

§§ 95, 102 BetrVG

Mitbestimmungsrecht bei Punkteschema

1. 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.
2. 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.

(Amtliche Leitsätze)

BAG, Beschluss vom 26.7.2005 – 1 ABR 29/04

Sachverhalt und Entscheidungsgründe**Streitgegenstand**

Der Arbeitgeber beschäftigt etwa 200 Arbeitnehmer. Er informierte den Betriebsrat über einen geplanten Stellenabbau. Dabei legte er ihm Mitarbeiterlisten und ein Punkteschema für die Sozialauswahl bei den vorgesehenen Kündigungen vor. Anschließend sprach der Arbeitgeber unter Anwendung dieses Punkteschemas betriebsbedingte Kündigungen aus. Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, das vom Arbeitgeber ausgearbeitete Punkteschema sei eine Auswahlrichtlinie gemäß § 95 BetrVG. Deshalb dürfe es ohne seine Zustimmung oder einen diese Zustimmung ersetzenden Beschluss der Einigungsstelle nicht angewandt werden. Damit hatte der Betriebsrat weder beim AG noch beim LAG Erfolg.

Betriebsrat hatte Erfolg

Das Bundesarbeitsgericht hingegen gab dem Betriebsrat Recht.

Es stellt zunächst klar, dass auch ein einmaliges Punkteschema für die Sozialauswahl bei konkret anstehenden Kündigungen eine Auswahlrichtlinie gemäß § 95 BetrVG darstellt. Es muss also nicht bereits vorab generell für künftig auszusprechende Kündigungen aufgestellt worden sein. Die Beteiligung des Betriebsrats an Auswahlrichtlinien soll sicherstellen, dass bei der Festlegung und Gewichtung der einzelnen Kriterien auch die Belange der Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt werden. Dieses Bedürfnis besteht auch, wenn es sich »nur« um die soziale Auswahl anlässlich konkret geplanter Kündigungen handelt. Dass die Beteiligung des Betriebsrats den Ausspruch der geplanten Kündigungen verzögern kann, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der Arbeitgeber kann frühzeitig planen und sich mit dem Betriebsrat rechtzeitig auch auf Auswahlrichtlinien für alle künftigen Kündigungen einigen. Auch hätte es der Arbeitgeber sonst in der Hand, das Beteiligungsrecht zu umgehen, indem er sein Punkteschema als jeweils nur für konkrete Kündigungen geltend benennt.

Anmerkung**Wie weit reicht das Beteiligungsrecht des BR?**

Den Ausspruch einer Kündigung durch den Arbeitgeber kann der Betriebsrat nicht verhindern. Ein diesbezügliches Mitbestimmungsrecht ist zwar in § 102 BetrVG geregelt, dabei handelt es sich jedoch nicht um echte Mitbestimmung, wie beispielsweise in § 87 BetrVG, sondern lediglich um eine Art »Mitbeurteilung«. Zudem ist dort zwar der so genannte betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch geregelt, doch auch dieser kann eine Kündigung nicht stoppen. Bei betriebsbedingten Kündigungen ist der Arbeitgeber regelmäßig gehalten, eine soziale Auswahl unter vergleichbaren Mitarbeitern durchzuführen. Dazu kann er nach § 95 Abs. 1 BetrVG mit dem Betriebsrat eine Auswahlrichtlinie vereinbaren, in der abstrakte Kriterien für die Auswahlentscheidung festgelegt werden, etwa ein Punkteschema zur Bewertung der sozialen Daten eines jeden Arbeitnehmers. Das BAG erkennt dem Betriebsrat erstmalig einen allgemeinen Unterlassungsanspruch bei Verletzung dieses

Anerkannter Unterlassungsanspruch

**Aber was bedeutet
das jetzt im Einzelfall
und für die Praxis?**

**Arbeitgeber darf sich
bei Kündigungsprozessen
nicht auf das Auswahl-
schema stützen**

Beteiligungsrechts zu. Der gesetzliche Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG, der grundsätzlich dem allgemeinen Unterlassungsanspruch nicht entgegensteht, schied in diesem Fall allerdings aus, da eine grobe Pflichtverletzung des dort beteiligten Arbeitgebers nicht vorlag. Die Voraussetzungen eines für § 87 BetrVG schon anerkannten Unterlassungsanspruchs sind aber hier gegeben. Die Besonderheit des in § 95 BetrVG geregelten Beteiligungsrechts macht einen solchen erforderlich. Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats und der damit bezweckte Schutz der Arbeitnehmerinteressen ist anders nicht wirksam zu sichern. Der einmalige Verstoß der Arbeitgeberin in der Vergangenheit indiziert auch die für einen Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr. Im Ergebnis hat das BAG mithin der Arbeitgeberin untersagt, ohne Zustimmung des Betriebsrats oder eine die Zustimmung ersetzende Entscheidung der Einigungsstelle bei Kündigungen Punktesysteme anzuwenden, nach denen die Sozialauswahl der zu kündigenden Beschäftigten vorgenommen wird. Die Verletzung von § 95 BetrVG bliebe andernfalls außerhalb von § 23 Abs. 3 BetrVG, der nur grobe, also objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Verstöße sanktioniert, für den Arbeitgeber ohne nachteilige Folgen. Zumindest im Rahmen des Abs. 1 von § 95 BetrVG, also in Betrieben mit bis zu 500 Arbeitnehmern, hat der Betriebsrat ja nicht einmal die Möglichkeit, von sich aus die Einigungsstelle anzurufen, um eine Auswahlrichtlinie durchzusetzen. Ebenso ist es zutreffend, auch bei konkret anstehenden Kündigungen ein eigens dafür vom Arbeitgeber geschaffenes Punkteschema dem Anwendungsbereich des § 95 BetrVG zuzuordnen. Das BAG führt dazu überzeugend eine Auslegung dieser Vorschrift anhand des Wortlauts, des systematischen Zwecks und insbesondere nach dem Sinn und Zweck der Norm durch. Dabei betont es das schützenswerte Interesse der Belegschaft und damit auch des Betriebsrats daran, dass personelle Einzelmaßnahmen auch unter Berücksichtigung persönlicher und sozialer Belange erfolgen und so als fair und angemessen empfunden werden können. Jeder Arbeitgeber muss zukünftig bei der Verwendung von Punkteschemata den Betriebsrat vor Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen beteiligen. Andernfalls droht ihm eine – kostenpflichtige – gerichtliche Untersagung der Verwendung der Richtlinie. Die Untersagung kann unter Umständen auch vorbeugend mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung erreicht werden. Zudem kommt ein Zwangsgeld in Betracht. Groß ist insofern die praktische Bedeutung der einstweiligen Verfügung, weil sie eine schnelle und sofort vollstreckungsfähige Unterlassungsentscheidung beinhaltet, während eine Entscheidung im »normalen« Beschlussverfahren erst nach Eintritt der Rechtskraft vollstreckbar ist. Das kann jedoch aufgrund des Instanzenzuges sehr lange dauern. Der Ausspruch der Kündigung selbst kann aber dadurch nicht verhindert werden. Der vom BAG entwickelte Unterlassungsanspruch ist jeweils auf die Verhinderung einer rechtswidrig eingeleiteten Maßnahme gerichtet. Das betrifft aber nicht die Kündigung als solche. Mitbestimmungswidrig ist die Auswahlrichtlinie, nicht die darauf basierende Kündigung. Soweit im Zusammenhang mit Betriebsänderungen teilweise ein Unterlassungsanspruch wegen Verletzung der Beteiligungsrechte aus den §§ 111 ff. BetrVG anerkannt wird, mit dem auch der Ausspruch von Kündigungen zumindest aufgeschoben werden kann, beruht dort die unternehmerische Maßnahme gerade auch auf dem mitbestimmungswidrigen Verhalten des Arbeitgebers. Dies ist im Verhältnis von § 95 BetrVG zu Kündigungen jedoch nicht der Fall. Hier fußt »nur« die soziale Auswahl auf der Mitbestimmungsverletzung, nicht aber die Kündigung als solche. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber jedenfalls in Betrieben mit bis zu 500 Arbeitnehmern gar nicht verpflichtet ist, die Sozialauswahl anhand eines Punkteschemas zu treffen. § 95 Abs. 1 BetrVG verlangt lediglich, dass er sich mit dem Betriebsrat zu verständigen hat, wenn er eine Auswahlrichtlinie aufstellen will. Ob er das überhaupt will, liegt allein in seiner Entscheidungskompetenz. Für die Praxis ist zunächst davon auszugehen, dass von Arbeitgebern weiterhin mitbestimmungswidrig Richtlinien aufgestellt und Kündigungen auf ihrer Grundlage ausgesprochen werden. Es gilt die Theorie der so genannten Wirksamkeitsvoraus-

Es gelten nicht die Auswahlrichtlinien des Arbeitgebers, sondern die durch Richterrecht entwickelten Grundsätze

Was soll der Betriebsrat im Widerspruchsschreiben darlegen?

setzung. Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 95 BetrVG muss dazu führen, dass die Aufstellung der Auswahlrichtlinie sich individualrechtlich gegenüber den einzelnen Mitarbeitern nicht nachteilig auswirkt. Der Arbeitgeber wäre vor dem Arbeitsgericht demzufolge so zu behandeln, als gebe es sein Punkteschema gar nicht. Es gelten dann die üblichen durch Richterrecht entwickelten Auswahlgrundsätze nach § 1 Abs. 3 KSchG. Der Arbeitgeber muss nun hoffen, dass sein Schema sich in diesem Rahmen bewegt. Ansonsten wären die Kündigungen mangels ordnungsgemäßer Sozialauswahl unwirksam. Allein die Verwendung eines mitbestimmungswidrig zustande gekommenen Punkteschemas aber führt noch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die fehlende soziale Rechtfertigung muss sich konkret aus § 1 KSchG ergeben. Das wäre hier auch nicht nach § 1 Abs. 2 Nr. 1a KSchG der Fall, da die Kündigung ja gerade nicht gegen eine – bereits korrekt aufgestellte – Richtlinie nach § 95 BetrVG verstößt. Dafür spricht der Wortlaut der Vorschrift. Zwar könnte man daran denken, im Falle einer mitbestimmungswidrigen Auswahlrichtlinie erst recht einen derartigen Verstoß anzunehmen. Das überzeugt jedoch nicht: Kündigungsschutzrechtlich macht es schon einen Unterschied, ob der Arbeitgeber die soziale Auswahl zwar mitbestimmungswidrig (ohne Betriebsratsbeteiligung), aber immerhin nach gesetzlich bestimmten, im Rahmen von § 1 Abs. 3 KSchG voll überprüfbaren Kriterien durchführt, oder ob er zwar mit dem Betriebsrat konkrete Regeln für die Sozialauswahl aufstellt, sich im Ergebnis dann aber nicht daran hält. Im ersten Fall ist das BetrVG verletzt, die soziale Auswahl hingegen noch nicht von vornherein. Erst bei der zweiten Variante ist die Sozialauswahl unmittelbar von dem Fehlverhalten des Arbeitgebers betroffen, so dass jetzt die Kündigung sozial ungerechtfertigt wäre. Ebenso wenig liegt dadurch automatisch ein Fall des § 102 Abs. 1 BetrVG vor. Allerdings kommt nun ein Widerspruch nach Abs. 3 in Betracht. Für den Widerspruchsgrund aus § 102 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG gilt allerdings das oben zu § 1 Abs. 2 Nr. 1a KSchG Gesagte. Die Missachtung von § 95 BetrVG steht nicht einem Verstoß gegen eine Auswahlrichtlinie gleich. Möglich ist hingegen der Widerspruchsgrund des § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG. Die einseitige Auswahlrichtlinie des Arbeitgebers kann durchaus dazu führen, dass der Betriebsrat eine nicht ausreichende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte konkret aufzeigt und damit den Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 102 Abs. 5 BetrVG auslöst. Unseres Erachtens muss der Betriebsrat hierfür lediglich im Widerspruchsschreiben darlegen, welches Punkteschema er mit dem Arbeitgeber vereinbart hätte, wäre er beteiligt worden, und welcher andere Arbeitnehmer daraufhin weniger Punkte als der vom Arbeitgeber ermittelte Arbeitnehmer hätte. Allerdings ist der Betriebsrat danach gezwungen, tatsächlich ein eigenes konkretes Punkteschema aufstellen, das fiktiv auf alle vergleichbaren Arbeitnehmer anzuwenden ist. Hierbei hat er den gleichen Gestaltungsspielraum wie der Arbeitgeber im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG. Ein kreativer Betriebsrat sollte also fast immer in der Lage sein, einen begründeten Widerspruch zu formulieren. Ausdrücklich offen bleibt nach dieser BAG-Entscheidung, ob sich der Arbeitgeber weiterhin auch bei einer gemeinsam mit dem Betriebsrat aufgestellten Auswahlrichtlinie einen Beurteilungsspielraum für eine abschließende Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles vorbehalten muss, wie es die Rechtsprechung bisher verlangt. Im Hinblick auf § 1 Abs. 4 KSchG in der seit dem 1.1.2004 geltenden Fassung könnte eine Ausnahme von diesem Grundsatz gerechtfertigt sein, so dass die Auswahlrichtlinie nicht bloß eine Vorauswahl ergibt, sondern bereits den Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers bei der sozialen Auswahl gänzlich beseitigt. Es spricht viel dafür, Auswahlrichtlinien nunmehr auch dann zu akzeptieren, wenn sie keine individuelle Abschlussprüfung mehr vorsehen. Der Gesetzgeber dürfte mit § 1 Abs. 4 KSchG bewusst der Rechtssicherheit und der Nachvollziehbarkeit den Vorrang vor einer Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt haben.

CHRISTIAN VOLLRATH, Richter am Arbeitsgericht Dortmund
RALF HEIDEMANN, Fachanwalt für Arbeitsrecht in Essen