

Kündigung: Schwache Mitarbeiter können entlassen werden

Ein Kommissionierer, der mit einem Förderfahrzeug Warengewebe aus Regalen ziehen muss, um sie in Behälter zu verladen, und dabei stets weit unter der vom Arbeitgeber vorgegebenen „Normleistung 1,0“ bleibt, kann verhaltensbedingt entlassen werden. Die andauernde Unterschreitung des Durchschnitts kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer weniger arbeitet als er könnte.

Quelle: Wolfgang Büser

Rechtfertigung einer ordnungsgemäßen Kündigung wegen Pflichtverletzungen, die auf Minderleistungen des Arbeitnehmers beruhen; Pflicht des Arbeitnehmers seine Leistungsfähigkeit angemessen auszuschöpfen; Darlegungslast des Arbeitgebers für die geringere Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers; Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung wegen Minderleistungen

Gericht: BAG

Datum: 11.12.2003

Aktenzeichen: 2 AZR 667/02

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2003, 26695

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Dortmund - 20.06.2001 - 5 Ca 4705/00

LAG Hamm - 27.08.2002 - 19 (11) Sa 1167/01

nachgehend:

ArbG Berlin - 30.10.2015 - AZ: 28 Ca 7745/15

Rechtsgrundlage:

§ 1 Abs. 2 KSchG

Fundstellen:

AA 2004, 174-176

ArbRB 2004, 263 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

ArbRB 2004, 3-4 (Pressemitteilung)

ARST 2004, 44-45 (Pressemitteilung)

AuA 2004, 44

AuR 2004, 316-317 (Kurzinformation)

AuR 2004, 25-26 (Kurzinformation)

AUR 2004, 316-317 (Kurzinformation)

BB 2004, 1682-1686

DB 2003, XX Heft 51-52 (Pressemitteilung)
DB 2004, 1506-1508 (Volltext mit amtl. LS)
DB 2004, IX Heft 26 (amtl. Leitsatz)
DStR 2004, XVIII Heft 3 (Kurzinformation)
EBE/BAG 2004, 109-112
EzA-SD 13/2004, 9-10
EzA-SD 26/2003, 4 (Pressemitteilung)
FA 2004, 91 (Pressemitteilung)
FA 2004, 276 (Volltext mit amtl. LS)
FA 2004, 284 (amtl. Leitsatz)
FA 2004, 222 (amtl. Leitsatz)
FAr 2004, 222
FAr 2004, 276
FAr 2004, 284
FAr 2004, 91
GdWZ 2005, 54
GmbHR 2004, R63-R64 (Pressemitteilung)
GmbH-Report 2004, R 63-R 64 (Pressemitteilung)
JT 2005, 52-55
JuS 2004, XIV Heft 2 (Pressemitteilung)
MDR 2004, 1065-1067 (Volltext mit amtl. LS)
NJW 2004, 2545-2548 (Volltext mit amtl. LS)
NJW-Spezial 2004, 180 (Volltext mit amtl. LS)
NWB 2004, 138
NZA 2004, 784-788 (Volltext mit red. LS)
Personal 2004, 62
PersR 2004, 134
RdW 2005, 21-24 (Kurzinformation)
SAE 2005, 83-88

schnellbrief 2004, 5

schnellbrief 2004, 7-8 (Pressemitteilung)

SJ 2004, 38-39

ZAP 2004, 977

ZfPR 2004, 342 (amtl. Leitsatz)

ZMV 2004, 38-39 (Pressemitteilung)

ZTR 2004, 481-484 (Volltext mit amtl. LS)

ZTR 2009, 186-187 (Kurzinformation)

BAG, 11.12.2003 - 2 AZR 667/02

Amtlicher Leitsatz:

1. Auf Pflichtverletzungen beruhende Minderleistungen des Arbeitnehmers können geeignet sein, eine ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen zu rechtfertigen.
 - a) Der Arbeitnehmer muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten.
 - b) Kennt der Arbeitgeber lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt er im Kündigungsschutzprozess seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten. Alsdann ist es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, zB darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Trägt der Arbeitnehmer derartige Umstände nicht vor, gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Es ist dann davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft.

2. Eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistungen setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer gegen die subjektiv zu bestimmende Leistungspflicht verstößt. Es kommt darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechnete Erwartung des Arbeitgebers von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar wird.

Tenor:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 27. August 2002 - 19 (11) Sa 1167/01 - aufgehoben.

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

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung.

- 2 Der 1947 geborene Kläger trat im Februar 1980 in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten, die ein Einzelhandelsunternehmen betreibt. Als Kommissionierer im Frischecenter des Hauptlagers hat der Kläger die Aufgabe, mit Hilfe eines Flurförderfahrzeugs Warengelände (Kolli)

aus Regalen herauszuziehen und in Behälter zu verladen.

- 3 Das Entgelt der bei der Beklagten beschäftigten Kommissionierer setzt sich aus einer Grundvergütung und einer Prämie zusammen. Die Beklagte hat zur Berechnung der Prämie mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung geschlossen. Danach wird eine Prämie gezahlt, wenn der Arbeitnehmer die mit dem Zahlenwert 1,0 versehene sogenannte Normalleistung überschreitet. Die Leistung wird nach einem Planzeiten- und Prämienabrechnungssystem gemessen, das auf einem Planzeitenkatalog aufbaut.
- 4 Die Leistungswerte des Klägers nach dem Prämiensystem lagen 1999 zwischen 0,57 und 0,62, im Jahre 2000 bis zum Monat Juli zwischen 0,52 und 0,61. Die durchschnittlich erreichte Prämienstufe der Kommissionssammler im Hauptlager D lag nach einer von der Beklagten vorgelegten Aufstellung 1999 bei 1,06, im Jahre 2000 bis November bei 1,01. In zwei Gesprächen im Mai und August 1999 wies die Beklagte den Kläger auf die nach ihrer Auffassung nicht ausreichenden Leistungen hin.
- 5 Mit Schreiben vom 12. November 1999 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung, in der die Leistungen des Klägers im Vergleich zum Abteilungsdurchschnitt wie folgt dargestellt sind:
- 6 Ferner forderte die Beklagte den Kläger in der Abmahnung auf, eine Leistung von mindestens 100 vH zu erbringen. Anderenfalls werde das Arbeitsverhältnis gekündigt.
- 7 Mit Schreiben vom 28. April 2000 erteilte die Beklagte dem Kläger eine weitere Abmahnung, in der die Leistungen des Klägers im Vergleich zum Abteilungsdurchschnitt wie folgt aufgeführt sind:
- 8 Mit Schreiben vom 22. August 2000 teilte die Beklagte dem Betriebsrat mit, sie beabsichtige das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 29. Februar 2001 ordentlich zu kündigen, da trotz zweimaliger Abmahnung keine Besserung der Leistungen eingetreten sei. Nachdem der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis durch Schreiben vom 28. August 2000 fristgerecht zum 28. Februar 2001.
- 9 Der Kläger hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte habe die behauptete Schlechtleistung nicht schlüssig dargelegt. Das Prämiensystem und der darin vorgesehene Normalwert stellten keine verwertbaren Vergleichsmaßstäbe dar, auch wenn der Betriebsrat der Regelung zugestimmt habe. In die Durchschnittsberechnung dürften überdurchschnittliche Arbeitnehmer nicht einbezogen werden. Auch durch Ausübung des Direktionsrechtes könne dem Arbeitnehmer keine Leistung abverlangt werden, die über derjenigen liege, zu der der Arbeitnehmer subjektiv in der Lage sei. Die Beklagte habe bei der Erstellung des Prämiensystems anerkannte arbeitswissenschaftliche Grundsätze nicht beachtet. Die Mehrheit der "überdurchschnittlichen" Mitarbeiter leiste täglich unbezahlte Überstunden. Berücksichtigt werden müsse auch seine langjährige Betriebszugehörigkeit und sein Lebensalter.
- 10 Der Kläger hat beantragt
 1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien begründete Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 28. August 2000 nicht beendet wird,
 2. für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1) die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten Bedingungen als Kommissionierer weiterzubeschäftigen.
- 11 Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

- 12** Der Kläger erbringe, bezogen auf die Normalleistung (1,0) nach dem Prämiensystem, eine um 40 bis 50 vH niedrigere Leistung, bezogen auf die Durchschnittsleistung (1,08) bleibe der Kläger noch weiter zurück. Maßstab für die Vertragspflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung sei zwar sein individuelles Leistungsvermögen, er sei aber zu angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten verpflichtet. Mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung sei die Beklagte berechtigt, die Normalleistung des Prämiensystems (1,0) zu verlangen. Zumindest spreche eine Vermutung dafür, dass dies die geschuldete Leistung sei. Der Kläger müsse darlegen, warum er innerhalb von zwei Jahren nicht in der Lage gewesen sei, wenigstens 60 vH der Normalleistung zu erreichen.
- 13** Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

- 14** Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.
- 15** **A.**
- Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Qualifizierung eines Kündigungsgrundes als personen- oder verhaltensbedingt könne offenbleiben, da eine rechtliche Sonderbehandlung allein für betriebsbedingte Kündigungen gelte. Gleichwohl liege nach den Darlegungen der Beklagten die Störquelle im steuerbaren Verhalten des Klägers. Unzureichende Leistungen könnten eine verhaltensbedingte Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn die Leistung des Arbeitnehmers weit hinter seinem Normalwert zurückbleibe. Es sei ein individueller Maßstab anzuwenden, aus dem eine dynamische Leistungspflicht folge: Wer zu überdurchschnittlichen Leistungen fähig sei, müsse diese erbringen, der unterdurchschnittlich befähigte Arbeitnehmer brauche auch nur unterdurchschnittliche Leistungen zu erbringen. Nach diesem Maßstab seien die Darlegungen der Beklagten nicht ausreichend. Weder die in einem Prämienberechnungssystem festgelegte "Normalleistung" noch auch die "Durchschnittsleistung" stellten geeignete Maßstäbe dar, zumal in letzterer auch Spitzenleistungen ihren Niederschlag fänden. Außerdem stelle das Prämiensystem einen Anreiz zu überdurchschnittlichen Leistungen dar. Die Darlegungen der Beklagten zur Ermittlung der Normalleistung seien nicht ausreichend, um daraus einen Maßstab für die individuelle Leistungspflicht zu entnehmen.
- 16** **B.**
- Dem folgt der Senat nicht.
- 17** **I.**
- Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung hält der Überprüfung an § 1 Abs. 2 KSchG nicht stand.
- 18** **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. BAG 21. Mai 1992 - 2 AZR 10/92 -

BAGE 70, 262).

19 2.

Diesem Überprüfungsmaßstab wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

20 a)

Für eine verhaltensbedingte Kündigung genügen solche im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Umstände, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenwert und angemessen erscheinen lassen. Als verhaltensbedingter Grund ist insbesondere eine rechts- (vertrags)widrige Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis geeignet, wobei regelmäßig Verschulden erforderlich ist; die Leistungsstörung muss dem Arbeitnehmer vorwerfbar sein (BAG 21. November 1996 - 2 AZR 357/95 - AP BGB § 626 Nr. 130 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50; 21. Mai 1992 - 2 AZR 10/92 - BAGE 70, 262; 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/91 - BAGE 67, 75). Insofern genügt ein Umstand, der einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung bestimmen kann (vgl. BAG 17. Juni 2003 - 2 AZR 62/02 - EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59; 21. Mai 1992 - 2 AZR 10/92 - BAGE 70, 262; 7. Dezember 1988 - 7 AZR 122/88 - EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 26).

21 b)

Auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen sind geeignet, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen (st. Rspr. BAG 26. Juni 1997 - 2 AZR 502/96 - RzK I 5i Nr. 126; 21. Mai 1992 - 2 AZR 551/91 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 38 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42; 22. Juli 1982 - 2 AZR 30/81 - DB 1983, 180; KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 448; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG § 1 Rn. 349 ff.; Brune AR-Blattei SD 1420 (Schlechtleistung) Rn. 127 a).

22

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 (BAG 21. Mai 1992 - 2 AZR 551/91 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 3; = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42; 14. Januar 1986 - 1 ABR 75/83 - BAGE 50, 330; 17. Juli 1970 - 3 AZR 423/69 - BAGE 22, 402 [BAG 17.07.1970 - 3 AZR 423/69]; 20. März 1969 - 2 AZR 283/68 - AP GewO § 123 Nr. 27 = EzA GewO § 123 Nr. 11; LAG Baden-Württemberg 23. Oktober 2000 - 9 Sa 60/00 - SpuRt 2001, 73; LAG Hamm 23. August 2000 - 18 Sa 463/00 - LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 76 a; Bitter AR-Blattei SD 190 (Arbeitspflicht des Arbeitnehmers) Rn. 716 f.; Brune AR-Blattei SD 1420 (Schlechtleistung) Rn. 13 ff. mwN). Davon geht mit dem Landesarbeitsgericht auch die Revision aus. Der gegenteiligen Auffassung (v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG § 1 Rn. 253 ff.; Hunold BB 2003, 2345, 2346) [BayObLG 17.09.2003 - 3 Z BR 183/03], 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".

23 c)

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 (zum

umgekehrten Fall: BAG 13. Mai 1987 - 5 AZR 125/86 - BAGE 55, 275 [BAG 13.05.1987 - 5 AZR 125/85]). 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 (BAG 22. Juli 1982 - 2 AZR 30/81 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10). 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. Dem muss auch im Rahmen des Kündigungsschutzrechts Rechnung getragen werden, weil sonst einer Vertragspartei die Möglichkeit genommen würde, einen vertragswidrigen Zustand mit Rechtsmitteln zu beseitigen.

24 d)

Der Konflikt zwischen den vorgenannten widerstreitenden Gesichtspunkten kann nach den Regeln der abgestuften Darlegungslast angemessen aufgelöst werden: Es ist deshalb zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den Leistungsmängeln das vorzutragen, was er wissen kann. Kennt er, wie hier, 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. Das ist bei der hier gegebenen, langfristigen Unterschreitung der Durchschnittsleistung um deutlich mehr als 1/3 ersichtlich der Fall. Dem entspricht es, wenn das Bundesarbeitsgericht in anderen Fällen unterhalb einer Grenze von etwa 1/3 liegende Vergütungseinbußen als noch hinnehmbar und nicht als eine grundlegende Störung des Leistungsgleichgewichts im kündigungsrechtlich geschützten Kernbereich angesehen hat (BAG 15. November 1995 - 2 AZR 521/95 - AP TVG § 1 Tarifverträge Lufthansa Nr. 20 = EzA BGB § 315 Nr. 45; 13. Mai 1987 - 5 AZR 125/86 - BAGE 55, 275 [BAG 13.05.1987 - 5 AZR 125/85] ; KR-Rost § 2 KSchG Rn. 47 ff. § 2 KSchG mwN). 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, gegebenenfalls 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, gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Es ist dann davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft.

25 e)

Diesen Maßstäben wird die Würdigung durch das Landesarbeitsgericht nicht gerecht. Die Beklagte ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ihrer Darlegungslast nachgekommen.

26 aa)

Noch zutreffend ist allerdings entgegen der Auffassung der Revision die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der im Prämiensystem als Normalleistung ausgewiesene Leistungsgrad "1,0" stelle nicht ohne weiteres das von der Beklagten nach § 315 BGB durch Ausübung des

Direktionsrechts festgelegte verbindliche Leistungsmaß dar, bei dessen Unterschreitung dem betreffenden Arbeitnehmer ohne weiteres "Minderleistung" angelastet werden könnte. Zu Recht weist das Landesarbeitsgericht insoweit darauf hin, dass die Zugrundelegung dieses Maßstabs eine rein objektive und starre Bestimmung der Vertragspflicht des Arbeitnehmers bedeuten würde, die mit den oben ausgeführten Grundsätzen in Widerstreit stünde. Ebenfalls zutreffend ist in diesem Zusammenhang die Überlegung des Landesarbeitsgerichts, die "Normalleistung 1,0" des Prämiensystems habe nicht den Zweck, Leistungspflichten zu bestimmen, sondern solle einen Anreiz zu überobligatorischen Leistungen bilden (vgl. BAG 20. März 1969 - 2 AZR 283/68 - AP GewO § 123 Nr. 27 = EzA GewO § 123 Nr. 11). Der Revision kann auch nicht darin zugestimmt werden, eine solche objektive Bestimmung müsse in ihrem Falle deshalb zulässig sein, weil sie ihr Direktionsrecht für eine Vielzahl gleichliegender Tätigkeiten zwangsläufig standardisierend ausüben müsse. Dieser Umstand ändert nichts daran, dass die Beklagte in individuellen Vertragsbeziehungen zu jedem einzelnen Arbeitnehmer steht und der Arbeitnehmer, wie ausgeführt, nicht einen Arbeitserfolg sondern eine Arbeitsleistung schuldet. Auch die Überlegung der Revision, neben der durch die "Normalleistung" gebildeten "ersten Grenze" eine "zweite, durch die individuelle Leistungsfähigkeit an sich dynamische Grenze" nach objektiven Kriterien zu bestimmen und bei einer Unterschreitung der Norm um etwa ein Drittel ohne weiteres von einer Vertragsverletzung auszugehen, hilft nicht weiter, weil auch damit letztlich auf einen, dem Dienstvertragsrecht fremden starren und objektiven Leistungsmaßstab zurückgegriffen würde, der sich gegenüber Arbeitnehmern, deren Leistungsfähigkeit auf Grund von ihnen nicht beeinflussbarer betrieblicher oder persönlicher Umstände vorübergehend oder dauerhaft beeinträchtigt ist, unangemessen auswirken kann.

27 bb)

Die Beklagte hat sich jedoch nicht nur auf die in der Prämienregelung festgelegte "Normalleistung 1,0" bezogen, sondern zugleich geltend gemacht, der Kläger habe in den Jahren 1999 und 2000 bis zur Kündigung massiv unterdurchschnittliche Leistungen erbracht. Die Beklagte hat Listen der nach ihrer Auffassung vergleichbaren Arbeitnehmer einschließlich Angabe des jeweiligen Leistungsgrads vorgelegt und weitere Zahlenangaben zu den Leistungen des Klägers und dem Maß der Unterschreitung des Durchschnitts vorgetragen. Unabhängig davon, welche Berechnungsweise man zugrunde legt, unterschreiten die Leistungen des Klägers den von der Beklagten errechneten Durchschnitt nahezu durchgängig um mehr als 40 vH, teilweise um über 50 vH. Dass die Leistungen im Rahmen des von der Beklagten eingeführten Prämienabrechnungssystems gemessen wurden, ändert daran nichts. Es ist zwar richtig, dass sich aus einem Zahlenwert "1,0" oder "100 vH" in einem Prämiensystem nicht automatisch eine objektiv zu fordernde Normalleistung ergibt (vgl. BAG 20. März 1969 - 2 AZR 283/68 - AP GewO § 123 Nr. 27 = EzA GewO § 123 Nr. 11). Ebenso richtig ist, dass der Zweck eines Prämiensystems darin liegt, die Arbeitnehmer zu über dem Wert von "1,0" liegenden Leistungen zu motivieren. Daraus lässt sich aber nichts für die Annahme ableiten, dass in den Zahlenwerten der nach dem Prämiensystem errechneten Leistungsgrade zum Ausdruck kommende Verhältnis zwischen den Leistungen des einzelnen Arbeitnehmers und dem Durchschnitt aller Arbeitnehmer sei unzutreffend wiedergegeben. Dass die von der Beklagten dargelegte Methode der Ermittlung des Leistungsgrades Fehler aufwies, die einzelne Arbeitnehmer benachteiligen würden oder das prozentuale Verhältnis der Leistungsgrade zueinander verschöben, ist nicht erkennbar. Vielmehr sind die einzelnen Arbeitsschritte unabhängig von den sie ausführenden Personen mit Planzeitwerten versehen, so dass das Verhältnis der in Minuten ausgedrückten monatlichen Arbeitsleistung zu der ebenfalls in Minuten ausgedrückten monatlichen Arbeitszeit eine objektive Aussage über die erledigte Arbeitsmenge ergibt und einen Vergleich ermöglicht. Bei gleichmäßiger Anwendung des Systems auf alle Kommissionierer muss dementsprechend das Verhältnis der in Zahlen ausgedrückten Arbeitsmengen auch dann aussagefähig sein, wenn, wie der Kläger meint, die Ermittlung der dem System zugrunde liegenden Planzeitwerte der einzelnen Tätigkeiten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen nicht hinreichend Genüge getan hat. Dafür, dass der "Normalwert 1,0" jedenfalls nicht willkürlich gegriffen ist, spricht im übrigen der Umstand, dass er vom Durchschnittswert nur geringfügig abweicht.

28 cc)

Die Durchschnittsberechnung ist auch nicht, wie das Landesarbeitsgericht meint, deshalb zu beanstanden, weil in die Berechnungen auch überdurchschnittliche Leistungen eingehen. Zu Recht rügt die Revision, dass der Durchschnitt üblicherweise durch das Mittel aus über- und unterdurchschnittlichen Werten gebildet wird. Ließe man alle überdurchschnittlichen Werte unberücksichtigt, so entspräche, wie die Revision mit Erfolg geltend macht, der Durchschnitt stets dem niedrigsten Wert.

29 **II.**

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

30 **1.**

Wie ausgeführt, setzt der Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung in der Regel voraus, dass die dem Arbeitnehmer vorgeworfenen Pflichtverletzungen schuldhaft begangen wurden. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, was den Kläger dazu veranlasst hat, Minderleistungen zu erbringen.

31 **2.**

Gleichwohl kann die Klage gegenwärtig nicht mit der Begründung abgewiesen werden, die Beklagte habe nicht dargelegt, dass der Kläger die ihm vorgeworfenen Minderleistungen verschuldet habe. Die Folge der individuellen und dynamischen Bestimmung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers ist, wie ausgeführt, dass eine Vertragsverletzung nur dann vorliegt, wenn die Minderleistung auf einer unzureichenden Ausschöpfung des eigenen Leistungsvermögens beruht. Ist diese jedoch festgestellt, so steht damit - von Schuldausschlussgründen abgesehen - in der Regel fest, dass der Arbeitnehmer zumindest die übliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat (§ 276 BGB), sein Verhalten also als jedenfalls fahrlässig und damit schuldhaft anzusehen ist.

32 **III.**

Der Rechtsstreit ist nicht zur Entscheidung reif.

33 **1.**

Ob die Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt ist, kann noch nicht beurteilt werden.

34 **a)**

Wie ausgeführt, ist die Beklagte ihrer Darlegungslast zunächst nachgekommen, indem sie vorgetragen hat, dass die Leistungen des Klägers in den Jahren 1999 und 2000 bis zur Kündigung um zumeist 40 vH und mehr unter der durchschnittlichen Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist.

35 **b)**

Ob der Kläger nach den oben dargestellten Grundsätzen der abgestuften Darlegungslast die Behauptungen der Beklagten hinreichend bestritten und die Beklagte gegebenenfalls hierauf ausreichend erwidert und Beweis angetreten hat, kann noch nicht beurteilt werden. Das Landesarbeitsgericht ist dem insoweit in Betracht kommenden Vorbringen der Parteien bisher - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht nachgegangen. Das wird nachzuholen sein. Denn bereits nach dem bisherigen Vorbringen bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien auf einen entsprechenden Hinweisbeschluss des Landesarbeitsgerichts Vortrag halten werden. Der Kläger hat das von der Beklagten vorgelegte Zahlenwerk bereits bestritten, die Beklagte hat für die Richtigkeit der nicht den Kläger betreffenden Zahlen Beweis angetreten, wobei zweifelhaft ist, ob das Bestreiten des Klägers, wie die Beklagte gemeint hat, hinsichtlich der für ihn von der Beklagten

vorgetragene Zahlenwerte unzulässig ist. Zwar trifft es zu, dass der Kläger seine Arbeitsleistung kennen muss, allerdings folgt daraus nicht zwingend, dass er auch die von der Beklagten vorgenommene Umrechnung in Planzeitminuten und die Ausrechnung des Leistungsgrades kennen muss. Der Kläger hat ferner behauptet, einige der in der vorgelegten Liste aufgeführten Arbeitnehmer seien nicht in seiner Abteilung tätig. Darin kann ein Hinweis darauf liegen, dass der von der Beklagten gebildete Durchschnitt durch Einbeziehung von Arbeitnehmern zustande gekommen ist, die unter nicht vergleichbaren Bedingungen tätig sind. Die Beklagte hatte durch Vorlage der Liste, die sich über "Kommissionssammler" im "Hauptlager" verhält, und durch Benennung eines Zeugen für die Richtigkeit der Liste auch insoweit Beweis angetreten. Ferner hat der Kläger behauptet, die nach der Liste von der Beklagten zugrunde gelegten Leistungen anderer Arbeitnehmer seien zum Teil durch unbezahlte Überstunden zustande gekommen. Auch dadurch kann der von der Beklagten errechnete Durchschnitt als Maßstab entwertet sein. Der Kläger hat schließlich angedeutet, einige Arbeitnehmer erreichten ihren überdurchschnittlichen Leistungsgrad nach dem Prämiensystem nur auf Grund ihres jüngeren Lebensalters und durch qualitativ minderwertige Arbeit. Die Beklagte hat den Hinweis des Klägers auf qualitativ minderwertige Arbeit für substanzlos gehalten und im übrigen behauptet, der Kläger sei zwar einer der älteren Kommissionierer, die Arbeitsleistung stehe aber nicht im Zusammenhang mit dem Alter. Konkrete Beeinträchtigungen seiner subjektiven Leistungsfähigkeit durch betriebliche oder persönliche Umstände hat der Kläger bisher nicht vorgetragen. Der Hinweis auf sein im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmern höheres Alter kann allerdings dahingehend von Bedeutung sein, dass zu seinen Gunsten von einer gewissen altersbedingten individuellen Leistungsminderung auszugehen ist.

36 2.

Das Landesarbeitsgericht wird ggf. auch in Betracht zu ziehen haben, ob die Kündigung aus personenbedingten Gründen sozial gerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1 1. Var. KSchG).

37 a)

Als personenbedingte Gründe, die eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen können, sind nur solche Umstände anzuerkennen, die auf einer in den persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers liegenden "Störquelle" beruhen (BAG 13. März 1987 - 7 AZR 724/85 - BAGE 54, 248). Eine personenbedingte Kündigung kann sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Sphäre liegen, jedoch nicht von ihm verschuldet sein müssen, zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht mehr in der Lage ist.

38 b)

In diesen Fällen liegt in der Regel eine schwere und dauerhafte Störung des Austauschverhältnisses vor, ohne dass dem Arbeitnehmer eine Vertragsverletzung vorzuhalten wäre: Die konkrete Vertragspflicht zur Arbeit ist, wie oben ausgeführt, individuell zu bestimmen. Der Arbeitnehmer, der trotz angemessener Bemühung die Normleistung unterschreitet oder nicht erbringt, verstößt nicht gegen den Vertrag, sondern unterschreitet die nicht zur Vertragsbedingung erhobene berechnete Erwartung des Arbeitgebers von einem ausgewogenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. So kann es beispielsweise im Falle unverschuldeter krankheitsbedingter Kündigungen liegen (vgl. BAG 23. September 1992 - 2 AZR 150/92 - EEU II/213; 17. Juni 1999 - 2 AZR 574/98 - EEK II/244) oder bei wehrdienstbedingtem Ausfall eines türkischen Arbeitnehmers (20. Mai 1988 - 2 AZR 682/87 - BAGE 59, 32 [BAG 20.05.1988 - 2 AZR 682/87]), bei durch Gewissensnot verursachter Unfähigkeit zur Arbeit (24. Mai 1989 - 2 AZR 285/88 - BAGE 62, 59), ferner bei Sicherheitsbedenken (BAG 20. Juli 1989 - 2 AZR 114/87 - BAGE 62, 256 [BAG 20.07.1989 - 2 AZR 114/87]) oder bei unverschuldet fehlender Arbeitserlaubnis (7. Februar 1990 - 2 AZR 359/89 - BAGE 82, 139 [BAG 31.01.1996 - 2 AZR 68/95]).

39 c)

Die Parteien des gegenseitigen Vertrages gehen typischer Weise davon aus, dass die Leistung des anderen Teils der eigenen (mindestens) gleichwertig ist (BGH 13. Juni 1980 - V ZR 11/79 - BGHZ 77, 359). Die Vorstellung der Parteien von der annähernden Gleichwertigkeit (Äquivalenz) der beiderseitigen Leistungen ist bei gegenseitigen Verträgen regelmäßig Geschäftsgrundlage. Weichen die tatsächlichen Verhältnisse von den Erwartungen schwerwiegend ab, so kann der in ihrer Erwartung enttäuschten Partei ein Recht zur Anpassung oder zum Rücktritt zustehen (BGH 15. November 2000 - VIII ZR 324/99 - NJW 2001, 1204; vgl. § 313 BGB nF).

40 d)

Im Arbeitsverhältnis stehen dem Arbeitgeber zur Reaktion auf derartige Störungen des Austauschverhältnisses, soweit sie aus der Sphäre des Arbeitnehmers stammen, im wesentlichen die Vorschriften über die personenbedingte Beendigungskündigung oder Änderungskündigung zu Gebote (vgl. Stahlhacke/Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis Rn. 746 ff.). Eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistungen setzt deshalb nicht voraus, dass der Arbeitnehmer gegen die subjektiv zu bestimmende Leistungspflicht verstößt. Es kommt darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar wird. In diesem Sinne hat es der Senat im Rahmen einer krankheitsbedingten Kündigung als erhebliche Minderleistungen angesehen, wenn eine schwerbehinderte Arbeitnehmerin die - seinerzeit dem Umfang nach unstrittige - Normleistung dauerhaft um ein Drittel unterschritt (BAG 26. September 1991 - 2 AZR 132/91 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 10; vgl. auch LAG Köln 26. Februar 1999 - 11 Sa 1216/98 - NZA-RR 2000, 25). Darüber hinaus setzt die Kündigung aus personenbedingten Gründen stets voraus, dass auch für die Zukunft nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen ist (BAG 12. April 2002 - 2 AZR 148/01 - BAGE 101, 39 [BAG 12.04.2002 - 2 AZR 148/01]) und kein milderes Mittel zur Wiederherstellung eines Vertragsgleichgewichts zur Verfügung steht (Stahlhacke/Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis Rn. 1199; KR-Etzel § 1 Rn. 272 KSchG ; v.Hoyningen-Huene/Linck KSchG Rn. 178 ff.). Dieses mildere Mittel kann in einer zumutbaren Beschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen liegen (BAG 7. Februar 1991 - 2 AZR 205/90 - BAGE 67, 198; 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 -BAGE 85, 107), uU auch in einer Vergütungsreduzierung. Schließlich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Insbesondere muss dem Schutz älterer, langjährig beschäftigter und unverschuldet - womöglich durch betriebliche Veranlassung - erkrankter Arbeitnehmer Rechnung getragen werden (LAG Köln 26. Februar 1999 - 11 Sa 1216/98 - NZA-RR 2000, 25).

41 e)

Ob gemessen an diesen Grundsätzen die Kündigung aus personenbedingten Gründen gerechtfertigt ist, kann noch nicht beurteilt werden. Allerdings spricht viel dafür, dass die Beklagte durch die Darlegung seit längerem anhaltender, erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen des Klägers eine schwerwiegende Störung des Vertragsgleichgewichts dargetan hat. Ob damit zugleich eine negative Zukunftsprognose indiziert ist, oder ob die Minderleistungen auf Umständen beruhen, mit denen in der Zukunft nicht zu rechnen ist, lässt sich bisher nicht beurteilen. Ggf. muss den Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag und Beweisantritt, uU durch Sachverständigengutachten gegeben werden.

Verkündet am 11. Dezember 2003

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.