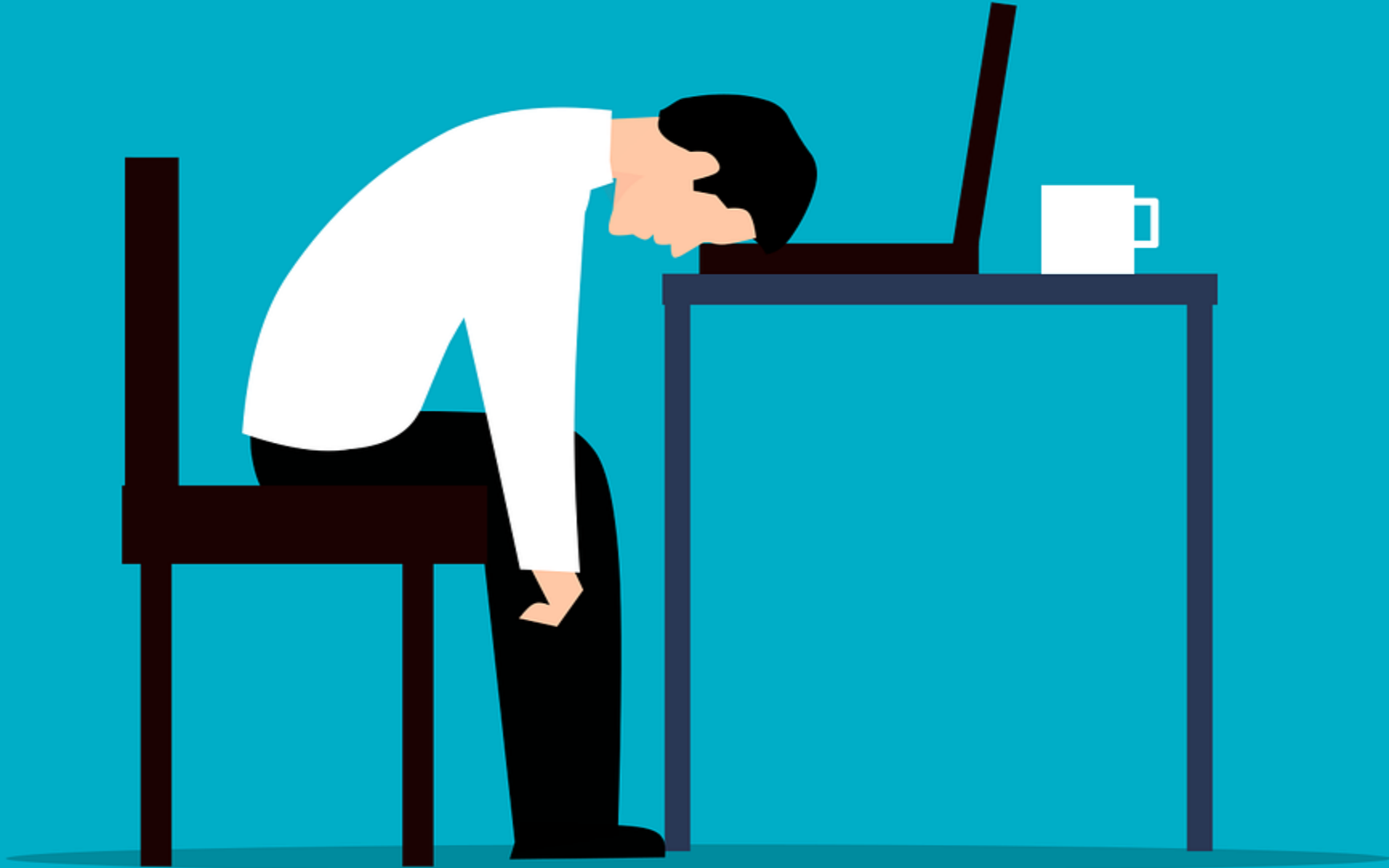


Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis



Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Leistungspflicht und Ursachen für Leistungsmängel

Teil 2: Aufklärungsmaßnahmen

Teil 3: Maßnahmen bei unverschuldeten Leistungsmängeln

Teil 4: Maßnahmen bei verschuldeten Leistungsmängeln

Teil 5: Umgang mit Low Performern

Teil 1:

Leistungspflicht und Ursachen für Leistungsmängel

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Leistungspflicht (1/6)

- Wann liegt ein Leistungsmangel vor?

Bundesarbeitsgericht: „Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut wie er kann.“

- „*muss tun, was er soll*“: Inhalt der geschuldeten Leistung richtet sich nach dem Arbeitsvertrag / dem Weisungsrecht.
- „*so gut wie er kann*“: subjektives Leistungsvermögen des Arbeitnehmers ist entscheidend.
 - ✓ Kein objektiver Maßstab, da der Arbeitsvertrag keine "Erfolgshaftung" beinhaltet.
 - ✓ Ein Arbeitnehmer schuldet nur das "Wirken", nicht das "Werk".
 - ✓ Keine Bestimmbarkeit des Leistungsvermögens durch den Arbeitgeber.
 - ✓ Arbeitnehmer schuldet die Qualität und Quantität, die er unter angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten zu erbringen in der Lage ist.

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Leistungspflicht (2/6)

Arten der Leistungsmängel

Minderleistung	Der Mitarbeiter erbringt eine mengenmäßig unzureichende Arbeitsleistung. (Abweichung von der Leistung vergleichbarer Mitarbeiter)	Vertriebserfolge eines Vertriebsmitarbeiters erreichen nur 40 % bis 50 % des Durchschnitts anderer vergleichbarer Vertriebsmitarbeiter.
Schlechtleistung	Der Mitarbeiter leistet eine unzureichende Arbeitsgüte. (Abweichung von der Fehlerquote vergleichbarer Mitarbeiter)	Der Entwickler erstellt Programme mit überdurchschnittlicher Fehlerhäufigkeit.
Nichtleistung	Der Mitarbeiter erbringt keine Arbeitsleistung.	Der Assistent erscheint nicht zur Arbeit.

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Leistungspflicht (3/6)

Der "Soll-Ist-Vergleich":

Soll	Ist	Vergleich
Was soll er tun?	Was hat er tatsächlich getan?	Welche Folgen hatte das?
Wie soll er es machen?	Wie hat er es tatsächlich gemacht?	Welche Folgen hatte das?
Wie soll er sich verhalten?	Wie hat er sich verhalten?	Was ist daraufhin passiert?

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Leistungspflicht (4/6)

**Problem der
„Soll-Leistung“:**

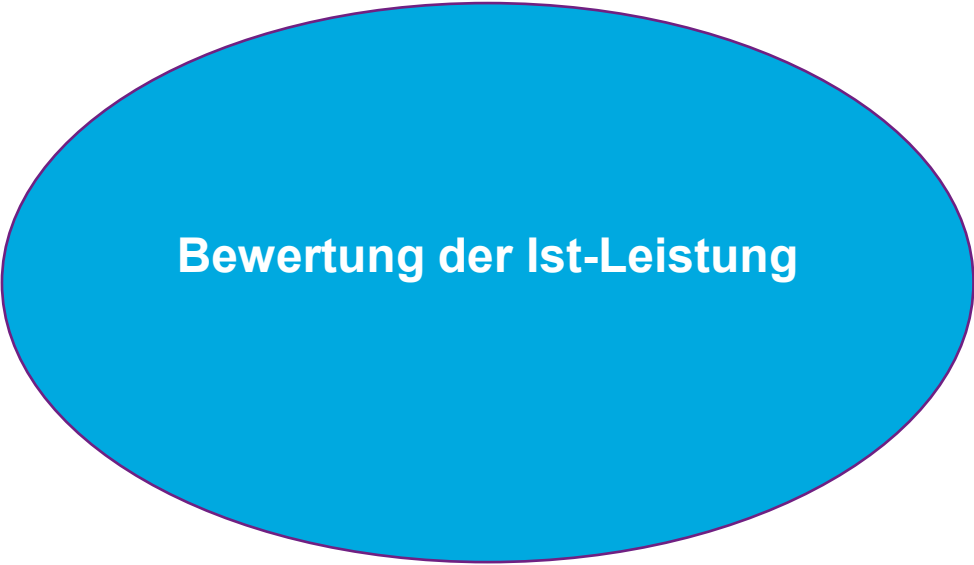
**Welche Leistung ist
"normal", welche
unzureichend und welche
überdurchschnittlich?**

- Durchschnittsleistung vergleichbarer Kollegen:
 - ✓ Aufgabenstellung der Kollegen.
 - ✓ Normalleister.

- Eigene frühere (Durchschnitts-)Leistung des betroffenen Arbeitnehmers:
 - ✓ Signifikanter Rückgang der Leistung, ohne dass dies durch Veränderungen der Umstände der Arbeit erklärbar ist.

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Leistungspflicht (5/6)



Bewertung der Ist-Leistung

- Abweichungen zur Soll-Leistung können unter Toleranzgrenze fallen.
- Jedem Arbeitnehmer unterlaufen schon einmal Fehler, jeder Mensch unterliegt Leistungsschwankungen.
- Auch bei unterdurchschnittlichen Leistungen kann der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit zu 100% ausschöpfen.
- Leistungsmängel müssen daher – um eine Kündigung rechtfertigen zu können – über einen bestimmten Zeitraum erfolgen und eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten.

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Leistungspflicht (6/6)

Beispiele für Leistungsmängel:

Quantifizierung der Minder- bzw. Schlechtleistung	Entscheidung
Ca. dreimal so viele Packfehler einer Lager- und Versandarbeiterin.	BAG v. 17.01.2008 – 2 AZR 536/06: Grundsätzliche Eignung als Kündigungsgrund , da qualitativ erheblich unterdurchschnittliche Leistung.
Keinerlei Akquisitionserfolg eines Business Development Executive (BDE) trotz Bestehens der Möglichkeit, Geschäftsabschlüsse zu tätigen.	BAG v. 03.06.2004 – 2 AZR 386/03 : Kündigungsgrund , da das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachhaltig gestört ist.
Minderleistung von deutlich mehr als 1/3 eines vergleichbaren Kommissionierers.	BAG, Urteil vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02: Grundlegende Störung des Leistungsgleichgewichts über Zeitraum von zwei Jahren und daher grundsätzliche Eignung als Kündigungsgrund .

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Ursachen (1/2)

Kann der Arbeitnehmer etwas für den Leistungsmangel oder nicht? Macht der Arbeitnehmer „willentlich“ etwas falsch, d.h. er kann sein Verhalten aktiv beeinflussen („steuern“)?

- Klassische Beispiele für steuerbares Verhalten:
 - gezielte Schlechtleistung
 - Arbeitsverweigerung
 - unbefugtes Verlassen des Arbeitsplatzes
 - eigenmächtiger Urlaubsantritt
 - Diebstahl / Betrug / Untreue und andere gezielte Vermögensschädigungen des Arbeitgebers

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Ursachen (2/2)

- Klassische Fälle von nicht steuerbarem Verhalten:
 - Alkoholerkrankung
 - Schaden aufgrund plötzlicher Bewusstlosigkeit

Abgrenzungsschwierigkeiten?

- „Alkoholkonsum“: Gesteuert oder Erkrankung?
- Low Performer: „Bewusst“ schlecht arbeiten oder kann der Arbeitnehmer nicht besser, obwohl er seine gesamte Arbeitskraft abrufen?

Teil 2:

Aufklärungsmöglichkeiten

- Fragerecht des Arbeitgebers
- Krankenrückkehrgespräch
- Alkohol- und Drogentest
- Eignungsuntersuchung
- E-Mail- und Internetkontrolle
- Detektiveinsatz

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Aufklärungsmöglichkeiten – Fragerecht (1/6)



- **Ausgangslage bei Fragen des Arbeitgebers**

- Der Arbeitgeber hat ein Interesse an einer reibungslosen Arbeitsleistung (betriebliches Interesse).
- Dem Arbeitnehmer steht ein allgemeines Persönlichkeitsrecht und ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu. Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten unterliegt hohen Anforderungen nach DSGVO und BDSG.

- **Erforderliche Interessenabwägung:**

- Fragen des Arbeitgebers nach Erkrankungen sind nur zulässig, wenn sie einen Tätigkeitsbezug aufweisen und ein berechtigtes, billigenwertes und schützenswertes Interesse des Arbeitgebers besteht.
 - Einzelfallentscheidung.
 - Nur dann trifft den Arbeitnehmer eine Offenbarungspflicht.

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Aufklärungsmöglichkeiten – Fragerecht (2/6)



- Keine allgemeine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers nach Ursachen seiner Erkrankung.
- „Faustformel“: Je weniger die Frage mit der Tätigkeit in Zusammenhang steht und je mehr sie die Person selbst „ausforscht“, desto eher ist sie als unzulässig einzustufen.
- **Was gilt bei unzulässigen Fragen?**

Unzulässig ist grundsätzlich die Frage nach der Schwangerschaft, weil diese eine Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellt (BAG 06.02.2003 – 2 AZR 621/01), ebenso nach einer bestehenden Behinderung oder der Rauchereigenschaft.

 - Arbeitnehmer hat ein „Recht zur Lüge“.
 - Wird aber eine zulässige Frage wahrheitswidrig beantwortet, kann der Arbeitgeber den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten. Der Arbeitsvertrag endet dann mit Zugang der Anfechtungserklärung.
 - Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers möglich und Bußgeld bei einer unzulässigen Verarbeitung von personenbezogenen Daten.

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Aufklärungsmöglichkeiten – Fragerecht (3/6)



- **Mögliche Fragen im Einstellungsbogen/-gespräch können sein (einzelfallabhängig):**
 - *Liegt eine Krankheit bzw. eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustands vor, durch die Ihre Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist?*
 - *Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch die zukünftigen Kollegen oder Kunden gefährden?*

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Aufklärungsmöglichkeiten – Fragerecht (4/6)



- **Beispiel BAG-Entscheidung zu Fragerecht während des Arbeitsverhältnisses (d.h. nach Beginn des Arbeitsverhältnisses):**

Arbeitgeber gibt im Vorfeld von Kündigungen Fragebögen an die Arbeitnehmer wegen Sozialauswahlkriterien aus. Enthalten ist u.a. die Frage nach Schwerbehinderung / Gleichstellung.

Arbeitnehmer beantwortet die Frage mit Nein. Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis, ohne zuvor die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen.

➤ BAG, Urteil vom 16.02.2012 – 6 AZR 553/10:

1. *Die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag ist im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach sechs Monaten, d.h. ggf. nach Erwerb des Behindertenschutzes gemäß §§ 85 ff. SGB IX, zulässig. Das gilt insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen.*

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Aufklärungsmöglichkeiten – Fragerecht (5/6)



2. *Verneint der schwerbehinderte Arbeitnehmer die Frage nach seiner Schwerbehinderung im Vorfeld einer Kündigung wahrheitswidrig, ist es ihm im Kündigungsschutzprozess unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf seine Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen.*

- **Generell Achtung bei „anlasslosen“ Fragen nach einer Behinderung:**

- Behinderte Menschen fallen in den Schutzbereich des AGG. Es gilt ein Diskriminierungsverbot.
- Arbeitnehmer kann Schadensersatzansprüche geltend machen. Er muss in dem Prozess nach § 22 AGG nur Indizien für eine Diskriminierung vortragen. Der Arbeitgeber muss dann vollen Gegenbeweis erbringen.
- Achtung: Dies gilt nur für die Fragen nach der Behinderung. Die Erkrankung / der Gesundheitszustand fällt nicht in den Anwendungsbereich des AGG.

Leistungsmängel im Arbeitsverhältnis

Aufklärungsmöglichkeiten – Fragerecht (6/6)



Praxistipp:

- Fragen können „offen“ gestellt werden, so dass der Arbeitnehmer zum Reden „animiert“ wird.

Mögliche Fragen sind zum Beispiel:

- *Wo sehen Sie einen Zusammenhang zwischen Ihrer Erkrankung und Ihrer Tätigkeit?*
- *Wie werden Sie bei Ihrer Tätigkeit aufgrund Ihrer Erkrankung eingeschränkt?*
- *Können Sie Ihre Tätigkeit noch ausüben? Wenn nein, warum nicht?*

Ursachen der Leistungsmängel

Aufklärungsmöglichkeiten - Krankenrückkehrgespräche



Krankenrückkehrgespräche

- Besonderheit: gezielte Ansprache von Arbeitnehmern nach Wiedergenesung.
- Arbeitnehmer trifft eine Teilnahmepflicht (vgl. zum Personalgespräch BAG v. 02.11.2016 – 10 AZR 596/15).
- Mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (vgl. BAG. v. 08.11.1994 - 1 ABR 22/94), wenn Gespräche nach abstrakt definierten Kriterien geführt werden.
 - Regelungsgegenstand ist nicht das "Krankheitsverhalten", sondern das Verhalten der Arbeitnehmer bei der Führung der Gespräche selbst.

Ursachen der Leistungsmängel

Aufklärungsmöglichkeiten – Alkohol- und Drogentests

Alkohol- und Drogentests:

**Art. 2 Abs. 2 GG:
Grundrecht auf
körperliche
Unversehrtheit**

**Weder Zwang zur
Untersuchung noch zur
Mitwirkung an einer
Analyse**

**Bei begründetem
Verdacht auf
Beeinträchtigung der
Leistungsfähigkeit
durch Alkohol/Drogen:**

**Arbeitgeber kann direkt
Sanktion ergreifen, u.U.:
gestützt auf den
Verdacht**

Ursachen der Leistungsmängel

Aufklärungsmöglichkeiten – Eignungsuntersuchung

Eignungsuntersuchungen im laufenden Arbeitsverhältnis:

- Grundsätzlich keine gesetzliche Rechtsgrundlage
 - Rechtsgrundlage muss sich aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag ergeben.
- Zulässigkeit wird bejaht (umstr.), wenn
 - 1) begründeter Anlass besteht, aus dem sich
 - 2) die Notwendigkeit einer Untersuchung ergibt und
 - 3) die Untersuchung nicht zu einem erheblichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit führt und damit keine Gesundheitsnachteile bzw. -risiken entstehen (ArbG Hamburg v. 01.09.2006 – 27 Ca 136/06).

Ursachen der Leistungsmängel

Aufklärungsmöglichkeiten – E-Mail- und Internetkontrolle

E-Mail- und Internetkontrolle

**Erlaubte oder geduldete
Privatnutzung:**

**Arbeitgeber hat (h.M.)
das
Fernmeldegeheimnis zu
beachten (§ 3 TTDSG);
zudem § 26 BDSG**

**Verbot der privaten
Nutzung:**

**TTDSG findet keine
Anwendung, aber
§ 26 BDSG beachten**

Ursachen der Leistungsmängel

Aufklärungsmöglichkeiten – Detektiveinsatz (1/2)

Einsatz eines Detektivs?

- Grundsatz:
Überwachung durch Privatdetektiv ist schwerwiegender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht
- Ausnahme der Rechtfertigung:
Schwerwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers sind beeinträchtigt und Überwachung ist die einzige Möglichkeit, diese Interessen zu wahren.



Ursachen der Leistungsmängel

Aufklärungsmöglichkeiten – Detektiveinsatz (2/2)

- Anforderungen sind i.d.R. (BAG, Urt. v. 29.06.2017 – 2 AZR 597/16 und v. 27.05.2020 – 5 AZR 387/19):
 - Aufklärung von Straftaten oder schweren Pflichtverletzungen;
 - konkreter Tatverdacht gegen einen Arbeitnehmer;
 - betriebsinterne Ermittlungsmaßnahmen sind nicht erfolgsversprechend oder bereits gescheitert;
 - keine andere Möglichkeit zum Nachweis des Fehlverhaltens.



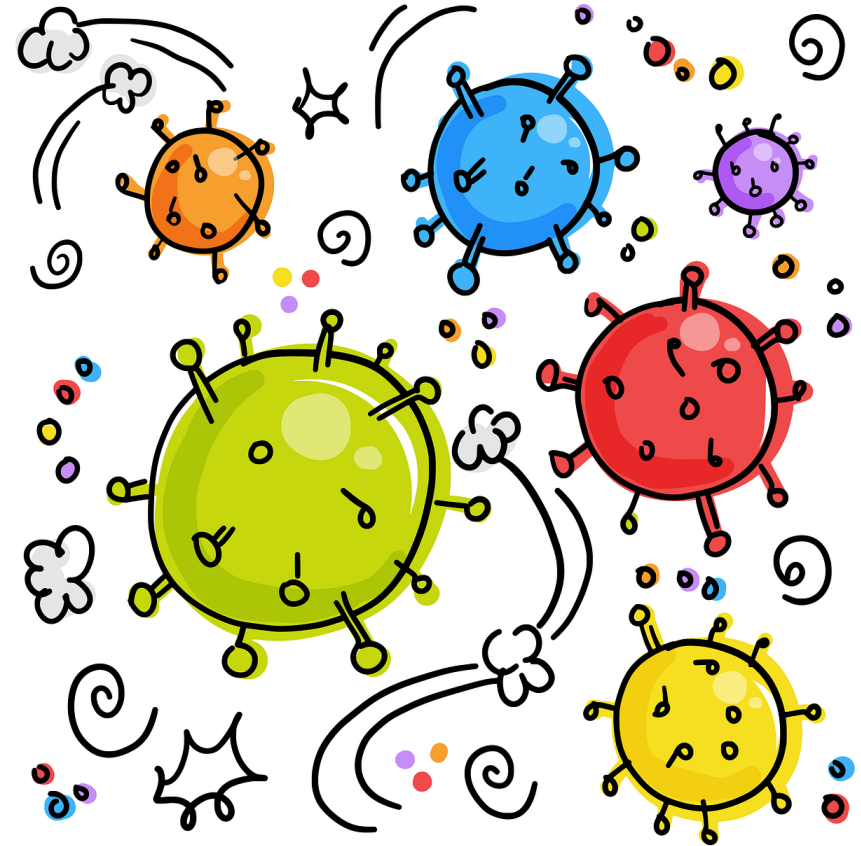
Teil 3:

Maßnahmen bei unverschuldeten Leistungsmängeln

Unverschuldete Leistungsmängeln

Überblick: Krankheit und Arbeitsunfähigkeit (1/3)

- Unter Krankheit ist jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand zu verstehen, vgl. BAG, Urt. v. 09.10.2002 – 5 AZR 443/01.
- Arbeitsunfähig ist, wer aufgrund von Krankheit seine nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen kann, vgl. BAG, Urt. v. 29.01.1992 – 5 AZR 37/91.
- Nicht jede Krankheit führt zur Arbeitsunfähigkeit.

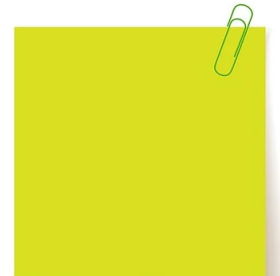
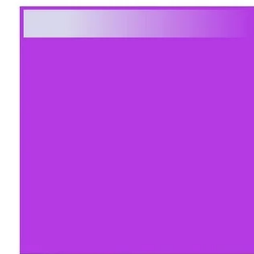
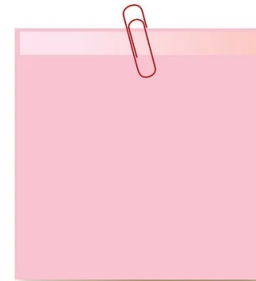
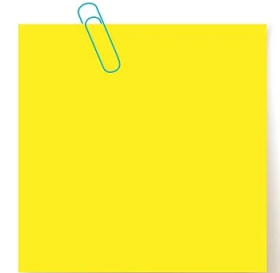


Unverschuldete Leistungsmängel

Überblick: Krankheit und Arbeitsunfähigkeit (2/3)

Den Arbeitnehmer treffen bei Auftreten einer (krankheitsbedingten) Arbeitsunfähigkeit folgende Pflichten:

- Anzeigepflicht
- Nachweispflicht
- Pflicht zur Gesunderhaltung?
- Auskunftspflicht über Erkrankungen und Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses?



Unverschuldete Leistungsmängeln

Überblick: Krankheit und Arbeitsunfähigkeit (3/3)

- Pflicht zur Gesunderhaltung?
 - Keine gesetzliche Pflicht im allgemeinen Arbeitsrecht.
 - Vertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers, sich nicht mutwillig die Arbeitskraft zu nehmen.
 - Ausschluss der Entgeltfortzahlung bei verschuldeter Arbeitsunfähigkeit.
- Auskunftspflicht über Erkrankungen und Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses?
 - Wenn Anforderungen objektiv nicht (mehr) erfüllt werden können,
 - eingeschränkt im Rahmen eines beruflichen Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 2 SGB IX),
 - bei Fragen nach der voraussichtlichen Dauer von Erkrankungen und
 - wenn Entgeltfortzahlung aufgrund des Vorliegens mehrerer Erkrankungen für mehr als 6 Wochen begehrt wird (Auskunftspflicht über Grundursachen von Erkrankungen).

Unverschuldete Leistungsmängeln

Überblick: Behinderung

- § 2 SGB IX: Menschen mit Behinderungen leiden unter einer Beeinträchtigung, die sie an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern kann. Eine Beeinträchtigung nach Satz 1 liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht.
- Menschen sind schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt.
- Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen Menschen mit Behinderungen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die sonstigen Voraussetzungen vorliegen.



Unverschuldete Leistungsmängel

Übersicht mögliche Maßnahmen



Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Medizinischer Dienst der Krankenkassen

- Arbeitgeber kann Untersuchung durch MDK (§ 275 SGB V) beantragen.
- Krankenkassen sind bei geschilderten Zweifeln an Arbeitsunfähigkeit verpflichtet, MDK einzuschalten.
 - Problem: Krankenkassen agieren häufig erst nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraumes von 6 Wochen.
- Entzieht sich der Arbeitnehmer bewusst der Untersuchung = Indiz für vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit (vgl. LAG Hamm. v. 29.01.2003 – 18 Sa 1137/02: Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung).

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: bEM (1/3)

- Wann muss es durchgeführt werden?
 - § 167 Abs. 2 SGB IX.
 - Es ist keine durchgängige Krankheitsperiode von 6 Wochen erforderlich (BAG, Urt. v. 24.03.2011 – 2 AZR 170/10).
 - Die Initiativlast für die Einbindung der in § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX genannten Stellen trägt der Arbeitgeber (BAG, Beschl. v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18).

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: bEM (2/3)

Verfahrensablauf:

- Ziel: Klärung, auf welchen Ursachen die Arbeitsunfähigkeit beruht und mit welchen Mitteln sie überwunden werden kann.
- Der Arbeitgeber muss sich erkundigen, d. h. er soll Fragen stellen.
 - Es schließt sich der Kreis zum Fragerecht des Arbeitgebers (s.o.).
- Eine Pflicht zur Aussage / Rückmeldung / Zustimmung besteht für den Arbeitnehmer nicht.
 - Wenn schon das Verfahren überhaupt von seiner Zustimmung abhängt, kann er erst recht die Antwort auf einzelne Fragen verweigern.

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: bEM (3/3)

Rechtsfolgen eines Verstoßes:

- Keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigung.
- Wenn aber kein BEM durchgeführt wurde: Arbeitgeber darf keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile in einem Kündigungsschutzverfahren haben.
 - Arbeitgeber kann zwar behaupten, dass es keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer gibt.
 - Bestreitet der Arbeitnehmer dies: Arbeitgeber muss umfassend zu Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vortragen: warum keine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes möglich ist und warum eine Beschäftigung auf einem anderen leidensgerechten Arbeitsplatz ausscheidet.

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Eignungsuntersuchung

- Siehe oben:
 - Zulässig, wenn unter anderem ein begründeter Anlass besteht, aus dem sich die Notwendigkeit einer Untersuchung ergibt.
- Begründen hohe Fehlzeiten einen Anlass?
 - Wohl nein.



Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Versetzung

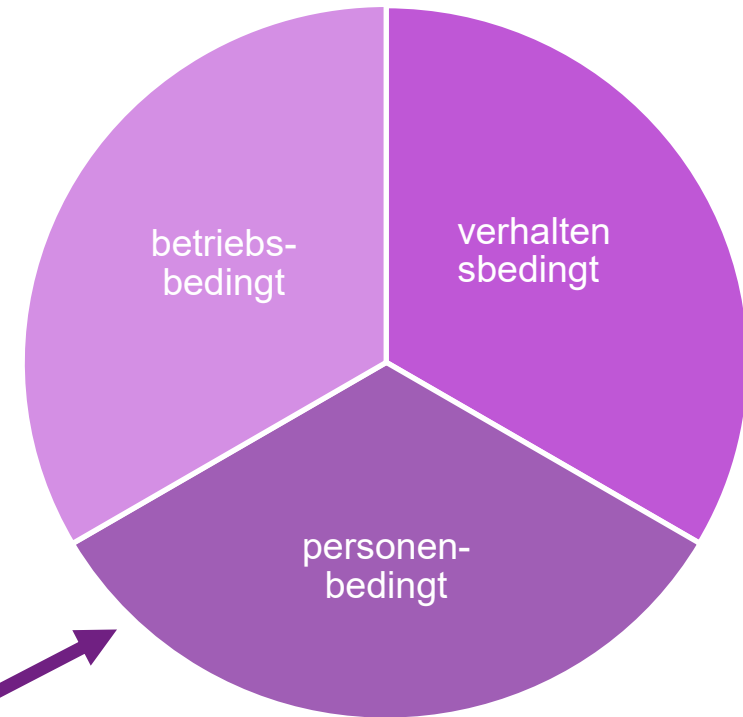
- Definition: Zuweisung einer anderen Tätigkeit.
- Die Versetzung muss kraft des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts erlaubt sein, ansonsten muss eine Änderungskündigung (die hohen Anforderungen unterliegt) ausgesprochen werden.
- Die Versetzung unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrates (§ 99 BetrVG).



Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (1/11)

Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar?	
Betrieb mit i.d.R. mehr als 10 Arbeitnehmern (§ 23 Abs. 1 S. 2 bis 4 KSchG)	Betroffener Arbeitnehmer länger als 6 Monate beschäftigt (§ 1 Abs. 1 KSchG)
Kündigungsgrund erforderlich	



Unverschuldete Leistungsmängel

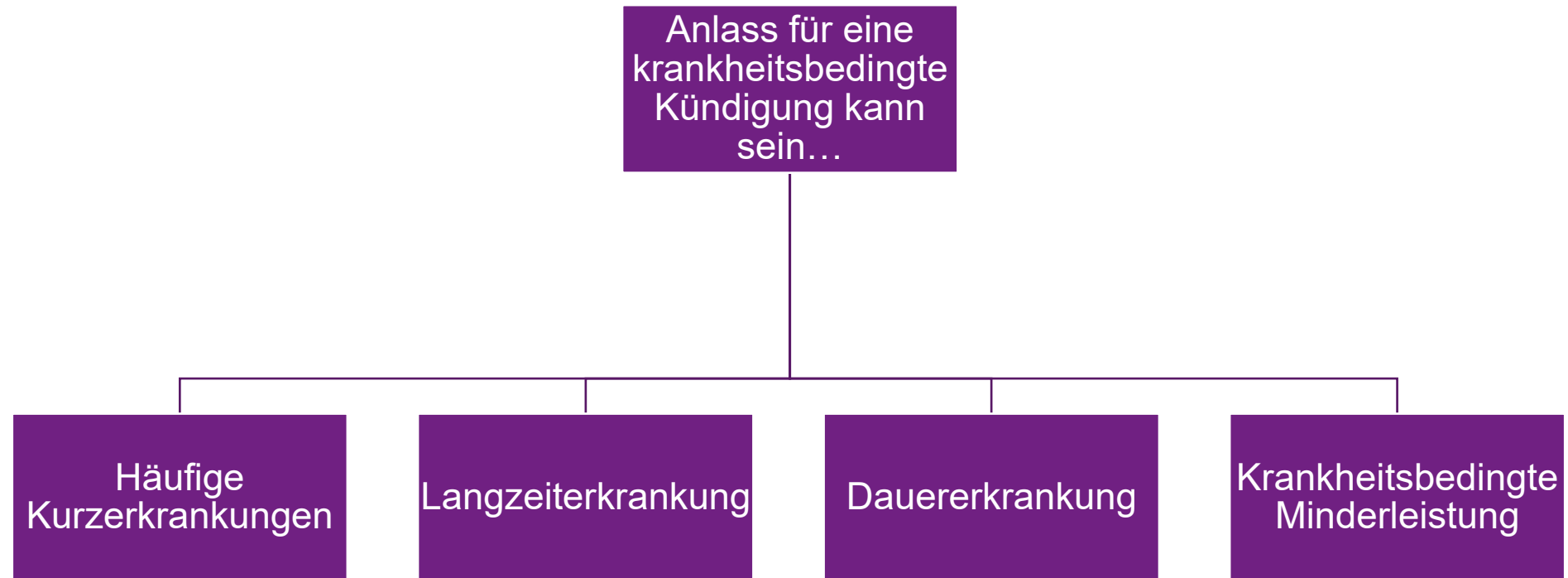
Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (2/11)

- Personenbedingt:
Arbeitnehmer kann nicht, wie er soll (nicht steuerbares Verhalten).
- Verhaltensbedingt:
Arbeitnehmer tut es nicht oder tut es nicht wie er soll, obwohl er könnte (steuerbares Fehlverhalten).
- Abgrenzungsprobleme bei Suchterkrankungen und psychischen Erkrankungen.
- „Sonderfall“: Low-Performer.



Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (3/11)



Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (4/11)

- Entscheidend ist die Störung des Vertragsverhältnisses für die Zukunft, nicht die Störung in der Vergangenheit (Prognoseprinzip).
 - Aus der Vergangenheit kann aber auf die Zukunft geschlossen werden.

Beispiel: Fehlzeiten bei Krankheiten.
 - Wiederholte Fehlzeiten über einen längeren Zeitraum sprechen dafür, dass auch in Zukunft Fehlzeiten zu erwarten sind.
- Es erfolgt eine 3-Stufen-Prüfung.

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (5/11)

1. Schritt: Negative Gesundheitsprognose

- Wiederherstellung der Gesundheit in der Zukunft ist nicht wahrscheinlich.
 - Bei Kurzzeiterkrankungen z. B. mind. 25 % Fehlzeit über einen Zeitraum von 3 aufeinander folgenden Kalenderjahren.
 - Bei Langzeiterkrankungen: kann zum Beispiel bei 1,5 Jahren ununterbrochener Fehlzeit bejaht werden (einzelfallabhängig). Feste Werte gibt es nicht.
 - Achtung bei Nachlassen der Leistungsfähigkeit im Alter:
Kündigung nur dann gerechtfertigt, wenn der Leistungsabfall gegenüber vergleichbaren älteren Arbeitnehmern erheblich stärker ausfällt.

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (6/11)

- Bei dauerhafter Arbeitsunfähigkeit?
 - Die dauerhafte Unfähigkeit indiziert eine negative Prognose hinsichtlich der künftigen Entwicklung des Gesundheitszustands (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13).
- Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit ist im Kündigungszeitpunkt ungewiss:
 - Der dauernden Leistungsunfähigkeit steht es kündigungsrechtlich gleich, wenn im Kündigungszeitpunkt die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers völlig ungewiss ist (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13).

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (7/11)

2. Schritt: Beeinträchtigung betrieblicher Interessen:

- Der Arbeitgeber muss einen Nachteil erleiden.
- Klassische Beispiele:
 - Belastung des Arbeitgebers durch betriebliche Ablaufschwierigkeiten (z. B. Einsatz von Vertretern / Leiharbeitnehmern etc.).
 - Mehrarbeit anderer Mitarbeiter.
 - Bei Dauererkrankungen genügt nach der Rechtsprechung der Verlust des Weisungsrechts.

3. Schritt: Interessenabwägung:

- Die gesamten Umstände sind entscheidend. Klassische Beispiele:
 - Ursache für die Erkrankung (verschuldet/unverschuldet).
 - Dauer des Arbeitsverhältnisses etc.

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (8/11)

- **Achtung:** Auch hier ist der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu beachten.
 - Es darf kein milderer Mittel bestehen, z. B. Weiterbeschäftigung auf einem freien oder leidensgerechten Arbeitsplatz.
 - Durchführung des Verfahrens über das betriebliche Wiedereingliederungsmanagement (s.o.).
 - Berücksichtigung von betrieblichen Ursachen (z.B. Arbeitsunfällen).

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (9/11)

- **Sonderfall: Freimachen eines leidensgerechten Arbeitsplatzes**

- **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz:** Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nach Möglichkeit zur Vermeidung einer Kündigung auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen.
 - Falls möglich, muss eine geeignete Stelle **durch Ausübung des Direktionsrechts** (§ 106 GewO) „freigemacht“ werden (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13).
 - Aber: Nur Verpflichtung aufgrund Direktionsrecht, kein Freimachen im Wege einer Kündigung.
 - Keine weitergehende Verpflichtung bei einer Schwerbehinderung.

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (10/11)

- **Sonderfall: Teilarbeitsunfähigkeit**

- **Quantitative** Teilarbeitsunfähigkeit: Der Arbeitnehmer ist nicht in der Lage die geschuldete Leistung **in vollem zeitlichen Umfang** zu erbringen.
 - BAG: Es gibt keine Teilarbeitsunfähigkeit. Der Arbeitnehmer ist arbeitsunfähig erkrankt, er wird von der Arbeitspflicht (teilweise) befreit.
 - Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG **in vollem Umfang** (BAG, Urt. v. 29.01.1992, 5 AZR 37/91; LAG Köln, Urteil v. 29.6.2007, 11 Sa 238/07).

Unverschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Personenbedingte Kündigung (10/11)

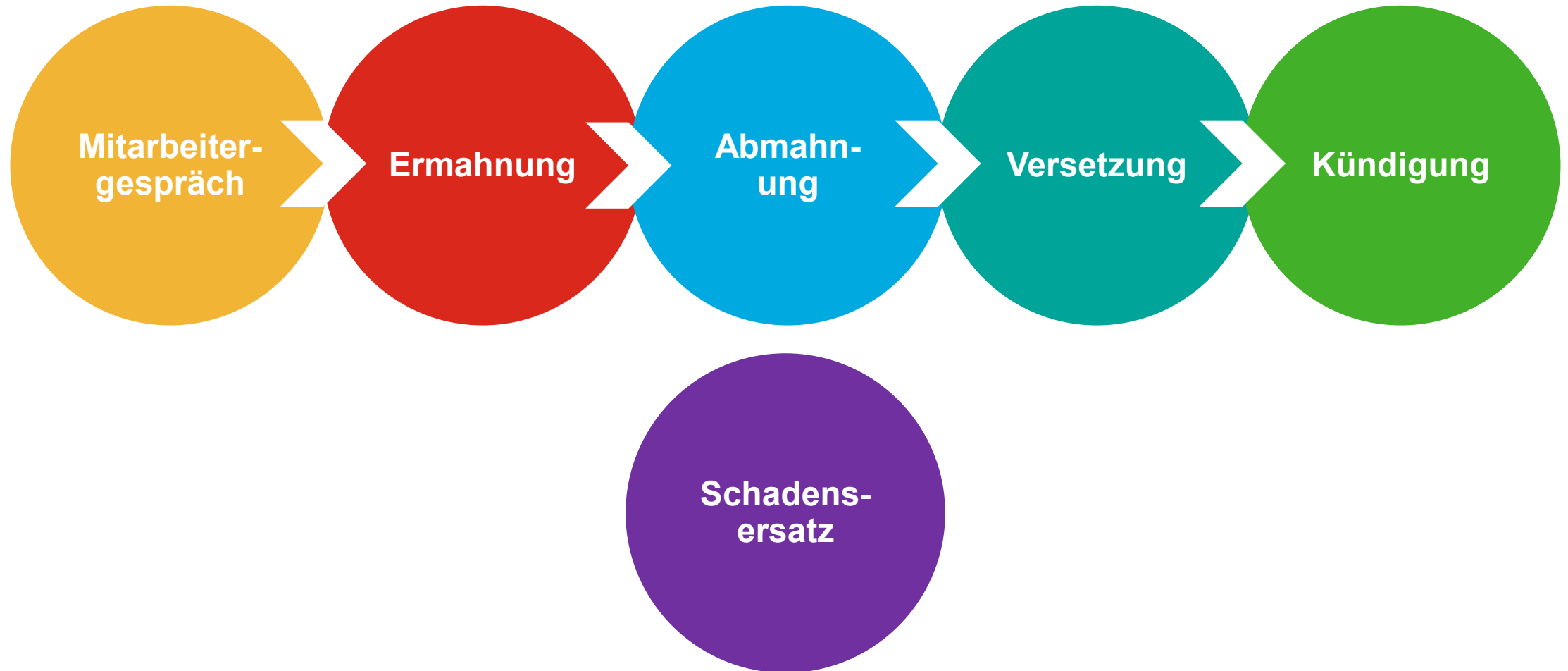
- **Qualitative** Teilarbeitsunfähigkeit: Der Arbeitnehmer kann einige, aber **nicht sämtliche** zu seinem Arbeitsplatz gehörende Tätigkeiten erbringen.
 - Arbeitgeber kann durch Zuweisung einer Tätigkeit, die der Arbeitnehmer trotz seiner Erkrankung erbringen kann, die volle Arbeitsfähigkeit herstellen.
 - Erfolgt eine solche Zuweisung, ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung ausgeschlossen.

Teil 4:

Maßnahmen bei verschuldeten Leistungsmängeln

Verschuldete Leistungsmängel

Übersicht mögliche Maßnahmen



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Ermahnung

- Umgangssprachlich auch als Rüge oder Verwarnung bezeichnet.
- Arbeitnehmer wird darauf hingewiesen, dass sein Verhalten nicht mit seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen vereinbar ist und er dies in Zukunft ändern muss.
- Es fehlt bei der Ermahnung aber – anders als bei der Abmahnung – die Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen für den Wiederholungsfall.

Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Abmahnung (1/6)

- Abmahnung hat erhebliche Bedeutung für die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung. Bei dem Ausspruch einer Kündigung gilt der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**.
 - Es gibt nach dem BAG keine absoluten Kündigungsgründe.
 - Kündigung setzt voraus, dass es keine milderer Mittel gibt, um **zukünftige Vertragsstörungen (Prognose)** zu vermeiden.
 - Sehr häufiges Missverständnis:
Es wird nur auf das vergangene Fehlverhalten abgestellt. Entscheidend ist jedoch, ob dem Arbeitgeber die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer zumutbar ist.
 - Grundsätzlich ist nach dem BAG (Urt. v. 21.06.2012 – 2 AZR 153/11) davon auszugehen, dass die mit der Abmahnung verbundene Androhung erfolgreich ist.



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Abmahnung (2/6)

- Der Abmahnung kann aber diese Eignung im Ausnahmefall fehlen, so dass sie entbehrlich sein kann. Es gibt (nur) zwei Fallgruppen nach dem BAG (z. B. Urt. v. 24.03.2011 – 2 AZR 282/10), in denen der vorherige Ausspruch einer Abmahnung entbehrlich ist:

Fallgruppe 1:

Verhaltensänderung des Arbeitnehmers ist in Zukunft selbst nach einer Abmahnung nicht zu erwarten.

Fallgruppe 2:

Es liegt eine schwere Pflichtverletzung vor, deren Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist.

Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Abmahnung (3/6)

- BAG: Ob eine Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung entbehrlich ist, ist eine Frage des **Einzelfalles**. In die Abwägung miteinzubeziehen sind zum Beispiel (Urt. v. 09.06.2011 – 2 AZR 381/10):
 - Grad des Verschuldens bei der Pflichtverletzung (Vorsatz oder z. B. einfache Fahrlässigkeit).
 - Gezielte Planung der Pflichtverletzung, insb. Ausnutzen fehlender Überwachungsmöglichkeiten des Arbeitgebers („Heimlichkeit“).
 - Höhe eines etwaigen Schadens.
 - „Vorgeschichte des Arbeitsverhältnisses“ – Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.

Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Abmahnung (4/6)

- Die beiden Ausnahmefälle zur Entbehrlichkeit der Abmahnung werden von dem BAG restriktiv angewendet.
 - Abmahnung erforderlich:
 - Smartphone-Fotos auf der Toilette (LAG Saarbrücken vom 4.5.2016 – 2 Sa 10/15).
 - XING-Profil als Freiberufler neben dem Arbeitsvertrag als Konkurrenztaetigkeit (LAG Köln vom 7.2.2017 – 12 Sa 745/16).
 - Unbewusste geschäftsschädigende Äußerungen (BAG vom 18.12.2014 – 2 AZR 163/14).
 - Pfandbon-Entscheidung (BAG vom 10.6.2010 – 2 AZR 541/09).
 - Keine Entbehrlichkeit durch Summierung von Einzel-Pflichtverstößen (LAG Köln vom 6.9.2018 – 6 Sa 64/18).
 - Privattelefonate im OP (BAG vom 25.10.2012 – 2 AZR 495/11).

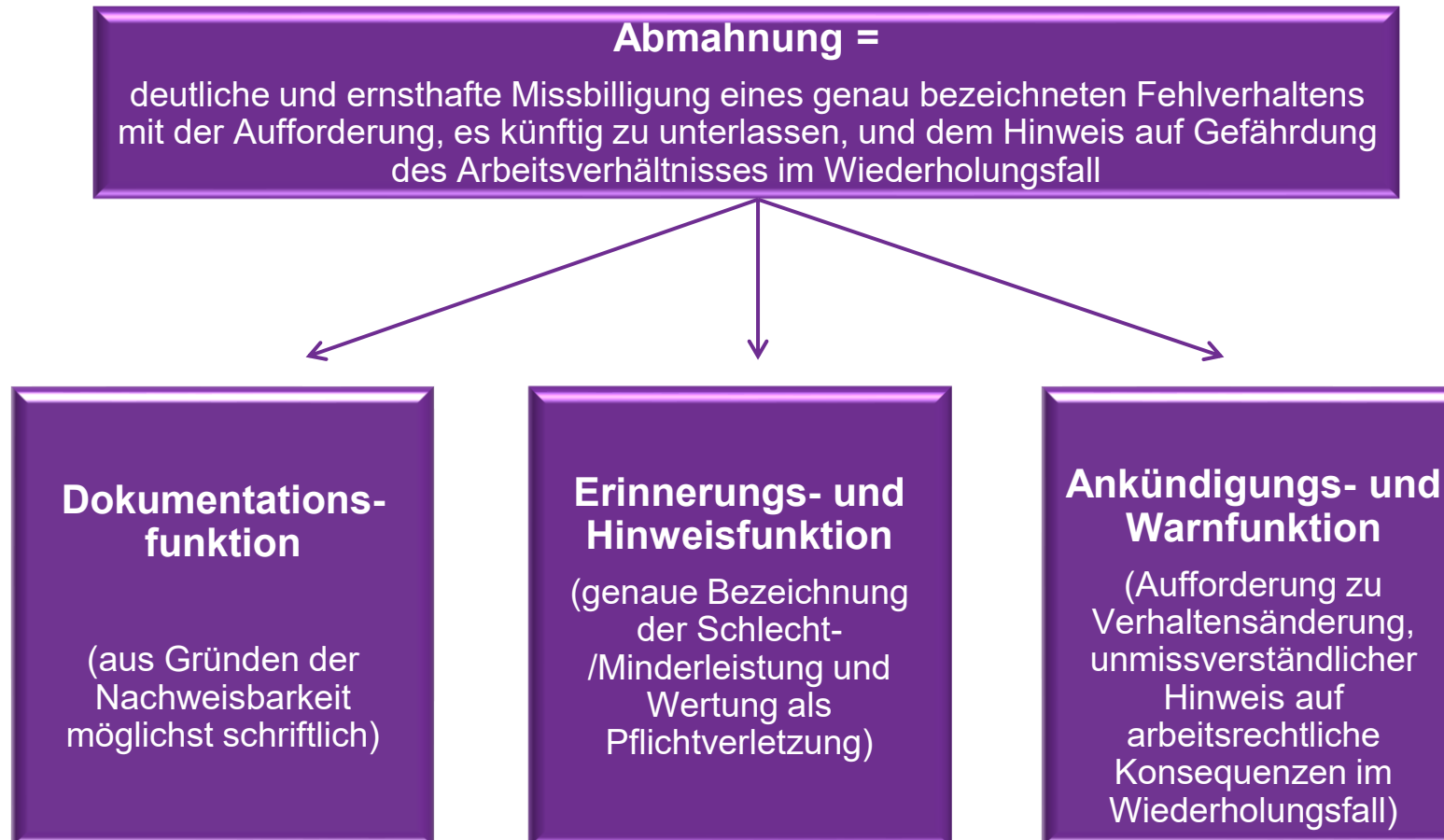
Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Abmahnung (5/6)

- Keine Abmahnung erforderlich:
 - Manipulation von Akten, um Fehlverhalten zu vertuschen (BAG vom 23.1.2014 – 2 AZR 638/13).
 - Bestimmungswidrige Einlösung von Rabattcoupons (BAG vom 16.12.2010 – 2 AZR 485/08).
 - Missbrauch des Arbeitszeiterfassungssystems (BAG vom 9.6.2011 – 2 AZR 381/10).
 - Zukleben des Mundes von Schülern mit Tesa (BAG vom 19.4.2012 – 2 AZR 381/10).
 - Tätlicher Angriff auf Arbeitskollegen (LAG Köln vom 12.12.2017 – 4 Sa 291/17; BAG vom 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06).
 - Entwendung einer 1-Liter Flasche (ca. EUR 40) „dringend benötigten“ Desinfektionsmittels während Corona-Pandemie bei langjähriger Beschäftigung (LAG Düsseldorf vom 14.01.2021 – 5 Sa 483/20).
 - Verbreitung ausländerfeindlicher Pamphlete in Dienstkleidung (LAG Sachsen vom 27.2.2018 – 1 Sa 515/17).

Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Abmahnung (6/6)



Verschuldete Leistungsmängel

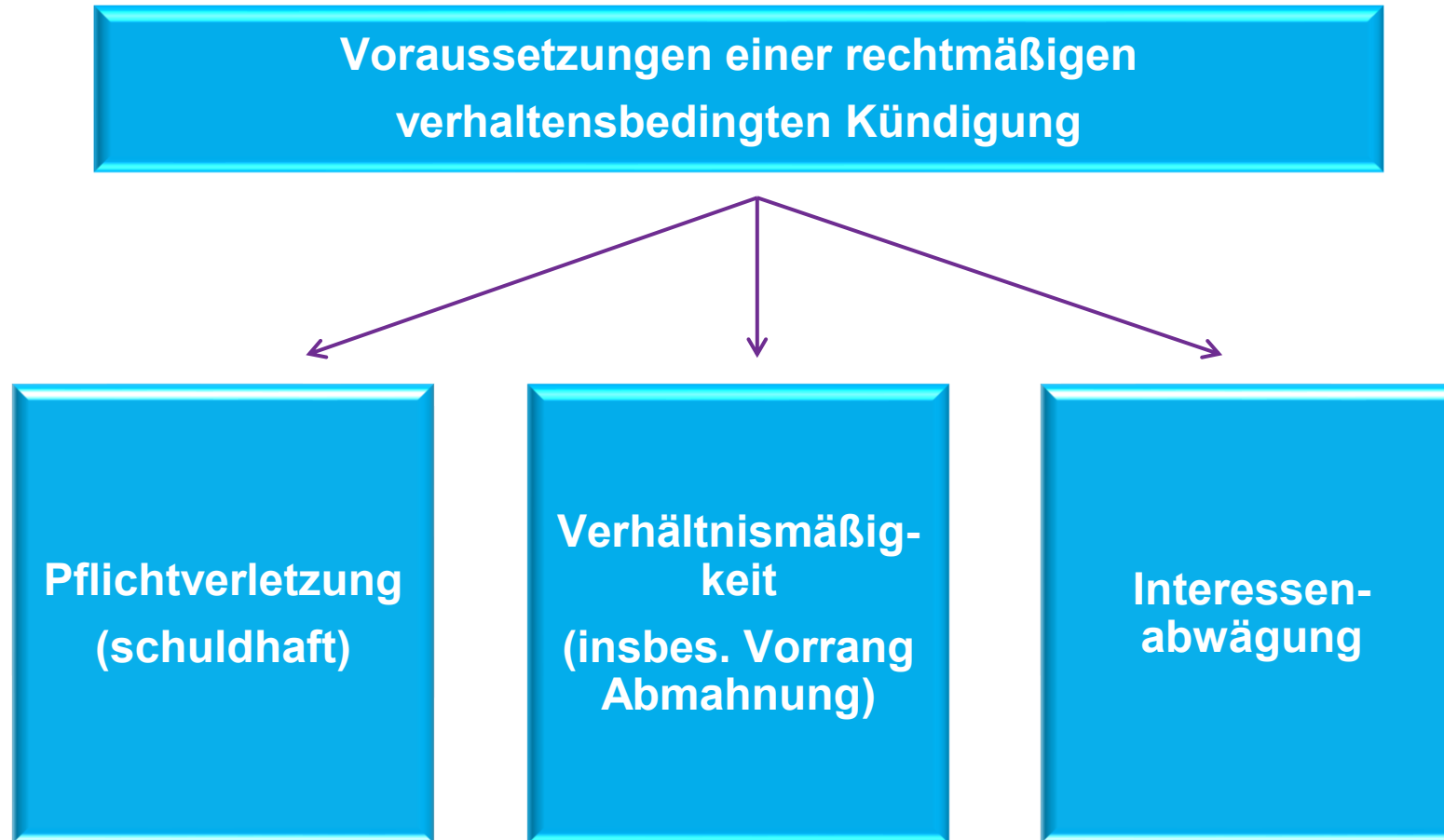
Maßnahme: Versetzung

Versetzung:

- Zuweisung einer anderen Tätigkeit – s.o. zu Maßnahmen bei unverschuldeten Leistungsmängeln.
- Ist die Zuweisung einer anderen Tätigkeit eine unzulässige Maßregelung?
 - An ein Fehlverhalten anknüpfende „Sanktion“ des Arbeitgebers unterfällt nicht dem Maßregelungsverbot (§ 612a BGB).

Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Verhaltensbedingte Kündigung (1/8)



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Verhaltensbedingte Kündigung (2/8)

- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dargestellt anhand der Emmely-Entscheidung des BAG (v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09):
 - Es gibt keine absoluten Kündigungsgründe (Bienenstich-Fall).
 - Kündigung setzt voraus, dass es keine milderer Mittel gibt, um zukünftige Vertragsstörungen zu vermeiden. In Betracht kommt damit grundsätzlich die Abmahnung.
 - Grundsätzlich ist nach dem BAG (Urt. v. 21.06.2012 – 2 AZR 153/11) davon auszugehen, dass die mit der Abmahnung verbundene Androhung erfolgreich ist (s.o.).
 - Der Abmahnung kann aber diese Eignung im Ausnahmefall fehlen, so dass sie entbehrlich sein kann.



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Verhaltensbedingte Kündigung (3/8)

Beispiele, in denen die Rechtsprechung eine vorherige Abmahnung für entbehrlich hielt:

- LAG Hessen (27.02.2012 – 16 Sa 1357/11): verbale und körperliche sexuelle Belästigung von Auszubildenden.
- LAG Hessen (17.09.2012 – 17 Sa 150/12): Kläger öffnet eine mit einer Infusionslösung versehene Flasche und füllt sie mit vier Edelstahlschrauben. Danach legt er die Flasche wieder in den Produktionsprozess.
- LAG Rheinland-Pfalz (16.09.2011 – 6 Sa 278/11): Verbindungsdaten eines Lieferanten werden an einen Wettbewerber gegeben, gleichzeitig werden Bilder von den hergestellten Produkten beigefügt.
- LAG Niedersachsen (31.05.2010 - 12 Sa 875/09): über einen Zeitraum von mehr als sieben Wochen verbringt der Arbeitnehmer arbeitstäglich mehrere Stunden mit dem Schreiben und Beantworten privater E-Mails.



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Verhaltensbedingte Kündigung (4/8)

BAG: Ob eine Abmahnung entbehrlich ist, ist eine Frage des Einzelfalles.
In die Abwägung miteinzubeziehen sind (Urt. v. 09.06.2011 – 2 AZR 381/10):

- Grad des Verschuldens bei der Pflichtverletzung (Vorsatz oder z. B. einfache Fahrlässigkeit).
- Gezielte Planung der Pflichtverletzung, insb. Ausnutzen fehlender Überwachungsmöglichkeiten des Arbeitgebers („Heimlichkeit“).
- Höhe eines etwaigen Schadens.
- „Vorgeschichte des Arbeitsverhältnisses“ – Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Verhaltensbedingte Kündigung (5/8)

Kontrollfragen, die man sich bei der Prüfung des Erfordernisses einer Abmahnung stellen muss:

- Wie lange verlief das Arbeitsverhältnis ungestört?
- Bedarf es einer Klarstellung der vertraglichen Pflichten?
- Hat der Arbeitnehmer Unrechtsbewusstsein? Kennt er die drohenden Konsequenzen bei einer Pflichtverletzung?
- Wurde die Pflichtverletzung „heimlich“ begangen? Hat der Arbeitnehmer fehlende Überwachungsmöglichkeiten ausgenutzt? Hat er besonderes Vertrauen missbraucht?
- Liegt eine gezielte Vermögensschädigung vor?



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Verhaltensbedingte Kündigung (6/8)

- Sonderfall der außerordentlichen fristlosen Kündigung –
Wahrung der zweiwöchigen Ausschlussfrist:
 - Die außerordentliche Kündigung ist nur wirksam, wenn sie vor Ablauf von zwei Wochen nach Kenntniserlangung erfolgt.
 - Entscheidend ist die Kenntniserlangung des Kündigungsberechtigten von dem Kündigungssachverhalt.
 - Kündigungsberechtigter ist derjenige, der die Entscheidung über die Kündigung trifft.
- ✓ Wichtig: Dokumentation und Fristenmanagement



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Verhaltensbedingte Kündigung (7/8)

- Beginn der Ausschlussfrist:
 - Bei "Dauertatbeständen" treten fortlaufend neue kündigungsrelevante Tatsachen ein: Verfristung ist nicht möglich (Beispiel: unentschuldigtes Fehlen, Wettbewerbsverstoß).
 - Soll die außerordentliche Kündigung auf wiederholte Verstöße gestützt werden (kein Dauertatbestand!), beginnt die Frist mit dem letzten Verstoß.
 - Zur Aufklärung des Sachverhalts dürfen Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt werden. Diese müssen aber mit der gebotenen Eile erfolgen und sinnvoll sein.



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Verhaltensbedingte Kündigung (8/8)

- Beteiligung des Betriebsrates muss innerhalb der zweiwöchigen Frist abgeschlossen sein.
- Muss die Zustimmung zu einer Kündigung eingeholt werden (z. B. wegen einer Schwerbehinderung), muss
 - die Zustimmung innerhalb der zweiwöchigen Frist beantragt sein und
 - die Kündigung unverzüglich nach Zustimmung oder Zustimmungsfiktion ausgesprochen werden.



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Schadensersatz (1/2)

Allgemeine Grundsätze des Schadensersatzrechts:

1. Pflichtverletzung aufgrund einer betrieblich veranlassten Tätigkeit
2. Schaden des Unternehmens
3. Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Schaden
4. Verschulden des Arbeitnehmers
5. Ursächlichkeit des Verschuldens des Arbeitnehmers für den Schaden



Verschuldete Leistungsmängel

Maßnahme: Schadensersatz (2/2)

Beschränkte Haftung des Arbeitnehmers
(innerbetrieblicher Schadensausgleich):

1. **Vorsatz** -> volle Haftung.
2. **Grobe Fahrlässigkeit**: Wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in einem ungewöhnlich hohen und nicht mehr entschuldbaren Maße verletzt wurde -> Grundsätzlich volle Haftung, aber Ausnahmen denkbar.
3. **Mittlere Fahrlässigkeit**: "schlichtes" Außerachtlassen der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt,, -> nur anteilige Haftung nach Quoten entsprechend Billigkeits- und Zumutbarkeitserwägungen.
4. **Einfache Fahrlässigkeit**: keine Haftung des Arbeitnehmers.



Teil 5:

Umgang mit Low Performern

Umgang mit Low Performern

Überblick



**Ursache:
Gesteuertes oder
nicht gesteuertes
Verhalten?**

**Mögliche
Maßnahme aus dem
vorstehenden
Überblick?**

**Alternative einer
betriebsbedingten
Kündigung?**

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**

Ansprechpartner



Dr. Markus Diepold
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Partner und Co-Head deutsche
Arbeitsrechtspraxis

Dentons Europe (Germany) GmbH & Co. KG
Markgrafenstraße 33
10117 Berlin

Telefon: 030 26473 607
Mobil: 0172 319 49 93
E-Mail markus.diepold@dentons.com

The Legal 500 Germany, 2019 bis 2024 empfiehlt Dr. Markus Diepold



Juve Handbuch 2020 bis 2024 empfiehlt Dr. Markus Diepold („oft empfohlen“)

Best Lawyers, 2019 bis 2024 empfiehlt Dr. Markus Diepold als einen von „Deutschlands besten Anwälten“ für Arbeitsrecht

Dr. Markus Diepold ist Partner des Berliner Dentons Büro und Co-Head der Praxisgruppe Arbeitsrecht in Deutschland. Er ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und berät Unternehmen in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts sowie in Fragen des Sozialversicherungsrechts. Er vertritt Unternehmen, Geschäftsführer und Vorstände bundesweit in Prozessen vor dem Arbeitsgericht, Landesarbeitsgericht und Bundesarbeitsgericht sowie dem Landgericht oder Oberlandesgericht.

Zu seinen Beratungsschwerpunkten gehört die Zusammenarbeit mit Personalabteilungen bei allen täglichen Fragen des Arbeitsrechts sowie bei Restrukturierungen, Fusionen, Insolvenzverfahren und bei Fragen der Bildung von Arbeitnehmervertretungen auf Betriebs-, Unternehmens- und Konzernebene. Der Entwurf von individuellen Vereinbarungen, von Betriebsvereinbarungen, Interessenausgleich und Sozialplänen oder von Tarifverträgen, die Beratung im Kündigungsschutzrecht, die Beratung bei der Gestaltung von Betriebs-übergängen oder die Beratung bei Fragen des Datenschutzes sind nur wenige weitere Beispiele seiner Tätigkeit.

Ansprechpartnerin



Isabelle Puhl
Rechtsanwältin
Counsel

Dentons Europe (Germany) GmbH & Co. KG
Markgrafengasse 33
10117 Berlin

Telefon: 030 26473 601
E-Mail isabelle.puhl@dentons.com

Isabelle Puhl ist Counsel im Berliner Dentons-Büro. Sie berät Unternehmen in allen Fragen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts, einschließlich der Vertretung vor Arbeits-, Zivil- und Sozialgerichten. Sie ist spezialisiert auf die Gestaltung von Arbeitsbedingungen für nationale und internationale Mandanten, einschließlich komplexer Vergütungssysteme wie etwa Long Term oder Management Incentive Plans. Isabelle unterstützt Unternehmen bei der Einführung von Richtlinien, u. a. zur Sicherstellung der geltenden Gesetze und der Corporate Governance Standards. Sie verfügt über umfassende Erfahrung im Bereich flexibler Arbeitsmodelle, z. B. bei Mobile Work oder Workation.

Isabelle Puhl berät regelmäßig zu Fragen der Mitbestimmung von Arbeitnehmervertretungen und Gewerkschaften, einschließlich des Entwurfs von Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen und vertritt Unternehmen in den Verhandlungen – sofern erforderlich – bis zur Einigungsstelle. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit sind Restrukturierungen von Unternehmen und Betrieben sowie die Beratung im Zusammenhang von Akquisitionen, einschließlich etwaiger Betriebsübergänge.

Isabelle Puhl hält regelmäßig In-House-Seminare und externe Fortbildungen im Hinblick auf aktuelle arbeitsrechtliche Fragestellungen.

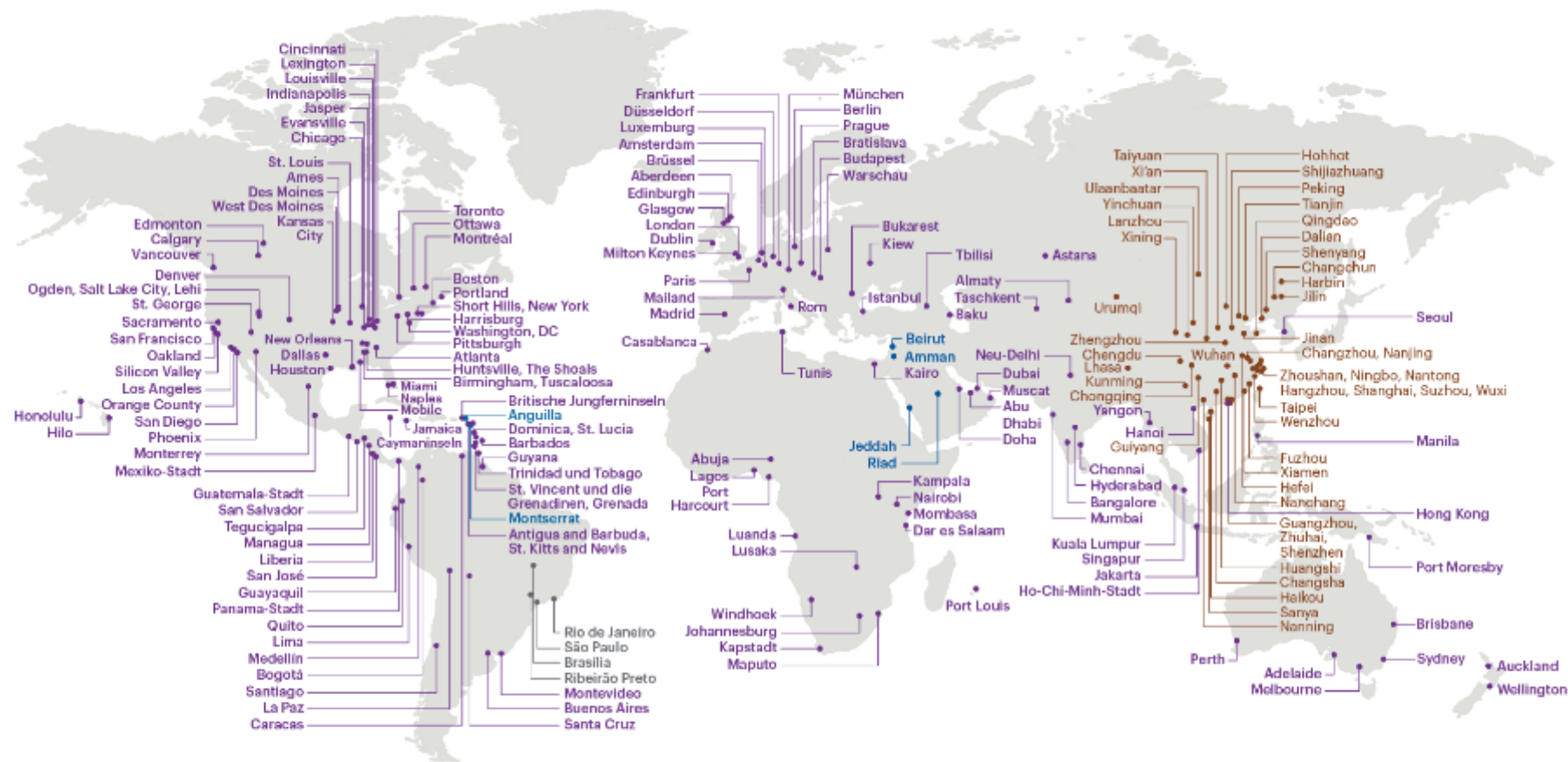
DENTONS

Die Kanzlei Dentons



DENTONS. Global aufgestellt. Lokal exzellent.

Unser globaler Arbeitsrechtsbereich



450+
Anwälte
im Bereich
Arbeitsrecht

Bei den lila markierten Standorten handelt es sich um Dentons Büros.
Bei den blau markierten Standorten handelt es sich um assoziierte Kanzleien, Büros, Gerichtsbarkeiten von anderen Dentons-Büros oder besondere Allianzen, die per Gesetz oder Verordnung vorgeschrieben sind.
Bei den grau markierten Standorten handelt es sich um strategische Allianzen in Brasilien.
大成 ist die bevorzugte Kanzlei, mit der Dentons in China zusammenarbeitet.

Arbeitsrecht in Deutschland

Unser Team



Dr. Sascha Grosjean
Partner, Co-Head Employment
and Labor Germany, Dusseldorf
D +49 211 74074 171
sascha.grosjean@dentons.com



Dr. Markus Diepold
Partner, Co-Head Employment
and Labor Germany, Berlin
D +49 30 26473 640
markus.diepold@dentons.com



Frank Lenzen
Partner, Frankfurt
D +49 69 450012 280
frank.lenzen@dentons.com



Dr. Philipp Byers
Partner, München
D +49 89 244408 455
philipp.byers@dentons.com



Christian Wilhelm Fischer
Counsel, München
D +49 89 244408 463
christian.fischer@dentons.com



Isabelle Puhl
Counsel, Berlin
D +49 30 26473 649
isabelle.puhl@dentons.com



Minh Riemann
Counsel, Berlin
D +49 30 26473 651
minh.riemann@dentons.com



Dr. Wiebke Schulz
Counsel, Frankfurt
D +49 69 450012 281
wiebke.schulz@dentons.com



Matthias Stelzer
Counsel, Berlin
D +49 30 26473 645
matthias.stelzer@dentons.com



Kathrin Wenzel
Counsel, München
D +49 89 244408 417
kathrin.wenzel@dentons.com



Manuela Winkler
Counsel, München
D +49 89 244408 430
manuela.winkler@dentons.com



Nurdan Adamidis
Senior Associate, Frankfurt
D +49 69 450012 421
nurdan.adamidis@dentons.com



Bernadette Solange Baas
Senior Associate, Berlin
D +49 30 26473 642
bernadette.baas@dentons.com



Dr. Lukas Jäger
Senior Associate, Düsseldorf
D +49 211 74074 172
lukas.jaeger@dentons.com



Anna-Lena Hildebrand
Associate, Berlin
D +49 30 26473 644
anna-lena.hildebrand@dentons.com



Dr. Josef Tahmaz
Associate, Düsseldorf
D +211 74074 173
josef.tahmaz@dentons.com



Michelle Eiberger
Associate, München
D +49 89 244408 407
michelle.eiberger@dentons.com

Unsere Arbeitsrechtspraxis in Deutschland

Als weltweit tätige Wirtschaftskanzlei beraten wir unsere Mandanten in allen relevanten Fragen des Arbeitsrechts. Dazu gehört auch die Beratung in den Rechtsgebieten, die eine Schnittstelle zum Arbeitsrecht haben. Das sind zum Beispiel Fragen aus dem Sozialversicherungsrecht und dem Beschäftigtendatenschutzrecht.

In den anderen Rechtsgebieten (wie z.B. Gesellschaftsrecht oder dem Steuerrecht) arbeiten wir mit den auf dieses Rechtsgebiet spezialisierten Kollegen unserer Kanzlei zusammen. Der Full-Service-Ansatz von DENTONS ermöglicht dies reibungslos.



Die Brandbreite umfasst, unter anderem (alphabetisch):

- ✓ **Recht der Arbeitnehmervertretung**
(aus Arbeitgebersicht)
- ✓ **Arbeitsrecht 4.0**
- ✓ **Betriebsrentenrecht**
- ✓ **Beschäftigtendatenschutzrecht**
- ✓ **HR-Compliance**
- ✓ **Individualarbeitsrecht**
- ✓ **Internationales Arbeitsrecht**
- ✓ **Restrukturierung**
- ✓ **Sozialversicherungsrecht**
- ✓ **Tarifvertragsrecht**
- ✓ **Transaktionsbezogenes Arbeitsrecht**
- ✓ **Vergütung (Compensation & Benetifs)**

Arbeitsrecht

Beispiel: Allgemeine individualarbeitsrechtliche Beratung

- ❑ Beratung beim Abschluss und bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen und Dienstverhältnissen (unbefristete/befristete Arbeitsverträge und Dienstverträge, Wettbewerbsverbote, Abfindungs- und Aufhebungsverträge usw.).
- ❑ Gestaltung von Arbeitsbedingungen, insbesondere z.B. Arbeitszeitmodelle (Gleitzeit mit/ohne Kernarbeitszeit, Schichtmodell, Bereitschaftsdienst, Überstunden, Rufbereitschaft, Bereitschaftsdienste, etc.) oder Workation-Konzepte.
- ❑ Beratung bei der Vorbereitung von Abmahnungen und Kündigungen (verhaltensbedingte, personenbedingte und betriebsbedingte) einschließlich der erforderlichen weiteren Schritte (Beteiligung von Betriebs- und Personalrat, Zustimmungsverfahren bei Integrationsämtern & Gewerbeämtern, Verfahren des betrieblichen Eingliederungsmanagements usw.).
- ❑ Alle sonstigen in einer Personalabteilung anfallenden Fragen im Zusammenhang mit der Begründung, Durchführung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen.
- ❑ Durchführung von Führungskräfte Schulungen und Seminaren zu allen arbeitsrechtlich relevanten Themen.



Arbeitsrecht

Beispiel: Vergütung (Compensation & Benefits)

Wir beraten Unternehmen bei der Gestaltung von maßgeschneiderten Vergütungssystemen. Dabei stehen wir Ihnen von der Konzeption über die Verhandlung bis hin zur praktischen Umsetzung des Vergütungssystems zur Seite. Unsere langjährige Erfahrung in der Gestaltung und Verhandlung von betrieblichen Vergütungssystemen als Alternative zu Tarifverträgen wird ergänzt durch die notwendigen Erfahrungen in einer Vielzahl an unterschiedlichen Branchen.

Die Unterstützung von Aufsichtsräten bei der Gestaltung der Vergütungssysteme für Vorstände und Geschäftsführer unter Berücksichtigung der Anforderungen des Gesellschaftsrechts gehört ebenfalls zu unseren Tätigkeitsfeldern. Beispiele sind:

- ☐ Ausarbeitung von variablen Vergütungsmodellen wie z.B. Provisions- und Bonussystemen, STIP oder LTIP's
- ☐ Gestaltung von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen, Aktienoptionsmodellen, Phantom-Stocks etc.
- ☐ Beratung bei Cafeteria-Modellen (Job-Ticket, Verzehrgutscheine, Tankgutscheine, Job-Rad etc.) unter Berücksichtigung lohnsteuerrechtlich optimierter Vergütungsbestandteile
- ☐ Beratung im Zusammenhang mit betrieblichen Vergütungsordnungen und der Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmervertretungen
- ☐ Entwurf und Verhandlung von Betriebsvereinbarungen
- ☐ Vertretung vor Gericht bei Streitigkeiten über Vergütungssysteme



Arbeitsrecht

Beispiel: Beschäftigtendatenschutzrecht

Wir verfügen über langjährige Erfahrung und umfassendes Know-how in allen Bereichen des Arbeitnehmerdatenschutzes. Nicht zuletzt seit dem Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) stehen Unternehmen vor neuen datenschutzrechtlichen Herausforderungen, die einer dynamischen Entwicklung der Rechtsprechung unterliegen.

Wir beraten Arbeitgeber praxisorientiert an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Datenschutzrecht. Dabei schaffen wir keine zusätzlichen Probleme, sondern entwerfen pragmatische und innovative Lösungen, die sich im betrieblichen Alltag umsetzen lassen. Unser Ansatz ist es, den Datenschutz nicht als Hürde zu sehen, sondern für unsere Mandanten Lösungen zu schaffen, die eine Datenverarbeitung ermöglichen und rechtliche Risiken vermeiden. Dabei unterstützen wir Sie vor allem in Bereichen wie:

- ☐ Rechtskonforme Durchführung von Mitarbeiterkontrollen
- ☐ Beratung in Fragen des Arbeitnehmerdatenschutzes im Unternehmen und in der Unternehmensgruppe, insbesondere im Hinblick auf die verschiedenen Rechtfertigungsgrundlagen
- ☐ Erstellung der notwendigen Dokumente zum Beschäftigtendatenschutz (z.B. Informationsschreiben nach Art. 13, 14 DS-GVO, Einwilligungserklärungen, Entwurf von Betriebsvereinbarungen)

- ☐ Entwurf und Umsetzung von IT-Nutzungsvereinbarungen, Internet- und E-Mail-Richtlinien sowie Richtlinien für soziale Medien
- ☐ Entwurf von Kollektivvereinbarungen als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm i.S.d. Art. 88 DSGVO
- ☐ Implementierung von Konzepten zur konzernweiten Verarbeitung von Mitarbeiterdaten
- ☐ Datenübermittlung in Drittländer außerhalb der EU
- ☐ Umgang mit den Rechten der Betroffenen nach der DSGVO, wie z.B. Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO, Erfüllung der Informationspflichten nach Art. 13 ff. DSGVO
- ☐ Abwehr von Schadensersatzansprüchen aufgrund von vermeintlichen DSGVO-Verletzungen
- ☐ Gestaltung von Löschkonzepten etc.
- ☐ Einrichtung eines Datenschutzmanagementsystems im Unternehmen

Arbeitsrecht

Beispiel: Arbeitnehmervertretungsrecht

Rechte und Pflichten des Arbeitgebers kennen, Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten nutzen und im Konfliktfall wissen, was gemacht werden kann und muss. Bei diesen typischen Fragen des Betriebsverfassungsrechts und dem Recht der Arbeitnehmervertretungen (mitbestimmte Aufsichtsräte, Europäische Betriebsräte, SE-Betriebsrat, freiwillige Arbeitnehmervertretungsorgane etc.) können Sie sich auf die Rechtsanwältinnen der Arbeitsrechtspraxis von Dentons verlassen. Aufgrund der langjährigen Beratung von Unternehmen und Konzernen profitieren unsere Mandanten von den Erfahrungen in den unterschiedlichsten Konstellationen.

- ☐ Beratung bei den Informations-, Beratungs- und Mitbestimmungsrechten von Arbeitnehmervertretungen
- ☐ Vorbereitung von Anträgen an die Arbeitnehmervertretung bei der Wahrnehmung von Beteiligungsrechten (z.B. Einstellung, Versetzung oder Kündigung von Arbeitnehmern)
- ☐ Verhandlung und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen auf Betriebs-, Gesamt- und Konzernbetriebsratsebene zu allen relevanten Angelegenheiten
- ☐ Verhandlungen mit Betriebsräten über Organisationsänderungen (Interessenausgleich, Sozialplan, Transfergesellschaften etc.)
- ☐ Vertretung der Arbeitgeberinteressen in Schlichtungsverfahren

- ☐ Vertretung von Arbeitgebern vor den Arbeitsgerichten
- ☐ Beratung bei Fragen der Errichtung von Arbeitnehmervertretungen
- ☐ Beratung des Arbeitgebers im Rahmen von Wahlen zur Arbeitnehmervertretung (z.B. im Hinblick auf das Verbot der Behinderung oder Beeinflussung von Wahlen zur Arbeitnehmervertretung oder die rechtssichere Durchführung von Wahlen, um eine Anfechtung oder Nichtigkeit der Wahl zu verhindern)
- ☐ Prüfung der ordnungsgemäßen Vergütung von Mitgliedern der Arbeitnehmervertretung (Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot)
- ☐ Beratung bei der Durchführung von Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren nach dem Societas Europaea Gesetz und der Begleitung bei den entsprechenden Beteiligungsrechten eines SE-Betriebsrats
- ☐ Beratung bei der Errichtung von Europäischen Betriebsräten einschl. der Vorbereitung bei der Errichtung des besonderen Verhandlungsorgans und der Gestaltung der Vereinbarung über die Beteiligungsrechte
- ☐ Beratung bei der Errichtung von freiwilligen Arbeitnehmervertretungen einschl. der Gestaltung der Vereinbarung

Arbeitsrecht

Beispiel: Tarifvertragsrecht

Tarifvertragliche Fragestellungen sind Gegenstand einer detaillierten und teilweise komplexen Rechtsprechung. Verhandlungen mit Gewerkschaften haben für Unternehmen langfristige Folgen. Aufgrund unserer langjährigen Erfahrung und Expertise bei der Beratung von Unternehmen und Konzernen können wir Sie in Ihrer Branche im Tarifvertragsrecht umfassend beraten.

- ❑ Beratung bei der gesetzlich vorgeschriebenen Anwendung von Tarifverträgen in den einzelnen Ländern
- ❑ Beratung bei der Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband (einschließlich Anerkennungstarifvertrag, OT-Mitgliedschaft usw.)
- ❑ Verhandlung von Tarifverträgen jeglicher Art (Firmentarifvertrag, Verbandstarifvertrag) und aus jeglichem Anlass (erstmaliger Abschluss von Tarifverträgen, Angleichung von Arbeitsbedingungen, Tarifverträge aus Anlass von Unternehmens(teil)verkäufen, Sanierungstarifverträge)
- ❑ Beratung beim Wechsel des Tarifvertrags (z. B. von einem Firmentarifvertrag zu einem Verbandstarifvertrag)
- ❑ Verhandlungen mit Betriebsräten und Gewerkschaften, ggf. gemeinsam mit dem Arbeitgeberverband, über Umstrukturierungsmaßnahmen und insbesondere über Umstrukturierungsvereinbarungen (z.B. Standortsicherungsvereinbarungen)
- ❑ Beratung im Rahmen von Arbeitskampfmaßnahmen (Friedenspflicht, Warnstreik, Aussperrung, Unterlassungsklagen gegen Arbeitskampfmaßnahmen, Schadensersatzansprüche etc.)
- ❑ Vertretung von Arbeitgeberinteressen vor den Arbeitsgerichten, insbesondere in Verfahren mit Beteiligung von Gewerkschaften
- ❑ Beratung zu den Folgen von Betriebsübergängen im Hinblick auf die Anwendung von Tarifverträgen und Beratung bei der Ablösung von Tarifverträgen in diesem Zusammenhang
- ❑ Beratung bei der Formulierung und Auslegung von Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen
- ❑ Allgemeine Beratung bei Ansprüchen aus Tarifverträgen und der Abwehr von entsprechenden Ansprüchen

Arbeitsrecht

Beispiel: Restrukturierung

Bei Veränderungen von Unternehmen ist es wichtig, die notwendigen arbeitsrechtlichen Schritte zu kennen, Fehler zu vermeiden und die Veränderungen zeitnah und praktikabel umzusetzen. Veränderungsprozesse müssen ganzheitlich betrachtet werden. Verhandlungen mit Betriebsräten und Gewerkschaften bedürfen besonderer Expertise, sie sind teilweise sehr komplex. Unsere Rechtsanwälte der Arbeitsrechtspraxis unterstützen Sie mit ihrer langjährigen Erfahrung bei der Vorbereitung und Durchführung von Restrukturierungen, insbesondere bei den folgenden Tätigkeiten:

- ☐ Vorbereitung und Begleitung von Personalabbaumaßnahmen (Festlegung der einzuhaltenden Verfahrensschritte und des möglichen Zeitplans, Durchführung der Sozialauswahl einschließlich der Nutzung der Gestaltungsmöglichkeiten, Erstellung der erforderlichen Unterlagen für die Arbeitnehmervertretungen und Einholung sonstiger Zustimmungserklärungen (z.B. Elternzeit).
- ☐ Verhandlungen mit Arbeitnehmervertretungen über Organisationsänderungen
- ☐ Verhandlung und Gestaltung von Kollektivvereinbarungen zu allen relevanten Angelegenheiten der Organisationsänderung
- ☐ Restrukturierungen im Insolvenzverfahren (entweder mit einem Insolvenzverwalter oder im Rahmen der Eigenverwaltung)
- ☐ Durchführung von Personalanpassungsmaßnahmen durch (kostenneutrale) Transfergesellschaften zur Vermeidung einer hohen Anzahl von Kündigungsschutzklagen
- ☐ Beratung bei temporären Maßnahmen zur Senkung der Personalkosten (Kurzarbeit, Altersteilzeit, Leiharbeit)
- ☐ Abstimmung mit Sozialversicherungsträgern und Beantragung von Fördermitteln
- ☐ Beratung bei Insourcing und Outsourcing
- ☐ Vertretung des Arbeitgebers vor den Arbeitsgerichten
- ☐ Begleitung bei der Umwandlung (Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel) von Unternehmen und Betrieben, u.a. bei internen Neuorganisationen oder dem Verkauf von Unternehmen, einschl. der Verhandlung von Interessenausgleich, Sozialplan und Tarifverträgen
- ☐ Gestaltung von beabsichtigten (Teil-)Betriebsübergängen zum Zwecke des gewünschten Arbeitnehmerübergangs und der Vermeidung von (Teil-)Betriebsübergängen

