

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Auswahlrichtlinie im Sinn des § 95 BetrVG
4. Prüfungsmaßstab: grobe Fehlerhaftigkeit
5. Rechtsprechungs-ABC
  - 5.1 Änderung
  - 5.2 Betriebsratsanhörung
  - 5.3 Bewertungsfehler
  - 5.4 Individuelle Besonderheiten
  - 5.5 Insolvenzverfahren
  - 5.6 Mitbestimmungspflicht
  - 5.7 Mitbestimmungsverstoß - 1
  - 5.8 Mitbestimmungsverstoß - 2
  - 5.9 Persönliche Härten
  - 5.10 Schwerbehinderung
  - 5.11 Selbstbindung
  - 5.12 Unkündbarkeitsregelungen
  - 5.13 Vergleichbarkeit
  - 5.14 Vergleichsgruppen

### Information

#### 1. Allgemeines

Der **Arbeitgeber eines mitbestimmten Betriebs** zieht aus dem Vorhandensein eines Betriebsrats manchmal auch **Vorteile**. Die Arbeitnehmervertretung kann ihm nämlich dabei helfen, betriebsbedingte Kündigungen erfolgreicher durchzubringen, als ein Arbeitgeber ohne Betriebsrat es könnte. Das Kündigungsschutzgesetz **privilegiert** betriebsbedingte Kündigungen in Fällen, in denen die soziale Auswahl nach einer **Auswahlrichtlinie** im Sinn des § 95 BetrVG vorgenommen wird. Was allerdings auch über § 95 BetrVG nicht erlaubt ist: die **Änderung** der materiellen **Auswahlkriterien** in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG. Selbst die Betriebspartner müssen bei ihrer Auswahlrichtlinie **zwingend**

- die Dauer der **Betriebszugehörigkeit**,
- das **Lebensalter**,
- **Unterhaltungspflichten** und
- eine **Schwerbehinderung** des Arbeitnehmers

als Sozialkriterien **ausreichend berücksichtigen**. Dabei hat **keines dieser Merkmale** einen absoluten **Vorrang**.

#### 2. Grundsatz

Ist in einem

- **Tarifvertrag**,
- in einer **Betriebsvereinbarung** nach § 95 BetrVG oder
- in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen

festgelegt, wie **die sozialen Gesichtspunkte** nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG im **Verhältnis zueinander** zu bewerten sind, kann die **Bewertung** nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden ( § 1 Abs. 4 KSchG ).

Obwohl der Wortlaut des § 1 Abs. 4 KSchG zunächst Anderes vermuten lässt: Die **eingeschränkte Überprüfung** der Bewertung bezieht sich im ersten Schritt auf den **Inhalt der Richtlinie** und im zweiten Schritt auf die **Anwendung dieser Richtlinie** durch den Arbeitgeber - und damit auch auf die konkrete **Auswahlentscheidung**.

### 3. Auswahlrichtlinie im Sinn des § 95 BetrVG

Der Arbeitgeber hat nach § 95 BetrVG die Möglichkeit, in seinem Betrieb **Richtlinien über die personelle Auswahl** bei

- Einstellungen,
- Versetzungen,
- Umgruppierungen und
- **Kündigungen**

aufzustellen. Diese Richtlinien bedürfen nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der **Zustimmung des Betriebsrats**. Kommt keine **Einigung** zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über

- die Richtlinie oder
- ihren Inhalt

zu Stande, so entscheidet auf Antrag des Arbeitgebers die **Einigungsstelle** ( § 95 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ). Ihr Spruch ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ( § 95 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ). In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern darf der Betriebsrat die Aufstellung von Richtlinien für die in § 95 Abs. 1 BetrVG benannten Maßnahmen sogar vom Arbeitgeber verlangen ( § 95 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ).

Eine **kündigungsrelevante Auswahlrichtlinie** im Sinn des § 95 Abs. 1 BetrVG regelt, **nach welchen abstrakten und generellen Maßstäben** betroffene Arbeitnehmer im Verhältnis zueinander bei betriebsbedingten Kündigungen zu berücksichtigen sind. Gleichzeitig legt eine Kündigungs-Auswahlrichtlinie die **Rangfolge** fest, nach der die in ihr benannten Kriterien zu berücksichtigen sind, und bestimmt zudem das **Verfahren**, mit dem ihre Anforderungen im Einzelfall umgesetzt werden sollen.

Eine Auswahlrichtlinie muss eine systematische Vorgabe enthalten und den Arbeitgeber zu einem regelhaften Verhalten führen. Die von den Betriebspartnern aufgestellten Maßstäbe sind verbindliche **Entscheidungsvorgaben**, die der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu kündigenden Mitarbeiter beachten und anwenden muss. Selbstverständlich müssen die Betriebspartner bei der Aufstellung ihrer Auswahlrichtlinien das betriebsverfassungsrechtliche **Gleichbehandlungsgebot** in § 75 BetrVG und sonstiges zwingendes Gesetzesrecht beachten.

Eine Auswahlrichtlinie für betriebsbedingte Kündigungen muss die **vier Grunddaten** des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG enthalten (s. dazu Gliederungspunkt 1.). Im Rahmen dieser vier Kriterien haben die Betriebspartner dann einen **Beurteilungsspielraum**. Sie dürfen festlegen, wie diese sozialen Gesichtspunkte zueinander zu bewerten sind. Die Auswahlrichtlinie kann sowohl **generell** für alle möglichen Fälle betriebsbedingter Kündigungen als auch für ganz **konkret** bevorstehende Kündigung vereinbart werden (dazu: BAG, 26.07.2005 - 1 ABR 29/04 ). Sinnvoll ist die Vereinbarung einer Auswahlrichtlinie in **Form eines Punkteschemas** (s. dazu Kündigung - betriebsbedingt: Punkteschema ). Die Auswahlrichtlinie darf dem Arbeitgeber keinen **Spielraum** öffnen, der über den in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG festgelegten hinausgeht.

### 4. Überprüfungsmaßstab: grobe Fehlerhaftigkeit

§ 1 Abs. 4 KSchG lässt die **Sozialauswahl** bei betriebsbedingten Kündigungen, für die die Betriebspartner eine Auswahlrichtlinie vereinbart haben, **nicht generell wirksam** werden. § 1 Abs. 4 KSchG verabschiedet sich nur von dem strengeren **Prüfungsmaßstab** des § 1 Abs. 3 KSchG . Er sagt, dass die Bewertung der sozialen Gesichtspunkt in einer Auswahlrichtlinie *"nur auf grobe Fehlerhaftigkeit"* hin überprüft werden kann.

§ 1 Abs. 4 KSchG schränkt insoweit den Prüfungsmaßstab der Arbeitsgerichte ein.

**Grob fehlerhaft** ist die Bewertung der Sozialdaten

- Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- Lebensalter,
- Unterhaltspflichten und
- Schwerbehinderung

im Verhältnis zueinander, wenn ihre **Gewichtung** jegliche **Ausgewogenheit** vermissen lässt. Dabei entscheidet die **objektive Unrichtigkeit**. Auf ein subjektives oder schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers kommt es nicht an. Haben die Betriebspartner ein nicht zu beanstandendes Punkteschema vereinbart und darin eine ausreichende Gewichtung der Sozialdaten vorgenommen, darf der Arbeitgeber dieses Schema ohne weitere Überlegungen anwenden.

Eine **fehlerhafte Bewertung** der gesetzlichen Sozialkriterien durch eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG wirkt sich nur dann auf die im Einzelfall getroffene Sozialauswahl aus, wenn der Bewertungsfehler bei der konkret getroffenen Sozialauswahl überhaupt eine Rolle spielen kann. Bei der Überprüfung der **Gewichtung der vier Grunddaten** kommt es auf einen **Vergleich** zwischen den Sozialdaten des gekündigten Arbeitnehmers und der Arbeitnehmer an, hinsichtlich derer der gekündigte Arbeitnehmer Fehler bei der Sozialauswahl rügt.

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Sozialauswahl den gesetzlichen Anforderungen entspricht oder grob fehlerhaft ist, handelt es sich um die **Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs**. Sie kann vom Revisionsgericht nur darauf hin überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Abwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat, und ob die Entscheidung in sich widerspruchsfrei ist ( BAG, 18.10.2006 - 2 AZR 473/05 ).

## 5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Auswahlrichtlinien bei betriebsbedingten Kündigungen **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### 5.1 Änderung

Die Betriebspartner haben die Möglichkeit, eine Auswahlrichtlinie iSd. § 1 Abs. 4 KSchG **auch im Nachhinein** noch zu ändern. Das können sie beispielsweise zeitgleich oder später durch **Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste** tun. Wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat dann gemeinsam über die Auswahlrichtlinie hinwegsetzen, gilt die Namensliste des Interessenausgleichs. In diesem Fall kann sich der Arbeitnehmer nicht mit Erfolg auf eine falsche Sozialauswahl berufen, weil er nach der Auswahlrichtlinie mehr Punkte als ein Arbeitskollege habe und die Richtlinie dem Arbeitgeber keinen Beurteilungsspielraum lasse. Das übereinstimmende **Abweichen der Betriebspartner** von der Auswahlrichtlinie stellt die Namensliste für die Kündigung in den Vordergrund ( BAG, 24.10.2013 - 6 AZR 854/11 ).

### 5.2 Betriebsratsanhörung

Im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG braucht der Arbeitgeber bezüglich der durchgeführten Sozialauswahl nur seine **subjektiven**, also die von ihm tatsächlich angestellten **Auswahlüberlegungen** mitzuteilen. Sind diese subjektiven Überlegungen **fehlerhaft**, weil sie nicht den nach § 1 Abs. 3 KSchG an eine wirksame Sozialauswahl zu stellenden Anforderungen entsprechen, kann die Kündigung nur nach § 1 Abs. 3 KSchG , aber nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam sein ( LAG Baden-Württemberg, 05.01.2007 - 7 Sa 93/06 ).

### 5.3 Bewertungsfehler

*"Eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG , die einen der sozialen **Gesichtspunkte** nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG , der bei allen Arbeitnehmern vorliegen kann (Alter, Betriebszugehörigkeit) nicht oder so gering*

*bewertet, dass er in fast allen denkbaren Fällen nicht mehr den **Ausschlag geben** kann, erfüllt nicht die gesetzlichen Vorgaben des § 1 Abs. 4 KSchG. Sie ist deshalb nicht geeignet, den Arbeitgeber durch die **Anwendung des eingeschränkten Prüfungsmaßstabes** der groben Fehlerhaftigkeit zu privilegieren" ( BAG, 18.10.2006 - 2 AZR 473/05 - Leitsätze).*

#### 5.4 Individuelle Besonderheiten

Der Arbeitgeber braucht nach Einführung des § 1 Abs. 4 KSchG durch das Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.09.1996 bei einer Auswahlrichtlinie **keinen Spielraum** mehr für eine abschließende Berücksichtigung individueller Besonderheiten zu haben. Er ist nur dann berechtigt und zugleich verpflichtet, eine **individuelle Auswahlentscheidung** vorzunehmen, wenn zwei Mitarbeiter den gleichen Punktestand haben oder ein **krasser Ausnahmefall** vorliegt ( LAG Niedersachsen, 28.05.2004 - 10 Sa 2180/03 - mit dem Hinweis, dass Letzteres bei einer dauerhaften gesundheitlichen Beeinträchtigung eines nach der Auswahlrichtlinie zu kündigenden Arbeitnehmers der Fall sein kann).

#### 5.5 Insolvenzverfahren

Kommt zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat bei einer geplanten Betriebsänderung ein **Sozialplan** zu Stande, in dem die zu kündigenden Mitarbeiter namentlich bezeichnet sind, kann die soziale Auswahl der Arbeitnehmer *"nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten und auch insoweit nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden"* ( § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO ). **Grob fehlerhaft** ist eine soziale Auswahl nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO aber nur dann, wenn ein evidenter, ins Auge springender **schwerer Fehler** vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt. Wurden die Sozialdaten Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten im Wesentlichen berücksichtigt, kann man nur in krassen Ausnahmefällen von einer groben Fehlerhaftigkeit ausgehen ( LAG Hamm, 16.05.2007 - 2 Sa 1830/06 ).

#### 5.6 Mitbestimmungspflicht

*"Ein **Punkteschema** für die soziale Auswahl ist auch dann eine nach § 95 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie, wenn es der Arbeitgeber nicht generell auf alle künftigen betriebsbedingten Kündigungen, sondern nur auf **konkret bevorstehende Kündigungen** anwenden will. Verletzt der Arbeitgeber in einem solchen Fall das Mitbestimmungsrecht, kann ihm auf Antrag des Betriebsrats die **Wiederholung des mitbestimmungswidrigen Verhaltens** auf der Grundlage des allgemeinen Unterlassungsanspruchs gerichtlich untersagt werden"* ( BAG, 26.07.2005 - 1 ABR 29/04 - Leitsätze).

#### 5.7 Mitbestimmungsverstoß - 1

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichte - BAG, 26.07.2005 - 1 ABR 29/04 - ist ein **Punkteschema** für die soziale Auswahl auch dann eine nach § 95 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie, wenn der Arbeitgeber dieses Punkteschema nicht generell auf alle künftigen betriebsbedingten Kündigungen, sondern bloß auf die konkret bevorstehenden Kündigungen anwenden will. Ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht hat allerdings nicht die **Rechtfolge**, dass die in Anwendung des vom Arbeitgeber allein aufgestellten Punkteschemas von vornherein zur Unwirksamkeit der entsprechenden Kündigungen führt. Folge des Mitbestimmungsverstoßes ist es, dass die zuständige Arbeitnehmervertretung gegenüber dem Arbeitgeber die **Beseitigung des mitbestimmungswidrigen Verhaltens** gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen kann oder zumindest einen entsprechenden Feststellungsanspruch hat ( BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 509/05 ).

#### 5.8 Mitbestimmungsverstoß - 2

Die **Mitbestimmungspflichtigkeit eines Punkteschemas** führt mangels einer § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG entsprechenden Bestimmung **nicht zur Unwirksamkeit** der in Anwendung des - nicht mitbestimmten - Punktesystems ausgesprochenen Kündigungen. Gerade das Fehlen einer § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG entsprechenden Bestimmung ist einer der Gründe dafür, dem Betriebsrat hier einen **Unterlassungsanspruch** zu gewähren. Solange der Betriebsrat einen möglichen Verstoß gegen sein Mitbestimmungsrecht aber nicht geltend macht, ist es dem Arbeitgeber auch nicht verwehrt, sich auf sein Punkteschema zu berufen ( BAG,

## 5.9 Persönliche Härten

§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG legt die **vier Grunddaten** fest, die der Arbeitgeber bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen hat. Hat er diese vier Grunddaten bei der Sozialauswahl berücksichtigt, beschränkt sich auch die **Überprüfung seiner Auswahlentscheidung** nur auf diese vier Grunddaten. In diesem Fall ist es nicht grob fehlerhaft, **persönliche Härten**, die nicht in einem unmittelbaren und erheblichen Zusammenhang mit den vier Sozialfaktoren stehen, unberücksichtigt zu lassen ( LAG Brandenburg, 13.10.2005 - 9 Sa 205/05 ).

## 5.10 Schwerbehinderung

Gibt eine Auswahlrichtlinie ganz allgemein vor, dass eine etwaige Schwerbehinderung des Arbeitnehmers bei der Sozialauswahl nicht zu berücksichtigen ist, so kann dieser **Fehler des Bewertungsmaßstabs** nur im Fall eines Arbeitnehmers eine Rolle spielen, der **selbst schwerbehindert** ist. Ein Arbeitnehmer, der nicht selbst schwerbehindert ist, kann sich **nicht darauf berufen**, dass die in der Auswahlrichtlinie aufgestellten Bewertungsmaßstäbe nicht herangezogen werden dürfen, *"weil sie ihn, wäre er denn schwerbehindert, ohne Berücksichtigung einer solchen Schwerbehinderung im Verhältnis zu einem anderen (möglicherweise ebenfalls nicht schwerbehinderten Arbeitnehmer) in seiner sozialen Schutzbedürftigkeit falsch bewerten"* ( BAG, 18.10.2006 - 2 AZR 473/05 ).

## 5.11 Selbstbindung

Legt eine Betriebsvereinbarung nach § 95 BetrVG fest, wie die sozialen **Gesichtspunkte im Verhältnis zueinander** zu bewerten sind, kann diese Gewichtung nach § 1 Abs. 4 KSchG nur auf **grobe Fehlerhaftigkeit** überprüft werden. Grobe Fehlerhaftigkeit kann bejaht werden, wenn die Auswahlrichtlinie *"jede Ausgewogenheit vermissen lässt, wenn also einzelne Sozialdaten überhaupt nicht, eindeutig unzureichend oder mit eindeutig überhöhter Bedeutung berücksichtigt wurden (...). Darüber hinaus bindet sich der Arbeitgeber auch selbst an die in den Auswahlrichtlinien getroffene Bewertung"* ( BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 468/08 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber von der Auswahlrichtlinie aufgezeigte Bewertungsmethoden beachten muss).

## 5.12 Unkündbarkeitsregelungen

Tarifliche Unkündbarkeitsbestimmungen , die vorsehen, dass **Arbeitnehmer eines gewissen Alters** nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden können, kommen in ihrer Wirkung zumindest **faktisch einer Auswahlrichtlinie gleich**, die gegen das **Verbot der Altersdiskriminierung** verstoßen könnte. Die Tarifpartner müssen bei tariflichen Kündigungsverboten allerdings nur darauf achten, dass damit grobe Auswahlfehler vermieden werden. Ansonsten bleibt es bei der Einschätzungsprärogative der Tarifpartner, die selbst am besten festlegen können, wann welche Arbeitnehmer einen erhöhten Kündigungsschutz brauchen. Dieser Schutz ist - zumindest in diesem Fall - nicht absolut: *"Es gibt keine Grundlage für die Annahme, dass .. [die Tarifpartner] den besonderen Kündigungsschutz auch in solchen Fällen zur Geltung gebracht wissen wollten, in denen die höhere Schutzbedürftigkeit anderer, von .. [der tariflichen Kündigungsbeschränkung] nicht erfasster Arbeitnehmer offenkundig ist"* ( BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 295/12 ).

## 5.13 Vergleichbarkeit

Das BAG stellt in ständiger Rechtsprechung bei der Vergleichbarkeit darauf ab, dass sich der **Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer** in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen bestimmt, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG in Verbindung mit § 1 Abs. 4 KSchG können **die gesetzlichen Anforderungen an eine Sozialauswahl** nach § 1 Abs. 3 KSchG nicht verdrängen. Über einen gewissen **Beurteilungsspielraum** können zwar Erfahrungen der Betriebspartner hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer bestimmter Arbeitsplätze einfließen, die Betriebspartner dürfen aber nicht von vornherein Arbeitnehmer bestimmter Abteilungen oder Arbeitsgruppen ohne ausreichende sachliche Kriterien als nicht vergleichbar einstufen ( BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 907/06 ).

## 5.14 Vergleichsgruppen

Eine Auswahlrichtlinie im Sinn des § 95 BetrVG kann neben der **Festlegung der sozialen Daten** und ihrer Gewichtung auch Vergleichsgruppen festlegen. Da § 95 BetrVG die **Auswahlrichtlinienkompetenz** den Betriebspartnern zugewiesen hat, dürfen die Arbeitsgerichte die Wertung von Arbeitgeber und Betriebsrat nicht durch eine eigene ersetzen. Es muss allerdings gewährleistet sein, dass die Auswahlkriterien den **Wertungen** des § 1 Abs. 3 Satz 1 und 2 KSchG entsprechen ( LAG Hamm, 26.09.2001 - 3 Sa 916/01 ).