

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 1004 BGB, § 314 Abs 2 BGB, § 242 BGB

- 1. Eine Abmahnung ist nicht schon deswegen aus einer Personalakte eines Arbeitnehmers zu entfernen, weil die konkreten zur Minderleistung führenden (Einzel-)Pflichtverletzungen in der Abmahnung nicht bezeichnet worden sind.**
- 2. Bei der quantitativen Minderleistung besteht die Besonderheit, dass für den Arbeitgeber oft nur schwer ersichtlich ist, worauf sie beruht.**
- 3. Eine Abmahnung ist bereits deswegen aus der Personalakte zu entfernen, wenn sie auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht.**
- 4. Eine Verpflichtung eines Arbeitnehmers, durchschnittliche Produktionsergebnisse zu erzielen, besteht nicht.**
- 5. Eine Unterdurchschnittlichkeit bisher erzielten Ergebnisse ist lediglich ein Indiz für die Minderleistung.**
- 6. Eine Abmahnung ist aus der Personalakte eines Arbeitnehmers zu entfernen, wenn ein Arbeitgeber in einem Prozess seiner Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen ist.**

BAG, Urteil vom 27.11.2008 Az.: 2 AZR 675/07

Tenor:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Saarland vom 25. Juli 2007 - 1 Sa 51/07 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten über die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte des Klägers.

2

Der Kläger trat 1988 in die Dienste des beklagten Versicherungsunternehmens und war zuletzt als Agenturleiter im Bereich der Vertriebsdirektion S beschäftigt.

3

Die Beklagte bemisst die Leistung ihrer Agenturleiter beim Vertrieb ihrer Produkte in sog. Nettowerteinheiten (NWE). Nach ihren Angaben ergeben sich die NWE aus Zahl und Werthaltigkeit der vermittelten Produkte in einem bestimmten Zeitraum. Für die

unterschiedlichen Versicherungsprodukte werden nach ihrem jeweiligen wirtschaftlichen Wert für die Beklagte unterschiedliche Zahlen in Ansatz gebracht.

4

Mit Schreiben vom 3. Mai 2006 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung mit folgendem Inhalt:

„Sehr geehrter Herr S,

wir müssen feststellen, dass Sie Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt haben, indem Sie seit geraumer Zeit lediglich weit unterdurchschnittliche Arbeitsergebnisse erzielen.

Die Produktion Ihrer Agentur betrug in der Zeit vom 01.04.2005 bis zum 31.03.2006 insgesamt 962 Nettowerteinheiten (NWE).

Der Umfang des von Ihnen vermittelten Neugeschäftes lag damit deutlich unter dem Durchschnitt der anderen in der Vertriebsdirektion S tätigen Partnerverkäufer, der im gleichen Zeitraum 2.474,92 NWE betrug.

Für diese Verletzung Ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten mahnen wir Sie ab.

Wir fordern Sie auf, künftig Ihren arbeitsvertraglichen Verpflichtungen in vollem Umfang gerecht zu werden.

Insbesondere fordern wir Sie auf, unverzüglich - bezogen auf die in der Vertriebsdirektion S tätigen Partnerverkäufer - mindestens durchschnittliche und bestandsfeste Produktionsergebnisse zu erzielen.

Sollten Sie dieser Aufforderung nicht Folge leisten, müssen Sie mit weiteren Maßnahmen bis hin zu einer Kündigung rechnen.“

5

Abmahnungsschreiben ähnlichen Inhalts gingen auch anderen Agenturleitern mit unterdurchschnittlichen Ergebnissen zu. Von den 45 Agenturleitern der Vertriebsdirektion S haben 27 den Durchschnitt unterschritten, 17 davon um mehr als ein Drittel. Dabei erzielte der Agenturleiter mit dem geringsten Erfolg 329 NWE, während der höchste Wert 6.200 betrug.

6

Der Kläger ist der Auffassung, die von der Beklagten erteilte Abmahnung sei aus der Personalakte zu entfernen. Er habe seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht verletzt. Die Beklagte habe tatsächlich keine Minderleistung abgemahnt, sondern lediglich unterdurchschnittliche Ergebnisse. Eine arbeitsvertragliche Pflicht, die Durchschnittshöhe der NWE zu erreichen, bestehe nicht. Die von der Beklagten angegebenen NWE seien nicht aussagekräftig, da in den einzelnen Agenturen ganz unterschiedliche Bedingungen herrschen würden. So gebe es Unterschiede in der Größe der Agentur, im Kundenbestand, in der Zahl der nebenberuflichen Mitarbeiter, in der Struktur des Einzugsgebietes und im Volumen des Werbematerials.

7

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, die dem Kläger mit Schreiben vom 3. Mai 2006 erteilte Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen.

8

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klagabweisungsantrags ausgeführt, der Kläger sei berechtigterweise wegen Minderleistung abgemahnt worden. Aus den NWE ergebe sich ein umfassendes und aussagekräftiges Bild über die erbrachte Arbeitsleistung. Bei diesen Zahlen handele es sich um einen objektivierten und einheitlich geltenden Maßstab zur Ermittlung des Erfolges der Außendienstmitarbeiter. Die Agenturen innerhalb der Vertriebsdirektion seien durchaus miteinander vergleichbar. Jedem Partnerverkäufer würden zu Beginn seiner Tätigkeit zunächst 500 Bestandskunden zugewiesen, die Zahl der nebenberuflichen Mitarbeiter könne er bestimmen. Das deutlich unterdurchschnittliche Ergebnis des Klägers über einen erheblichen Zeitraum sei ein hinreichendes Indiz dafür, dass der Kläger seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpfe.

9

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

10

Die Revision ist nicht begründet.

11

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Abmahnung sei unwirksam. Die Beklagte habe keine konkreten und steuerbaren Pflichtverletzungen abgemahnt, sondern nur ein unterdurchschnittliches Ergebnis. Eine Abmahnung setze aber nach ihrem Zweck die Benennung eines konkreten steuerbaren Verhaltens im Abmahnungsschreiben voraus. Es könne nicht erst nachträglich im Prozess geklärt werden, ob überhaupt ein pflichtwidriges Verhalten oder lediglich eine Ungeeignetheit des Arbeitnehmers vorliege. Im Übrigen habe der Kläger durchaus nachvollziehbare Einwände gegen den Aussagewert der NWE dargelegt. Bereits die Ermittlung des Durchschnittswertes begegne Bedenken.

12

B. Dem stimmt der Senat in einem Teil der Begründung und im Ergebnis zu.

13

I. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte verlangen (22. Februar 2001 - 6 AZR 398/99 - EzBAT BAT § 11 Nr. 10; 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 34; 27. November 1985 - 5 AZR 101/84 - BAGE 50, 202; vgl. Kleinebrink Abmahnung 2. Aufl. Rn. 562 ff.).

14

1. Bei der Abmahnung, die nunmehr in § 314 Abs. 2 BGB gesetzlich verankert wurde, handelt es sich um die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts durch den Arbeitgeber. Als Gläubiger der Arbeitsleistung weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rügefunktion). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, wenn ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten

Pflichtverletzung an (Warnfunktion) (vgl. BAG 22. Februar 2001 - 6 AZR 398/99 - EzBAT BAT § 11 Nr. 10; 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 34 mwN; 15. Juli 1992 - 7 AZR 466/91 - BAGE 71, 14) .

15

2. Eine solche missbilligende Äußerung des Arbeitgebers in Form einer Abmahnung ist geeignet, den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen und seinem Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen.

16

a) Deshalb kann der Arbeitnehmer die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen, wenn die Abmahnung formell nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist (vgl. BAG 16. November 1989 - 6 AZR 64/88 - BAGE 63, 240) , unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält (vgl. BAG 27. November 1985 - 5 AZR 101/84 - BAGE 50, 202) , auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht (vgl. BAG 22. Februar 2001 - 6 AZR 398/99 - EzBAT BAT § 11 Nr. 10) , den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt (vgl. BAG 31. August 1994 - 7 AZR 893/93 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 98 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 33) oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht (vgl. BAG 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 34) .

17

b) Darüber hinaus ist eine Abmahnung auch dann aus der Personalakte zu entfernen, wenn sie statt eines konkret bezeichneten Fehlverhaltens nur pauschale Vorwürfe enthält (vgl. Senat 9. August 1984 - 2 AZR 400/83 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 12 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11; Kleinebrink Abmahnung 2. Aufl. Rn. 571; HaKo/Fiebig 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 266; APS/Dörner 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 349) .

18

3. Gemessen an diesen Maßstäben ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass die streitgegenständliche Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen ist, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

19

a) Allerdings ist die Abmahnung - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht schon deswegen aus der Personalakte des Klägers zu entfernen, weil die konkreten zur Minderleistung führenden (Einzel-)Pflichtverletzungen in der Abmahnung nicht bezeichnet worden wären. Das rügt die Revision zu Recht.

20

aa) Bei der quantitativen Minderleistung besteht die Besonderheit, dass für den Arbeitgeber oft nur schwer ersichtlich ist, worauf sie beruht (vgl. Senat 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - BAGE 109, 87; 17. Januar 2008 - 2 AZR 536/06 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 72) . Dies gilt im Besonderen bei Außendienstmitarbeitern im Vertriebsbereich.

21

bb) Die Anforderungen an die Konkretisierung der in einer Abmahnung enthaltenen Rüge müssen sich an dem orientieren, was der Arbeitgeber wissen kann. Bei der quantitativen Minderleistung sind dies die Arbeitsergebnisse und deren erhebliches Zurückbleiben hinter den Leistungen vergleichbarer Arbeitnehmer, verbunden mit der Rüge des Arbeitgebers, dass aus seiner Sicht der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit pflichtwidrig nicht ausschöpft. Ob dies tatsächlich der Fall ist oder nicht, ist dann ggf. im Abmahnungsprozess nach den Grundsätzen zu klären, die der

Senat für Kündigungen wegen Minderleistungen aufgestellt hat. Die vom Landesarbeitsgericht vertretene gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass der Arbeitgeber in Fällen der vorliegenden Art entweder einen finanziell unvertretbaren und das Vertrauensverhältnis belastenden Kontrollaufwand betreiben oder auf Abmahnungen von vornherein verzichten müsste. Das Recht kann aber nicht gleichzeitig dem Gläubiger einen Anspruch auf eine Leistung einräumen und die Durchsetzung dieses Anspruchs verhindern.

22

cc) Den danach maßgeblichen Anforderungen wird die Abmahnung gerecht. Sie lässt erkennen, dass die Beklagte die Arbeitsleistung des Klägers als unzureichend betrachtet. Der Kläger hat die Möglichkeit geltend zu machen, die Einschätzung der Beklagten sei unzutreffend, weil er seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpfe. Ebenso kann er seine bisherigen Bemühungen prüfen, etwa zu Tage tretende Mängel beheben und bestehende Leistungsreserven nutzen. Die Minderleistung aufgrund mangelnder Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit ist bereits als solche eine abmahnungsfähige Pflichtverletzung (vgl. Tschöpe BB 2006, 213).

23

b) Dennoch stellt sich die Entscheidung der Berufungsinstanz als zutreffend dar (§ 561 ZPO).

24

aa) Die Abmahnung ist bereits deswegen aus der Personalakte zu entfernen, weil sie auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht. Mit der Abmahnung fordert die Beklagte den Kläger auf, „durchschnittliche Produktionsergebnisse“ zu erzielen. Eine solche Verpflichtung besteht jedoch nicht (vgl. Senat 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - BAGE 109, 87 mwN; 17. Januar 2008 - 2 AZR 536/06 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 72). Der Arbeitnehmer ist nicht zur Erzielung bestimmter Arbeitserfolge verpflichtet. Die Aufforderung in einer Abmahnung kann daher nicht dahingehen, bestimmte Erfolge zu erzielen, sondern die persönliche Leistungsfähigkeit auszuschöpfen. Die Unterdurchschnittlichkeit der bisher erzielten Ergebnisse ist lediglich ein Indiz für die Minderleistung.

25

bb) Außerdem ist die Abmahnung auch deswegen aus der Personalakte des Klägers zu entfernen, weil die Beklagte ihrer Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen ist. Wie der Senat ausgeführt hat (11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - BAGE 109, 87), kann der Arbeitnehmer, dem mangelnde Ausschöpfung seiner Leistungsfähigkeit vorgeworfen wird, geltend machen, das vom Arbeitgeber vorgelegte Zahlenwerk sei nicht aussagekräftig. Der Arbeitgeber muss dann darlegen, aus welchen Gründen dies doch der Fall ist. An Letzterem fehlt es hier. Der von der Beklagten zugrunde gelegte Durchschnittswert ist - wie der Kläger zu Recht eingewandt hat - nicht geeignet, einen Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage zu bilden, ob der Kläger seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. In Zahlen gemessene Arbeitserfolge können über die Frage, ob der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft, dann etwas aussagen, wenn sie unter in etwa gleichen Bedingungen erzielt werden. Jeder Arbeitnehmer, der sich am Durchschnitt messen lassen soll, muss in etwa die gleiche Chance haben, durchschnittliche Erfolge zu erzielen. Dagegen, dass dies hier der Fall war, spricht bereits das außergewöhnlich weite Auseinanderklaffen des Höchstwertes und des niedrigsten Wertes. Im Streitfall beträgt der Höchstwert mit 6.200 NWE das 19-fache des niedrigsten Wertes. Dass der Mittelwert zwischen diesen Größen eine sinnvolle Aussage über das Leistungsverhalten erlaubt, liegt umso ferner, als rund 60 vH der Agenturen den Durchschnittswert unterschritten haben und knapp 40 vH sogar um mehr als ein Drittel. Angesichts des Umstandes, dass die Chance,

Versicherungsverträge zu akquirieren vom Standort der Agentur, ihrer personellen Ausstattung, der Finanzkraft der erreichbaren Kundschaft und weiteren Kriterien abzuhängen pflegt, die nichts mit der Leistungsfähigkeit des Agenturleiters zu tun haben, hätte die Beklagte im Einzelnen erläutern müssen, warum das von ihr dargelegte Zahlenwerk dennoch in ihrem Sinn aussagekräftig ist. Daran fehlt es. Die Zuweisung von 500 Bestandskunden bei Übernahme einer Agentur kann an den wesentlichen Faktoren nichts ändern. Dass die Erfolge einer im dünn besiedelten ländlichen Raum gelegenen Agentur kaum vergleichbar mit den Ergebnissen einer Agentur sein können, die in einer wirtschaftlich aufblühenden Metropole ihren Sitz hat, liegt auf der Hand.

26

II. Der Beklagten fallen nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zur Last.