe*). 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 erreichbaren 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.

Dem muss auch im Rahmen des Kündigungsschutzrechts Rechnung getragen werden, da ansonsten einer Vertragspartei die Möglichkeit genommen würde, einen vertragswidrigen Zustand mit rechtlich zulässigen Mitteln zu beseitigen.

17 e)

Dieser Konflikt zwischen den genannten widerstreitenden Gesichtspunkten kann nach den Regeln der abgestuften Darlegungslast angemessen gelöst werden (*Senat 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - BAGE 109, 87* [BAG 09.12.2003 - 9 AZR 16/03], zu B I 2 d der Gründe).

18 aa)

Dabei ist es zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den Leistungsmängeln das vorzutragen, was er wissen kann. Kennt er lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt er seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des betreffenden Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten. Davon kann dann gesprochen werden, wenn,

gemessen an der durchschnittlichen Leistung der vergleichbaren Arbeitnehmer, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist.

- 19** Hat der Arbeitgeber vorgetragen, dass die Leistungen des Arbeitnehmers über einen längeren Zeitraum den Durchschnitt im vorgenannten Sinne unterschritten haben, ist es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, ggf. das Zahlenwerk und seine Aussagefähigkeit im Einzelnen zu bestreiten und/oder darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Hier können altersbedingte Leistungsdefizite, Beeinträchtigungen durch Krankheit, aber auch betriebliche Umstände eine Rolle spielen.

Legt der Arbeitnehmer derartige Umstände plausibel dar, so ist es alsdann Sache des Arbeitgebers, sie zu widerlegen. Trägt der Arbeitnehmer hingegen derartige Umstände nicht vor, so gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Es ist dann davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft.

- 20** bb)

Bei quantitativen Minderleistungen hat sich der Senat (11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - BAGE 109, 87 [BAG 09.12.2003 - 9 AZR 16/03] , zu B I 2 d der Gründe) an den Werten orientiert, die für die Annahme einer grundlegenden Störung des Leistungsgleichgewichts herangezogen worden sind.

- 21** cc)

Für den Fall qualitativer Minderleistung sind solche auf die bloße Fehlerhäufigkeit abstellende Grenzen, auch wenn sie für eine rechtssichere Handhabung durch die Tatsacheninstanzen wünschenswert wären, für sich nicht geeignet, die Kündigungsrelevanz der dem Arbeitnehmer konkret vorgeworfenen Pflichtverletzungen hinreichend sicher einzugrenzen. Absolute Bezugsgrößen, etwa dergestalt, dass bei einer doppelten oder dreifachen Fehlerquote ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund angenommen wird, berücksichtigen nicht hinreichend, dass je nach Art der Tätigkeit und der dabei möglicherweise auftretenden Fehler diesen ein sehr unterschiedliches kündigungsrelevantes Gewicht beizumessen ist. Es sind Tätigkeiten denkbar, bei denen bereits ein einmaliger Fehler derart weitreichende Konsequenzen hat, dass eine Vertragspflichtverletzung erheblich eher anzunehmen ist als bei anderen Fehlern (z.B. Sorgfaltspflichten eines Piloten). Andererseits gibt es Tätigkeiten, bei denen Fehler nach der Art der Tätigkeit vom Arbeitnehmer kaum zu vermeiden und vom Arbeitgeber eher hinzunehmen sind, weil ihre Folgen das Arbeitsverhältnis nicht allzu stark belasten.

Deshalb ist in derartigen Fällen über die bloße Betrachtung der Fehlerhäufigkeit hinaus eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der konkreten Arbeitsanforderungen und der konkreten Gegebenheiten des Arbeitsplatzes geboten. Die Prüfung hat sich auch hier an dem Maßstab zu orientieren, ob und ggf. in welchem Umfang das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinträchtigt ist.

- 22** dd)

Bei einer Kündigung wegen qualitativer Minderleistung des Arbeitnehmers ist es danach zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den aufgetretenen Leistungsmängeln das vorzutragen, was er über die Fehlerzahl, die Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wissen kann. Kann der Arbeitgeber darlegen, dass der Arbeitnehmer längerfristig die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigter Arbeitnehmer erheblich überschreitet, so kann dies ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Da jedoch der Vergleich durchschnittlicher Fehlerquoten für sich noch keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, ob durch die fehlerhafte Arbeit des gekündigten Arbeitnehmers das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist, muss der Arbeitgeber hier weitere Umstände darlegen. Anhand der tatsächlichen Fehlerzahl, der

Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des betreffenden Arbeitnehmers ist näher darzulegen, dass die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquoten nach den Gesamtumständen darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft. Hierbei ist insbesondere darzulegen, welche betrieblichen Beeinträchtigungen durch die konkret darzulegenden Fehler verursacht werden und dass es sich insoweit nicht lediglich um Fehler handelt, die trotz einer gewissen Häufigkeit angesichts der konkreten Umstände der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber hinzunehmen sind.

23 f)

Diesen Maßstäben wird die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nur teilweise gerecht. Sie stellt trotz eingehender Prüfung der Einwände der Klägerin zu stark auf die abstrakte Fehlerhäufigkeit im Verhältnis zum Abteilungsdurchschnitt ab.

24 aa)

Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass der Betriebsvereinbarung "Prämienentlohnung BVL 9602" und der ihr beigefügten Anlage 3, über deren Geltungsdauer die Parteien streiten, ein gewisses Indiz dafür entnommen werden kann, welche Fehlerhäufigkeit nach der Wertung der Betriebspartner vom Arbeitgeber hinzunehmen ist. Bei einer repetitiven Tätigkeit wie der im "Sorter-Versand" entspricht es der menschlichen Natur, dass über einen längeren Zeitraum hinweg eine nahezu fehlerlose Arbeitsweise kaum möglich und deshalb vom Arbeitnehmer nicht zu verlangen und auch nicht zu erwarten ist. Wenn danach die Betriebsparteien von einer Toleranzgröße der Fehlerquote von zwei Promille ausgehen, und auch die von der Beklagten dargelegte durchschnittliche Fehlerquote aller Arbeitnehmer sich in dieser Größenordnung hält und sogar etwas darunterliegt, so spricht dies dafür, dass nach der Wertung der Betriebsparteien eine Fehlerhäufigkeit in der Schwankungsbreite bis etwa zwei Promille schon nicht als Vertragspflichtverletzung der betreffenden Arbeitnehmer angesehen werden kann. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, bei einer Fehlerhäufigkeit, die zwei Promille erheblich überschreitet, ohne Weiteres ebenfalls entscheidend auf die Betriebsvereinbarung abzustellen und abstrakte Grenzwerte festzulegen, ab deren Erreichen eine Vertragspflichtverletzung schon oder noch nicht anzunehmen ist. Die Betriebsvereinbarung legt keine Prämie für eine qualitativ gute Leistung fest. Prämiiert wird vielmehr allein der erreichte Leistungsgrad, also die in einer bestimmten Zeit geleistete Arbeitsmenge. Der Prämienabzug soll nach dem Gesamtinhalt der Betriebsvereinbarung lediglich die Arbeitnehmer dazu anhalten, nicht pflichtwidrig zu versuchen, die Arbeitsmenge dadurch zu steigern, dass sie qualitativ schlechte Arbeit leisten. Es stellt damit keinen tauglichen Maßstab für den Grad der Vertragswidrigkeit einer fehlerhaften Arbeitsleistung dar, wie die Betriebspartner in dem völlig anderen Zusammenhang einer auf die Arbeitsmenge abstellenden Prämie den Prämienabzug für fehlerhafte Arbeit regeln.

25 bb)

Soweit das Landesarbeitsgericht von einer kündigungsrelevanten Schlechtleistung der Klägerin ausgeht, stellt es zwar zutreffend darauf ab, dass eine längerfristige Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerhäufigkeit aller Arbeitnehmer ein gewichtiges Indiz für eine vorwerfbare Schlechtleistung der Klägerin darstellt. Die weiteren objektiven Umstände (tatsächliche Fehlerzahl, Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung) werden jedoch nicht hinreichend gewichtet. Das Landesarbeitsgericht prüft insoweit nur die Umstände, mit denen die Klägerin die hohe Fehlerquote zu rechtfertigen versucht. Zu einer genaueren Prüfung hätte hier schon deshalb Anlass bestanden, weil sich die Fehlerzahl der Klägerin wie bei allen anderen Mitarbeitern im Promillebereich bewegt, also insgesamt verhältnismäßig niedrig ist. Die Erheblichkeit der Schlechtleistung der Klägerin konnte sich deshalb nur aus der Mitberücksichtigung der anderen Umstände, also etwa den Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung ergeben. Diese hat das Landesarbeitsgericht aber bewusst nicht geprüft. Es ist davon ausgegangen, diese Prüfung habe im Rahmen der Interessenabwägung zu erfolgen, eine solche sei aber nicht erforderlich, da die

Kündigung schon am Vorhandensein einer anderen Beschäftigungsmöglichkeit scheitere.

26 cc)

Deshalb war die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, § 563 ZPO . Ob die Klägerin pflichtwidrig erheblich unterdurchschnittliche Leistungen erbracht hat, ist als unbestimmter Rechtsbegriff mit einem Wertungs- und Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanzen versehen, in den der Senat nicht eingreifen möchte. Zwar ist eine gegenüber dem Abteilungsdurchschnitt dreifach höhere Fehlerquote als ein deutlicher Anhaltspunkt für ein mögliches pflichtwidriges Verhalten der Klägerin einzustufen, als absoluter Wert ist sie aber ungeeignet.

27 3.

Die Zurückverweisung ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil sich das Urteil aus anderen Gründen als richtig erweist, § 561 ZPO . Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung verstoße im Ergebnis gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ist rechtsfehlerhaft. Zumindest mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung lässt sich ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht bejahen. Insbesondere ist die Kündigung nicht wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG rechtsunwirksam, weil die Klägerin im "Single-Versand" hätte weiterbeschäftigt werden müssen.

28 a)

Umsetzungs- und Versetzungsmöglichkeiten sind zwar auch bei verhaltensbedingten Kündigungen zu prüfen (vgl. Senat 6. Oktober 2005 - 2 AZR 280/04 - AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66, zu B I 2 e der Gründe; 31. März 1993 - 2 AZR 492/92 - BAGE 73, 42, zu III 2 c der Gründe; 22. Juli 1982 - 2 AZR 30/81 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10, zu III 4 a der Gründe). Da es sich bei derartigen Schlechtleistungen, wie sie der Klägerin vorgeworfen werden, regelmäßig nicht um eine arbeitgeberbezogene, sondern um arbeitsplatzbezogene Pflichtverstöße handelt, kommt grundsätzlich auch eine Versetzung bzw. Umsetzung der betreffenden Arbeitnehmer in Betracht (vgl.

Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1182).

29 b)

Die Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz muss dem Arbeitgeber aber auch möglich und zumutbar sein. Bei verschuldeten Vertragsverletzungen ist eine Versetzung eher unzumutbar als bei personen- oder betriebsbedingten Kündigungen (vgl. Senat 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26, zu B II 3 a der Gründe; APS/Dörner 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 273; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 406). Ob der Arbeitgeber gehalten ist, den Arbeitnehmer an einem anderen freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen statt ihm zu kündigen, hängt sowohl von den Ursachen des Fehlverhaltens und dem am neuen Arbeitsplatz zu erwartenden Verhalten als auch von der Schwere des Pflichtverstoßes ab (vgl. Senat 6. Oktober 2005 - 2 AZR 280/04 - AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66, zu B I 2 e der Gründe; 31. März 1993 - 2 AZR 492/92 - BAGE 73, 42, zu III 2 c der Gründe).

30 c)

Diesen Maßstäben wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht gerecht.

31 aa)

Ausgangspunkt der Prüfung des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1b KSchG muss zunächst sein, ob ein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, denn im Kündigungsschutzprozess gilt im Hinblick auf die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast: Der Arbeitgeber genügt zunächst seiner Darlegungslast, wenn er allgemein vorträgt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei nicht möglich. Auf nähere Darlegungen des Arbeitnehmers, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, muss der Arbeitgeber dann eingehend erläutern, aus welchem Grund eine Beschäftigung auf einem entsprechenden Arbeitsplatz nicht möglich gewesen sei (*st. Rspr. vgl. Senat 24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151, zu B II 2 a der Gründe; 15. August 2002 - 2 AZR 195/01 - BAGE 102, 197, zu II 1 c a.A. der Gründe*).

Dabei genügt es für die Darlegungen des Arbeitnehmers, wenn er angibt, welche Art der Beschäftigung gemeint ist. Der Arbeitnehmer muss im allgemeinen keinen konkreten freien Arbeitsplatz benennen (*Senat 6. November 1997 - 2 AZR 253/97 - NZA 1998, 833, zu II 4 b der Gründe*).

32 bb)

Dem bisherigen Vortrag der Klägerin kann nicht die Behauptung entnommen werden, im "Single-Versand" sei tatsächlich zum Zeitpunkt der Kündigung ein "freier" Arbeitsplatz vorhanden gewesen oder ein solcher wäre in absehbarer Zeit frei geworden.

Nachdem die Beklagte dargelegt hatte, im Bereich "Single-Versand" sei kein freier Arbeitsplatz vorhanden, wäre ein entsprechender Tatsachenvortrag der Klägerin aber erforderlich gewesen, um der (abgestuften) Darlegungslast zu genügen.

Ausweislich der Entscheidungsgründe geht im Übrigen das Landesarbeitsgericht offenbar selbst davon aus, im Bereich "Single-Versand" sei kein Arbeitsplatz frei gewesen. Damit scheidet jedoch eine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG mangels eines freien Arbeitsplatzes aus.

33 cc)

Die bisherigen tatrichterlichen Feststellungen tragen auch nicht die Annahme, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, durch organisatorische Maßnahmen einen Arbeitsplatz etwa im "Single-Versand" zu schaffen.

34 (1)

Schon im Ansatzpunkt unterliegt das angefochtene Urteil insoweit erheblichen Bedenken. Eine Pflicht zur Umorganisation durch Versetzung und Umsetzung ohne einen freien Arbeitsplatz scheidet im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung regelmäßig aus. Entsprechende Arbeitgeberpflichten hat die Rechtsprechung bei der krankheitsbedingten Kündigung angenommen. Diese Rechtsprechung ist auf Fälle schuldhafter Vertragspflichtverletzungen aber nicht ohne Weiteres übertragbar.

Jedenfalls kann eine Pflicht des Arbeitgebers zur Umorganisation bei verhaltensbedingten Kündigungsgründen allenfalls dann in Betracht kommen, wenn bereits durch geringe organisatorische Veränderungen künftige Vertragspflichtverletzungen vermeidbar sind. Vom Arbeitgeber hier beispielsweise die Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens nach § 99 BetrVG zu verlangen, würde seine Vertragspflichten überspannen. Allenfalls in besonderen Ausnahmefällen kann dem Arbeitgeber eine derartige Umorganisation überhaupt zumutbar sein. Sonst würde ein Arbeitnehmer, dem wegen verschuldeter Vertragspflichtverletzungen gekündigt werden soll, im Vergleich zu einem aus dringenden betrieblichen Gründen gekündigten Arbeitnehmer günstiger dastehen. Dies würde einen Wertungswiderspruch darstellen. Hinreichende Umstände, die eine solche Ausnahme im vorhandenen Fall begründen könnten, sind bisher nicht festgestellt.

35 (2)

Außerdem verlangt das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft von der Beklagten, ihr detailliert dargelegtes unternehmerisches Konzept, auf einem flexiblen Einsatz der Arbeitnehmer zu bestehen, aufzugeben oder zumindest nachhaltig zu verändern. Da mehrere Mitarbeiter im "Sorter-Versand" deutlich höhere Fehlerquoten erreichen als die übrigen, muss der vom Landesarbeitsgericht vorgeschlagene Lösungsweg tatsächlich zu dem von der Beklagten grundsätzlich abgelehnten Zustand führen, dass im "Single-Versand" eine Art "Sammelbecken für weniger leistungsfähige Arbeitnehmer" entstehen wird. Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung greift deshalb unzulässig in das unternehmerische Organisationskonzept der Beklagten ein.

36 4.

Von seinem rechtlichen Standpunkt aus konsequent hat das Landesarbeitsgericht keine abschließende Interessenabwägung durchgeführt. Diese wird es ggf.

nachzuholen haben. Von Hinweisen insoweit wird abgesehen, da das Landesarbeitsgericht hierzu keinerlei Feststellungen getroffen und auch keine Würdigungen vorgenommen hat.

37 II.

Auch der auf vorläufige Weiterbeschäftigung während der Dauer des Rechtsstreits gerichtete Antrag zu 2) unterliegt damit der Zurückverweisung.

38 III.

Das Berufungsgericht hat auch über die Kosten der Revision zu entscheiden.

Rost
Bröhl
Schmitz-Scholemann
Baerbaum
J. Lücke

Von Rechts wegen!

Verkündet am 17. Januar 2008

Parallelsache zu 2 AZR 536/06

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.