

## Gestern gemobbt- Heute ein Low Performer- Morgen gekündigt



Dr. jur. Frank Sievert ist Lehrbeauftragter der Hochschule für Angewandte Wissenschaften, HAW-Hamburg, seine Tätigkeitsschwerpunkte umfassen den Mobbingrechtsschutz, sowie das Kündigungsschutzrecht.

Rechtsanwaltskanzlei Dr. jur. Frank Sievert  
Alsterkamp 26  
20149 Hamburg  
Telefon/ Fax: 040 / 51 97 94

### von Rechtsanwalt Dr. jur. Frank Sievert, Hamburg

Während ein angenehmes Arbeitsklima und eine befriedigende Arbeit die Leistung am Arbeitsplatz fördern, führt Mobbing regelmäßig dazu, dass die Leistung sinkt.

Als ob es nicht schon ausreichte, dass der Gemobbte weniger Freude an seiner Arbeit empfindet, muss er sich häufig auch noch vorhalten lassen, er sei ein so genannter Low Performer, d. h. ein überdurchschnittlich leistungsschwacher Arbeitnehmer.

In Zeiten zunehmenden Wettbewerbsdrucks wird er deshalb häufig vom Arbeitgeber mit der Begründung abgemahnt, er sei ein unterdurchschnittlicher Arbeitnehmer. Vielfach wird er sogar mit einer Kündigung rechnen müssen.

In den meisten Fällen hat jedoch eine Abmahnung ebenso wie eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung des Low Performers keinen Bestand. Insofern sind häufig die Sorgen derjenigen, die mit dem Vorwurf der Minderleistung abgemahnt oder gekündigt werden, jedenfalls in rechtlicher Hinsicht unberechtigt. Woran liegt das?

Dies liegt zunächst daran, dass sich in den meisten Fällen der Vorwurf des Arbeitgebers, der Gemobbte erbringe Minderleistungen, in **pauschalen Behauptungen** erschöpft. Arbeitsrechtlich reicht es für den Vorwurf des Fehlverhaltens nicht aus, wenn dem Arbeitnehmer vorgehalten wird, er als Verkäufer habe Daten von Kunden unzureichend erfasst. Vielmehr muss der Arbeitgeber im Einzelnen vortragen, was der Arbeitnehmer hätte machen müssen. Um im Beispiel zu bleiben, wäre der Arbeitgeber verpflichtet gewesen, dem Arbeitnehmer ganz konkret vorzuhalten, welche Daten dieser noch hätte erfassen müssen. Hinzu kommt folgendes:

Der Arbeitnehmer schuldet nur eine Arbeitsleistung mittlerer Art und Güte. Kein Arbeitsgericht wird von ihm verlangen, er müsse Spitzenleistungen in seinem Beruf erbringen. Der Vorwurf des Arbeitgebers kann also nur dahin gehen, der Arbeitnehmer habe eben **keine durchschnittliche Leistung** erbracht oder seine Fehlerquote sei überdurchschnittlich hoch.

Wie aber die durchschnittliche Leistung von Arbeitnehmern, die regelmäßig einen Lohn nach geleisteter Arbeitszeit und nicht nach erbrachtem Akkord beziehen, bestimmt werden muss, ist umstritten.

Überdies muss der Arbeitgeber diese Durchschnittsleistung nicht nur behaupten, sondern auch beweisen. Was das bedeutet, sollen die nachstehenden Ausführungen zeigen.

Eine Durchschnittsleistung versuchen viele Arbeitgeber aus der durchschnittlichen

Leistung aller Kollegen des gemobbten Mitarbeiters herzuleiten - was mit Sicherheit verfehlt ist.

Verfehlt deshalb, weil die Frage des Durchschnitts nicht unter Verweis auf die Kollegen des Gemobbten , die möglicherweise alle Spitzenkräfte sind, beantwortet werden kann.

Durchschnittlichkeit bemisst sich vielmehr nach dem Berufsbild aller Arbeitnehmer mit dem vergleichbaren Beruf, so dass der Arbeitgeber auch darlegen muss, inwieweit Arbeitnehmer in anderen, auch fremden Betrieben, die von ihm behauptete Durchschnittsleistung erbringen. Es ist jedoch sehr selten, dass ein Arbeitgeber um die Durchschnittsleistung der Mitarbeiter in konkurrierenden Unternehmen weiß. Bedacht werden muss weiterhin, dass auch einem sorgfältig arbeitenden Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen. Diese sind innerhalb gewisser Grenzen vom Arbeitgeber hinzunehmen. Auch insoweit muss der Arbeitgeber, wenn er vorträgt, die Grenze des Tolerierbaren sei überschritten, darlegen und notfalls beweisen, wie hoch die durchschnittliche Fehlerquote vergleichbarer Arbeitnehmer ist. Insoweit scheidet der Kündigungsversuch des Arbeitgebers regelmäßig daran, dass dem Arbeitgeber weder eine Quantifizierung der durchschnittlichen Leistung noch der durchschnittlichen Fehlerquote gelingt. Erst recht aber misslingt in großen, arbeitsteiligen Betrieben der Versuch des Arbeitgebers die Abweichung der Leistung des Gemobbten von der behaupteten Durchschnittsleistung zu zahlenmäßig zu bestimmen. Bei diesen Betrieben lässt sich ein Arbeitserfolg nicht unmittelbar einer einzelnen Person zuordnen, da der Erfolg das Ergebnis von Teamwork ist.

Auch muss die vorgeworfene Fehl- oder Minderleistung dem gemobbten Arbeitnehmer **zurechenbar** sein. Anderenfalls ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam.

Dem gemobbten Mitarbeiter können die Leistungsmängel seiner Arbeit bereits dann nicht zugerechnet werden, wenn **andere mögliche Ursachen** für die Fehl- oder Minderleistung des Arbeitnehmers in Betracht kommen.

Das heißt, arbeitet der Arbeitnehmer schlecht, weil die Anweisungen seines Arbeitgebers schlecht oder unklar sind, so fehlt es an der Zurechenbarkeit des Fehlverhaltens. Fordert beispielsweise der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer pauschal auf, Kundendaten zu erfassen, so kann er sich später nicht beschweren, wenn der Arbeitnehmer die Kundendaten nicht in einer Adressdatei speicherte, sondern mittels Karteikarte erfasste. Erst recht fehlt es aber an der Zurechenbarkeit des Fehlverhaltens, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gemobbt und damit dessen Leistungsmängel provoziert hat.

Entwarnung scheint demnach beim Vorwurf unterdurchschnittlicher Leistung angebracht.

**Dr. jur. Frank Sievert, Hamburg, den 15. Juli 2005**