



Kündigungsgrund: Mangelnde Leistung

Ein Arbeitsverhältnis aufgrund mangelhafter Leistung eines Arbeitnehmenden aufzulösen, scheint plausibel zu sein. Und doch birgt dieser Kündigungsgrund auch Risiken für Arbeitgeber.

Text: Brigitte Kraus-Meier



Brigitte Kraus-Meier
lic. iur., Executive
Master CCM
Inhaberin konzis
www.konzis.ch

«Wir sind mit der Arbeitsleistung des Mitarbeitenden schon lange nicht mehr zufrieden», hört man oft, wenn ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis auflösen will. Ob dies so in den Mitarbeiterbeurteilungen festgehalten wurde oder es klare, schriftliche Mitarbeiter-Zielvereinbarungen gibt, wird fast ebenso oft verneint. Mehr noch: Schaut man sich die Notizen der Personalgespräche und die Mitarbeiterbeurteilungen an, fallen diese zuweilen sehr positiv aus. Nichts deutet darauf hin, dass der Arbeitgeber mit den Leistungen des Mitarbeitenden unzufrieden war. Diese unterlassene Führungsaufgabe kann jedoch juristisch fatale Folgen haben.

Eine Frage der Beweise

Nach Schweizer Arbeitsrecht benötigt man zwar keinen bestimmten Kündigungsgrund, um ein Arbeitsverhältnis auflösen zu können. Das bedeutet aber nicht, dass man «grundlos» kündigen soll. Im Übrigen liegt ja immer ein Grund vor, weshalb man das Arbeitsverhältnis nicht fortführen möchte. Einer der Hauptgründe dafür ist die mangelnde Leistung. Sei dies, weil die Leistung von Beginn weg nicht ausreichend war oder diese mit der Zeit abflachte. Wann immer eine unzureichende Leistung Grund für eine Kündigung ist, muss man sich zunächst fragen, ob man dem Arbeitnehmenden bereits mitgeteilt hat, dass seine Leistung nicht zufriedenstellend ist, und mit ihm vereinbart hat, wie er diese verbessern muss. Kann man nicht beweisen, dass eine solche Standortbestimmung

vorgenommen wurde, könnte die Kündigung je nach Umstand eine missbräuchliche Kündigung darstellen, die dem Arbeitgeber eine Strafzahlung von bis zu sechs Monatslöhnen einbringen kann. Kommt eine Kündigung wegen ungenügender Leistung für den Arbeitnehmenden völlig überraschend oder ist diese nur vorgeschoben und der wahre Kündigungsgrund ein missbräuchlicher, hat der Mitarbeitende gute Chancen, eine entsprechende Entschädigung vom Gericht zugesprochen zu erhalten.

Realistische Ziele

Stellt man im Laufe des Arbeitsverhältnisses fest, dass die Leistung nicht mehr stimmt, und trifft man daraufhin mit dem Mitarbeitenden eine gemeinsame Zielvereinbarung, ist diese klar zu formulieren, sodass Arbeitgeber und Arbeitnehmer dahinterstehen und eine solche schriftliche Vereinbarung unterzeichnen. Gleichzeitig sollte man eine Frist festlegen, innerhalb derer das Leistungsziel erreicht werden muss, und bestimmen, wann Vorgesetzter und Mitarbeitender die Leistung überprüfen und sich zu einem Folgegespräch treffen. Der Arbeitgeber darf und soll klarmachen, dass ohne die eingeforderte Leistung die Fortführung des Arbeitsverhältnisses ungewiss ist. Was theoretisch einfach klingt, kann in der Praxis knifflig sein. Die Ziele müssen zur Arbeitsstelle passen und dürfen nicht schikanös formuliert sein. Der Mitarbeitende muss also eine realistische Chance haben, die zu seinem Auf-

gabengebiet passend gesetzten Ziele zu erreichen. Eine übertrieben hohe Zielforderung ist kein ratsamer Weg, um später einfacher künden zu können. Eine solche Vorgehensweise kann einen Mitarbeitenden vor den Kopf stossen. Vielleicht empfindet er es gar als Mobbing. Ziele sollten daher nicht einseitig vom Arbeitgeber festgelegt, sondern wo immer möglich gemeinsam erarbeitet werden. Nur dann werden sie vom Mitarbeitenden akzeptiert.

Leistung und fristlose Kündigung

Zurückhaltung ist geboten, wenn eine fristlose Kündigung aus Leistungsmangel angestrebt wird. Der Arbeitgeber muss sich bewusst sein, dass ein Gericht eine fristlose Kündigung infolge Leistungsmangels kaum schützen wird. In solchen Fällen scheint es den Gerichten in der Regel zumutbar zu sein, eine ordentliche Kündigung auszusprechen und den Mitarbeitenden gegebenenfalls freizustellen. Dabei nützt es nichts, wenn man den Mitarbeitenden vorgängig bereits zweimal schriftlich verwarnt und aufgefordert hat, er möge seine Arbeitsqualität verbessern. Zwar können Verwarnungen ganz allgemein gesprochen nützlich sein, wenn eine fristlose Kündigung ausgesprochen wird. Die Verwarnungen mehr oder weniger nur deshalb auszustellen, weil man dem Mitarbeitenden eine leistungsbedingte Kündigung ausstellen will, ist nicht rat-

«Eine übertrieben hohe Zielforderung ist kein ratsamer Weg, um später einfacher künden zu können.»

Brigitte-Kraus Meier, Inhaberin,
konzis Agentur für Recht und
Kommunikation

sam. Zudem gibt es Fälle, in denen der Mitarbeitende zwar durchaus willens ist, die geforderte Leistung zu erbringen, ihm jedoch schlichtweg das Können fehlt, diese Ziele zu erreichen. Das kann man dem Mitarbeitenden nicht vorwerfen. Eine Kündigung in einer solchen Fallkonstellation würde anstatt mit mangelnder Leistung eher damit begründet werden, dass die Person für die besagte Stelle nicht geeignet ist.

Zweite Chance bei Leistungsdefiziten

Machen sich Leistungsmängel bemerkbar, sollte man hinschauen, mit dem Mitarbeitenden sprechen und gemeinsam Leistungsziele vereinbaren. Solche Leistungszielvereinbarungen haben ausserdem den Effekt, dass der Mitarbeitende von einer späteren Kündigung nicht überrumpelt wird. Er wird diese viel eher akzeptieren, als wenn er trotz guter Mitarbeiterbeurteilungen aus scheinbar heiterem Himmel die Kündigung vorgehalten bekommt. Generell gilt, dass Kündigungen, die für den Mitarbeitenden überraschend kommen, viel öfters gerichtlich angefochten werden. Es lohnt sich daher für alle Beteiligten aus mehreren Gründen, dem Mitarbeitenden vor einer Kündigung eine zweite Chance zu geben. Läuft dieser Prozess partnerschaftlich und auf Augenhöhe, ist eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einer Aufhebungsvereinbarung denkbar. ■

Neulich vor dem Arbeitsgericht Wann besteht ein Anspruch auf Bonus?



Gloria Eschenbach,
lic. iur. Rechtsanwältin, ist Partnerin und Leiterin der Rechtsabteilung der OBT AG in Zürich. Sie berät nationale und internationale Unternehmen in Fragen des Arbeits-, Vertrags- und Gesellschaftsrechts.

BGE 4A_463/2017, Urteil vom 4. Mai 2018

Das Urteil

X war seit Anfang 2010 in Genf bei der Zweigniederlassung der Z. Ltd. mit Sitz in Singapur als Ölhändler angestellt. Im Arbeitsvertrag war ein jährlicher leistungsabhängiger Bonus vorgesehen. Dieser wurde aufgrund der Gewinne und Verluste des Unternehmens sowie aufgrund der persönlichen Leistungen berechnet. Einige Monate nach Abschluss des Arbeitsvertrags genehmigte das Unternehmen ein Mitarbeiterhandbuch (Employee Handbook), worin die Bonuszahlungen an mehrere Bedingungen geknüpft wurden. Unter anderem wurde für den Bonus vorausgesetzt, dass zum Zeitpunkt seiner Auszahlung keine Kündigung – weder durch den Arbeitnehmer noch durch den Arbeitgeber – vorliegen dürfe.

Anfangs 2014 kündigte X seinen Arbeitsvertrag und forderte von der Z. Ltd. ausstehende Bonuszahlungen für 2013 und pro rata temporis für 2014. Die Z. Ltd. verwies auf die erwähnte Regelung im Mitarbeiterhandbuch und verweigerte die Bonuszahlungen. Daraufhin machte X seine Forderung auf Bonuszahlungen klageweise geltend. Die kantonalen Gerichte in Genf wiesen sowohl die Klage als auch die Beschwerde von X ab.

Daraufhin reichte X Beschwerde beim Bundesgericht ein. Umstritten war, ob die Bonuszahlungen als Gratifikation oder als Lohnbestandteil zu qualifizieren seien. Das Bundesgericht führte aus, dass im Einzelfall durch Auslegung des Arbeitsvertrags geklärt werden muss, ob der Bonus als Gratifikation gemäss Art. 322d OR oder als Lohnbestandteil gemäss Art. 322 OR zu qualifizieren ist. Lohn stellt

immer die Gegenleistung für Arbeit dar. Demgegenüber handelt es sich bei der Gratifikation um die Ausrichtung einer Sondervergütung für bestimmte Ereignisse. Eine Gratifikation kann zum Lohnbestandteil werden, wenn sie im Arbeitsvertrag im Grundsatz vereinbart und ihre Höhe auf der Grundlage von objektiven Kriterien wie Gewinn oder Umsatz bestimmt oder bestimmbar ist und somit nicht mehr im Ermessen des Arbeitgebers liegt. Das Bundesgericht stellte fest, dass in den vertraglichen Bestimmungen vorliegend keine objektiven Kriterien – weder ein Prozentsatz noch ein Gewinnverteilungsschlüssel – für die Bonuszahlungen verankert waren. Die Ausrichtung der Bonuszahlungen lag vielmehr im Ermessen der Z. Ltd., weshalb sie vom Bundesgericht als Gratifikation qualifiziert wurden.

Daran änderte laut Bundesgericht auch die Tatsache nichts, dass die Bonuszahlungen für X einen wesentlichen Vertragsbestandteil darstellten. Aufgrund des hohen Einkommens von X bestand für das Bundesgericht keine Veranlassung, die Umwandlung der Gratifikation in einen variablen Lohnbestandteil nach dem Grundsatz der Akzessorietät zu prüfen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

Konsequenz für die Praxis

Die Frage, ob Bonuszahlungen als Gratifikation gemäss Art. 322d OR oder als variabler Lohnbestandteil gemäss Art. 322 OR zu qualifizieren sind, beschäftigt die Gerichtspraxis sehr häufig. Deshalb ist beim Abschluss von Arbeitsverträgen darauf zu achten, dass der wirkliche Wille der Parteien, das heisst die Regelung der Bonuszahlungen als Gratifikation oder als variabler Lohnbestandteil, sauber festgehalten wird.