

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einführung und Problemaufriss	19
A. Einführung	19
B. Problemaufriss anhand von ausgewählten Fallbeispielen	22
I. Begriffsbestimmung	22
II. LAG Schleswig-Holstein v. 24.02.2010 – ordentliche Kündigung einer Kassiererin wegen qualitativer Minderleistung	23
III. BAG v. 17.01.2008 - ordentliche Kündigung einer Versandarbeiterin wegen qualitativer Minderleistung	24
IV. LAG Rheinland-Pfalz v. 22.01.2009 – Kündigung eines Versicherungsvertreters wegen quantitativer Minderleistung	24
V. Typische Problemstellungen bei Minderleistungen	25
1. Überprüfung der Arbeitsbedingungen unter Zugrundelegung gesicherter arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse	26
2. Zeitliche und betriebsbezogene Komponente der Arbeitsleistung	27
3. Verfahrensrechtliche Komponente der Minderleistung	28
 Kapitel 2: Die Ermittlung der geschuldeten Arbeitsleistung	31
A. Bestimmung des Inhalts der geschuldeten Arbeitsleistung	31
I. Der Arbeitsvertrag als Typenvertrag im Anwendungsbereich der §§ 611 ff. BGB	31
II. Die Ausgestaltung des Arbeitsvertrags	33
1. Der Arbeitsvertrag als Rahmenvertrag	33
2. Konkretisierung des Leistungsrahmens durch das Nachweisgesetz	35
3. Konkretisierung des Leistungsrahmens durch Tarifverträge	38
4. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB	38
a) Erstreckung des Anwendungsbereichs auf Arbeitsverträge	39
b) Grundsätzliche Kontrollfreiheit der Hauptleistungspflichten im Rahmen der Angemessenheitskontrolle	39
c) Transparenzkontrolle bei Hauptleistungsabreden	44
d) Transparenzkontrolle und Weisungsrecht	48
e) Zwischenergebnis	49
III. Weisungs- bzw. Direktionsrecht	50
1. Billiges Ermessen	52
2. § 106 S. 3 GewO – Berücksichtigung einer Behinderung	53
3. »Eigenbereich« des Arbeitnehmers	56

IV. Zusammenfassung	60
B. Art und Güte der Leistungspflicht	61
I. Begriffsbestimmung Leistungspflicht und Leistungsmaßstab	62
II. Tarifverträge	62
III. Betriebsvereinbarungen	63
IV. Zielvereinbarungen	65
1. Begriffsbestimmung	65
2. Abgrenzung zur Zielvorgabe	67
3. Rechtliche Gestaltung von Zielvereinbarungen und Grenzen	68
V. Ansätze zur Bestimmung des Maßstabs der Leistungspflicht	
in Literatur und Rechtsprechung	70
1. Objektive Leistungsbestimmung	71
a) Leistungspflicht nach mittlerer Art und Güte im Sinne von § 243 BGB	72
b) Annahme einer antizipierten Stückschuld	74
c) Maßgeblichkeit des Anforderungsprofils des Arbeitsplatzes	75
2. Die Rechtsprechung des BAG	76
a) Die Entwicklung des individuellen Leistungsmaßstabs in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	76
b) Zusammenfassung	81
3. Kombinierte Leistungsmaßstäbe unter Berücksichtigung individueller und objektiver Kriterien	81
4. Exkurs: Objektive und subjektive Leistungsbestimmungselemente in den verschiedenen Arbeitsvertragsgesetzentwürfen und im Arbeitsvertragsgesetzbuch der DDR von 1977	84
a) Entwurf Arbeitsvertragsgesetz des Freistaates Sachsen vom 23. Mai 1995	84
b) Diskussionsentwurf Arbeitsvertragsgesetz des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht für den 59. Deutschen Juristentag	85
c) Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts des Landes Brandenburg vom 12. September 1996	86
d) Diskussionsentwurf Arbeitsvertragsgesetz Henssler/Preis	87
e) Das Arbeitsgesetzbuch der DDR von 1977	87
aa) Die Arbeitspflicht der Werktätigen nach dem AGB-DDR	88
bb) Leistungspflicht und Arbeitsorganisation	90
cc) Rechtsfolgen der Minderleistung	91
dd) Zusammenfassung	92
5. Stellungnahme zu den bisherigen Lösungsansätzen	93
a) Ablehnung des Rückgriffs auf § 243 BGB	93
b) Ausschließliches Abstellen auf das Anforderungsprofil	95
c) Die objektiv-subjektiven Alternativen als Sackgasse	96
d) Schlussfolgerung	98

Kapitel 3: Eigener Ansatz zur Ermittlung der geschuldeten Art und Güte der Arbeitsleistung	101
A. Einflussfaktoren auf die Arbeitsleistung	101
I. Wesentliche betriebsbezogene Faktoren für die Arbeitsleistung	101
1. Arbeitsfeld	102
a) Arbeitsinhalt/Arbeitskomplexität	102
b) Arbeitsziele	103
aa) Intensität und Umfang der Arbeitsleistung	103
(1) Qualitative Leistungskomponente	104
(2) Quantitative Leistungskomponente	105
(3) Stellungnahme zur Unterscheidung in qualitative und quantitative Schlechtleistung	105
bb) Geschwindigkeit der Arbeit (Arbeitstempo)	107
c) Arbeitsverfahren	107
d) Arbeitsmethodik	108
2. Arbeitsumfeld	109
a) Zeitliche Arbeitsbedingungen	109
aa) Dauer der Arbeitszeit	110
bb) Lage der Arbeitszeit	111
b) Betriebliche Komponenten	114
aa) Sachliche Arbeitsbedingungen	114
bb) Räumliche Arbeitsbedingungen	114
cc) Soziale Arbeitsbedingungen	115
II. In der Person des Arbeitnehmers begründete Faktoren	116
1. Krankheit	116
2. Behinderung	118
3. Berufliche Qualifikation	119
4. Lebensalter	120
5. Mutterschutz	121
6. Eltern- und Pflegezeit sowie längere Erwerbslosigkeit	123
III. Ergebnis	124
B. Das leistungsbezogene Pflichtengefüge des Arbeitsverhältnisses als Ausgangspunkt	125
I. Vergütungspflicht	126
II. Beschäftigungspflicht bzw. Beschäftigungsanspruch	129
1. Ansichten in Rspr. und Literatur zur allgemeinen Beschäftigungspflicht	130
a) Ablehnung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht	132
aa) Grundsätzliche Ablehnung	132
bb) Einschränkende Ablehnung bzw. Beschränkung auf Einzelfälle	132
b) Anerkennung der allgemeinen Beschäftigungspflicht	133
aa) Entwicklung und Ansatz der Rechtsprechung des BAG	134

bb) Ergänzung des Kündigungsschutzes	135
cc) Besondere Ausgestaltung der Rücksichtnahme- bzw. Förderungspflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB	136
c) Eigene Position	137
aa) Anerkennung der allgemeinen Beschäftigungspflicht	137
bb) Herleitung der allgemeinen Beschäftigungspflicht	142
cc) Inhalt der allgemeinen Beschäftigungspflicht	144
dd) Ausnahmen vom Beschäftigungsanspruch	145
ee) Abdingbarkeit des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs	146
(1) Durch Einzelvertrag	146
(2) Aufgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen	147
ff) Rechtsnatur des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs	148
2. Zusammenfassung	151
C. Erforderlichkeit eines abgestuften Konkretisierungsprozesses zur Bestimmung der Leistungspflicht	152
I. Allgemeine Anforderungen des Arbeitsplatzes	152
1. Arbeits- und Gesundheitsschutz	153
a) Beschaffenheit, Ausstattung mit Arbeitsmitteln	153
b) Erfüllung der bestehenden Organisationspflichten	153
aa) Die §§ 3 – 5 ArbSchG als Kernelemente des betrieblichen Arbeitsschutzes	154
bb) Der zivilrechtliche Individualrechtsgüterschutz des § 618 Abs. 1 BGB	156
(1) Die Generalklausel des § 618 Abs. 1 BGB	156
(2) Relativität der Schutzpflicht	158
(3) Herleitung eines Erfüllungsanspruchs aus § 618 Abs. 1 BGB	159
cc) Konkretisierung des § 618 Abs. 1 BGB durch das öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht	161
(1) Die Generalklausel des § 618 Abs. 1 BGB als Einfallstor	161
(2) Betrieblicher Arbeitsschutz als Gegenstand des § 618 Abs. 1 BGB	165
dd) Verpflichtung des Arbeitgebers zur menschengerechten Gestaltung des Arbeitsplatzes aufgrund der Einwirkung des internationalen Arbeitsschutzrechts	168
(1) Die ILO-Übereinkommen 155 und 187 als bedeutendes Arbeitsvölkerrecht	168
(2) Bedeutung der Europäischen Sozialcharta	169
(3) Unionsrecht	170
(4) Zusammenfassung	172
ee) Verpflichtung des Arbeitgebers nach innerstaatlichem Recht zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit	173
ff) Arbeitsorganisationspflicht am Beispiel der Arbeitszeitgestaltung	174

(1) Konkretisierung der Arbeitspflicht durch den Umfang der Arbeitszeit	174
(2) Auswirkungen der Lage der Arbeitszeit auf die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers am Beispiel der Nachtarbeit	176
(3) Darstellung anhand von drei Beispielsfällen	179
(a) Kassiererin (Fall 1)	179
(b) Sorter-Versand (Fall 2)	180
(c) Kommissionierer im Kühlraum	181
2. Zusammenfassung	183
II. Voraussetzungen und Anforderungen des Arbeitsplatzes an die konkrete Person des Arbeitnehmers	184
1. Anforderungsprofil und Stellenausschreibung	184
a) Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes als unternehmerische Entscheidung bei der erstmaligen Besetzung eines Arbeitsplatzes	184
b) Grundlagen für die Festlegung eines Anforderungsprofils	188
c) Anforderungsprofiländerungen im Verlauf eines bestehenden Arbeitsverhältnisses	189
aa) Ohne vertraglichen Änderungsvorbehalt	189
bb) Mit vertraglichem Änderungsvorbehalt	193
2. Eigenständiges Abweichen des Arbeitgebers vom Anforderungsprofil bei der Einstellung des Arbeitnehmers	195
III. Subjektive und individuelle Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers	196
1. Fehlendes Gewährleistungsrecht	197
2. Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers	200
3. Konkrete Einwirkung des Arbeitsschutzgesetzes auf die Arbeitspflicht am Beispiel des § 7 ArbSchG	201
a) Befähigungsbegriff	203
b) Aufgaben im Sinne des § 7 ArbSchG	206
c) Feststellung der Befähigung durch den Arbeitgeber	209
aa) Erstmalige Aufnahme der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer	209
bb) Zweifel am Bestehen einer ausreichenden Befähigung und Kontrolle der Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis	214
(1) Verdachtsunabhängige Untersuchungen der Befähigung	215
(2) Untersuchungen bei konkreten Verdachtsmomenten	216
d) Rechte des Arbeitnehmers bei einer nicht fähigkeitsgerechten Beschäftigung	218
aa) Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers	218
bb) Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers	219
cc) Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach § 615 BGB	221
e) Zusammenfassung	222

4. Die Regelungsgegenstände des § 81 BetrVG	223
IV. Zusammenfassung	231
Kapitel 4: Rechte auf individuelle Anpassung des Arbeitsverhältnisses	233
A. Minderleistung aufgrund gesundheitsbedingter Beeinträchtigung des Arbeitnehmers	233
I. Der Anpassungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber	233
1. Exkurs: Anpassungsanspruch zugunsten schwerbehinderter Beschäftigter nach § 81 Abs. 4 SGB IX	234
a) Rechtsdogmatische Einordnung des Anspruchs	235
b) Schutzzweck und Inhalt des Anpassungsanspruchs	236
c) Grenzen des Anpassungsanspruchs	239
d) Durchsetzung des Anpassungsanspruchs	245
2. Anpassungsanspruch für Menschen mit Behinderung	247
3. Allgemeiner Anspruch zur Vertragsanpassung bei gesundheitsbedingter Leistungsminderung	248
a) Anwendungsbereich	249
aa) Fall 4	249
bb) Fall 5	250
cc) Fall 6	251
b) Rechtsprechung des BAG zum allgemeinen Vertragsanpassungsanspruch	251
aa) Herleitung eines allgemeinen Vertragsanpassungsanspruchs durch das BAG	251
bb) Meinungsstand zu den Grenzen des Vertragsanpassungsanspruchs	253
c) Stellungnahme	254
aa) Rechtsdogmatische Einordnung als verhaltener Anspruch	258
bb) Abgrenzung zur Vertragsanpassung nach § 313 BGB	258
cc) Rechtliche Grundlagen und Inhalt des Anpassungsanspruchs	260
(1) Die Kenntnis- und fähigkeitsgerechte Tätigkeit wird von der bisher vereinbarten Arbeitsleistung erfasst	261
(a) § 618 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage	261
(b) Inhalt des Vertragsanpassungsanspruchs	262
(c) Bedeutung für Fall 4	264
(2) Übertragung einer fähigkeitsgerechten Tätigkeit durch Vertragsänderung	265
(a) Anspruch auf Vertragsänderungsverhandlungen nach § 618 Abs. 1 BGB	265
(aa) Rechtliche Grundlagen	265
(bb) Inhalt des Vertragsanpassungsanspruchs	266

(b) Vertragsanpassung durch Änderungskündigung des Arbeitgebers	267
dd) Grenzen des Anpassungsanspruchs	268
(1) Fähigkeitsgerechte Tätigkeit wird vom ursprünglichen Arbeitsvertrag erfasst	268
(a) »Natur der Dienstleistung« nach § 618 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrenze	269
(b) Zumutbarkeit als Grenze des Anpassungsbegehrrens	269
(2) Fähigkeitsgerechte Tätigkeit jenseits des Direktionsrechts	270
(a) Entgegenstehende Interessen des Arbeitgebers und anderer Arbeitnehmer	271
(b) Intensität der Einwendungen des Arbeitgebers	272
(c) Auswirkungen auf die Fälle 5 und 6	276
(3) Konkurrenz mehrerer Arbeitnehmer um einen freien fähigkeitsgerechten Arbeitsplatz	277
(4) Konkurrenz mehrerer Arbeitnehmer um einen besetzten Arbeitsplatz	278
d) Durchsetzung des Anpassungsanspruchs	279
II. Das Verfahren des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX	281
1. Durchführung des BEM	282
2. Kollektivrechtliche Einwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrats	284
3. Ergebnisse des Verfahrens	286
4. Ergebnis	286
B. Zusammenfassung	287
 Kapitel 5: Kompensation der wirtschaftlichen Auswirkungen von Minderleistungen durch sozialrechtliche Instrumente	289
A. Sozialrechtliche Regelungsinstrumente bei behinderungsbedingter Minderleistung	289
I. Minderleistungsausgleich nach § 102 Abs. 3 Nr. 2 e SGB IX i.V.m. § 27 SchwBAV	289
1. Leistungsvoraussetzungen und Leistungsinhalt	290
2. Keine dauerhafte Leistung des Minderleistungsausgleichs	295
II. Eingliederungszuschüsse nach § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 3 SGB IX	298
B. Ergebnis	300
 Kapitel 6: Die Kündigung wegen Minderleistung	303
A. Feststellung und Nachweis einer Minderleistung	304

I. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Anforderungen an die Darlegung einer Minderleistung durch den Arbeitgeber	304
II. Ansichten in der Literatur zu den Darlegungsanforderungen	305
III. Stellungnahme	306
1. Soll-Leistung des Arbeitnehmers als Ausgangspunkt	306
2. Ermittlung der Ist-Leistung des Arbeitnehmers	307
a) Nachvollziehbare und lückenlose Dokumentation der Arbeitsleistung	307
b) Grenzen der Dokumentation des Leistungsverhaltens des Arbeitnehmers	308
3. Andere Vergleichsmaßstäbe als Hilfskonstruktionen	309
a) Die Arbeitsleistungen vergleichbarer Arbeitnehmer	309
aa) Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer	311
(1) Vergleichbare Tätigkeiten	313
(2) Vergleichbare berufliche Qualifikation	313
(3) Vergleichbare Dauer der Tätigkeitsausübung	313
(4) Vergleichbare Arbeitsbedingungen	314
(5) Keine zwingend homogene Altersstruktur der Vergleichsgruppe	315
bb) Transparenz und Nachvollziehbarkeit als Grundlagen der Vergleichsgruppenbildung	317
cc) Keine zwingende betriebsbezogene Vergleichsgruppenbildung	318
b) Heranziehen eigener früherer Arbeitsleistungen als Vergleichsmaßstab	321
c) Bedeutung von Zielvereinbarungen für die Darlegung von Minderleistungen	322
aa) Gegenwärtiger Meinungsstand	322
bb) Stellungnahme	323
4. Ergebnis	325
B. Kündigung wegen Minderleistung im Anwendungsbereich des KSchG	325
I. Personenbedingte Minderleistung	327
1. Mögliche personenbedingte Kündigungsgründe	329
a) Krankheitsbedingte Minderleistung	330
b) Qualifikationsbedingte Minderleistung	331
c) Behinderungsbedingte Minderleistung	332
d) Altersbedingte Minderleistung	335
e) Zusammenfassung	337
2. Vorliegen einer Minderleistung und Erfüllung der Organisationspflichten	337
3. Erheblichkeit bzw. Dauerhaftigkeit der Minderleistung als kündigungsrechtliche Voraussetzung	338

a) Gegenwärtiger Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	338
aa) Erheblichkeit der Leistungsunterschreitung	339
bb) Dauerhaftigkeit der Leistungsunterschreitung	342
b) Stellungnahme	343
c) Darlegungs- und Beweislastverteilung bzgl. der erheblichen und dauerhaften Leistungsunterschreitung	346
aa) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	346
bb) Stellungnahme	348
4. Soziale Rechtfertigung der personenbedingten Kündigung wegen Minderleistung	350
a) Negative Leistungsprognose	351
aa) Grundlegende Anforderungen an die negative Leistungsprognose	351
bb) Besonderheiten der krankheitsbedingten Minderleistung	353
(1) Arbeitsbedingte Erkrankung	353
(2) Stellungnahme	355
(3) Zusammenfassung	357
cc) Darlegungs- und Beweislast	358
b) Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	361
aa) Einwirkungen der sozialrechtlichen Eingliederungszuschüsse auf den Bestandsschutz des bestehenden Arbeitsverhältnisses	363
bb) Darlegungs- und Beweislast	366
c) Verhältnismäßigkeitsprüfung und Interessenabwägung	368
aa) Ultima-ratio-Prinzip	369
(1) Minderung des Arbeitsentgelts	370
(2) Abmahnung	371
bb) Konkrete Interessenabwägung	374
5. Ergebnis	375
II. Verhaltensbedingte Kündigung	376
1. Pflichtverletzung des Arbeitnehmers	378
a) Begriff	378
b) Erheblichkeit der Pflichtverletzung	379
c) Verschulden und gerechtfertigtes Zurückhalten der individuellen Leistungsfähigkeit	383
d) Darlegungs- und Beweislastverteilung	385
2. Negative Zukunftsprognose (Leistungsprognose)	385
a) Erforderlichkeit einer negativen Leistungsprognose	385
b) Abmahnung	387
3. Verhältnismäßigkeit und Interessenabwägung	390
4. Ergebnis	392
C. Kündigung wegen Minderleistung außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG	393

Inhaltsverzeichnis

D. Außerordentliche Kündigung wegen Minderleistung nach § 626 BGB	395
Kapitel 7: Thesen	397
Literatur	405