


<b>Gericht:</b>	BAG 2. Senat	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	22.09.1994	<b>Normen:</b>	§ 626 BGB, § 1 Abs 2 KSchG, § 102 Abs 1 BetrVG
<b>Aktenzeichen:</b>	2 AZR 31/94	<b>Zitiervorschlag:</b>	BAG, Urteil vom 22. September 1994 - 2 AZR 31/94 -, BAGE 78, 39-56
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil		

## Außerordentliche Kündigung - Betriebsratsanhörung

### Leitsatz

1. Der Senat hält daran fest (vgl Urteil vom 11. Juli 1991 - 2 AZR 119/91 - AP Nr 57 zu § 102 BetrVG 1972), daß der Betriebsrat immer dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht tragenden Umstände für die Kündigung unterbreitet hat. Um keine Frage dieser sog subjektiven Determinierung der Kündigungsgründe handelt es sich, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat den Sachverhalt bewußt irreführend - auch durch Verschweigen wesentlicher Umstände - schildert. Der Arbeitgeber trägt auch die Beweisführungslast für die nicht bewußte Irreführung des Betriebsrats.

### Fundstellen

BAGE 78, 39-56 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 AP Nr 68 zu § 102 BetrVG 1972 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 DB 1995, 477-478 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 BetrVG EnnR KSchG § 1 (55) (Leitsatz 1 und Gründe)  
 WiB 1995, 340 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 NZA 1995, 363-368 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 DStR 1995, 858 (Gründe)  
 AR-Blattei ES 530.14.3 Nr 150 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 EzA § 102 BetrVG 1972 Nr 86 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 JuS 1995, 748-749 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 MDR 1995, 830-831 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 RzK III 1a Nr 64 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 AuA 1995, 429-430 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 SAE 1996, 22-28 (Leitsatz 1 und Gründe)  
 BetrVG EnnR BetrVG § 102 (8) (Leitsatz 1 und Gründe)  
 DRsp VI(642) 282a-c (Leitsatz 1 und Gründe)

### weitere Fundstellen

NJW 1995, 1854 (Leitsatz)  
 ZfPR 1995, Beilage Nr 6, 18 (Leitsatz)

### Verfahrensgang

vorgehend Landesarbeitsgericht Köln 5. Kammer, 30. September 1993, Az: 5 Sa 708/93  
 vorgehend ArbG Köln, 19. Januar 1993, Az: 16 Ca 3454/92

### Diese Entscheidung zitiert

#### Rechtsprechung

Festhaltung BAG 2. Senat, 11. Juli 1991, Az: 2 AZR 119/91

### Tatbestand

- 1 Der Kläger war seit dem 16. August 1978 in der Niederlassung der Beklagten in Köln als Lkw-Verkäufer tätig. Unter Ziff. 11 des Arbeitsvertrages haben die Parteien vereinbart, daß der Kläger Privatgeschäfte jeglicher Art im Interessenbereich der Beklagten nicht wahrnehmen darf und ein Verstoß hiergegen die Beklagte zur Kündigung des Dienstverhältnisses berechtigt.
- 2 Die Firma W GmbH (im folgenden: Firma W ) kaufte 1989 bei der Beklagten einen Lkw. Nach einigen Monaten stellte sie fest, daß die Nutzlast zu gering war und führte daraufhin im Frühjahr 1990 mit der Beklagten Verhandlungen über den Kauf eines neuen Lkw mit höherer Nutzlast bei gleichzeitiger Inzahlungnahme des gebrauchten Lkw. Das Geschäft kam zunächst nicht zustande, weil die Beklagte für den gebrauchten Lkw lediglich 94.000,-- DM anbot, während der für die Firma W verhandelnde Mitgesellschafter B W auf einem Inzahlungnahmepreis von 116.000,- DM bestand. Mitte April 1990 kam es auf Vermittlung des damals ebenfalls bei der Beklagten beschäftigten PKW-Verkäufers M zu einem Gespräch zwischen dem Kläger und Herrn W im "Steakhouse" in Köln-Porz, bei dem über das Geschäft gesprochen wurde. Der Inhalt des Gesprächs ist zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz streitig geblieben. Nach der Darstellung der Beklagten soll sich der Kläger bei diesem Gespräch der Firma W gegenüber erboten haben, das Gebrauchtfahrzeug für 111.000,- DM zu verkaufen; außerdem habe er Herrn W den Tip gegeben, den Preis des Neufahrzeuges durch Beharren auf einer höheren Rabattgewährung um 5.000,- DM zu senken; wenn dieser erwirke, daß die Verkaufsleitung eingeschaltet werde, sei dieses Ziel zu erreichen, da die Beklagte auf jeden Verkauf angewiesen sei.
- 3 Am 23. April 1990 verhandelte Herr W erneut mit der Beklagten und forderte für den neuen Lkw einen höheren als den von dem Verkäufer Kl gebotenen Preisnachlaß von 28,5 %. Daraufhin schaltete Herr Kl den Verkaufsleiter der Beklagten, Sch , ein, der mit der Firma W am 26. April 1990 einen Kaufvertrag über einen neuen Lkw unter Gewährung eines Preisnachlasses in Höhe von 31,5 % abschloß. Der Kaufpreis lag damit um 5.420,-- DM unter dem ersten Angebot der Beklagten. Ferner wurde die Inzahlungnahme des gebrauchten Lkw zu einem Festpreis von 94.000,-- DM zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart, vorbehaltlich des Selbstverkaufs durch die Firma W .
- 4 Die Firma W forderte den Kläger persönlich mit Schreiben vom 30. Oktober 1990 auf, den gebrauchten Lkw für 111.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer abzunehmen und verklagte ihn nach Ablehnung auf Zahlung von Schadenersatz vor dem Landgericht Köln (Az.: 23 O 122/91). In diesem Prozeß behauptete die Firma W , der Kläger habe Herrn W zugesagt, den gebrauchten LKW entweder selbst anzukaufen oder einen Abnehmer zu einem Verkaufspreis von 111.000,-- DM zu vermitteln. Zudem habe er Herrn W den Tip gegeben, wie er die Differenz zu dem von ihm vorgestellten Kaufpreis von 116.000,-- DM ausgleichen könne. Er müsse in den Verhandlungen mit der Beklagten für das Neufahrzeug über den normalen Preisnachlaß von 28,5 % hinaus auf einem um weitere 5.000,-- DM höheren Preisnachlaß bestehen. Bei entsprechender Hartnäckigkeit werde der Verkaufsleiter der Beklagten Sch den Rabatt einräumen, da die Beklagte derzeit jeden Auftrag benötige. Die Klage wurde nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Urteil vom 22. Januar 1992 mit der Begründung abgewiesen, ein verbindlicher Kaufvertrag zwischen dem Kläger - im Verfahren vor dem Landgericht Beklagter - und der Firma W sei nicht zustande gekommen; der Kläger habe lediglich zugesagt, bei der Veräußerung des Gebrauchtwagens behilflich sein zu wollen.
- 5 Die Firma W informierte die Beklagte mit Schreiben vom 13. April 1992, zugegangen am 16. April 1992, über diesen Sachverhalt und schilderte den Prozeßverlauf aus ihrer Sicht; u. a. ist davon die Rede, Herr M , der mit Herrn W seit Jahren befreundet gewesen sei (u. a. Mitgliedschaft in einem Karnevalsverein), habe offenbar die Fronten gewechselt; als Herr M im Zeugenstuhl Platz genommen und seine Versionen erzählt habe, habe sie eine ohnmächtige Wut gepackt. Am Schluß des Schreibens formulierte die Firma W den Vorwurf, der Kläger und der Verkäufer M würden zuerst ihren Arbeitgeber (die Beklagte) um 5.000,-- DM betrügen und sich dann gegen langjährige Kunden verbünden. Sie schließt das Schreiben mit der Äußerung, den Herren M (Kläger) und M müsse das Handwerk gelegt werden; dies sei ihr (durch den Prozeß) leider nicht gelungen; vielleicht finde die Beklagte eine Möglichkeit, die es den Herren unmöglich mache, den guten Namen der Beklagten zu schädigen.

- 6 Die Beklagte stellte den Kläger am 27. April 1992 zur Rede. Anschließend unterrichtete sie den Betriebsrat mit einem dreiseitigen Schreiben vom selben Tage über die beabsichtigte außerordentliche, vorsorglich ordentliche Kündigung zum nächsten Termin. Einleitend heißt es:
- 7 Mit Schreiben vom 16. April 1992 (richtig: 13. April 1992) der Fa. W GmbH erhielten wir Kenntnis von folgendem Sachverhalt:
- 8 Alsdann gibt die Beklagte im wesentlichen die Schilderung der Firma W als eigene Sachdarstellung wieder; u. a. entspricht die Sachverhaltsdarstellung über die behauptete Zusage zur Vermittlung eines Gebrauchtwagens wörtlich derjenigen des Schreibens vom 13. April 1992, ohne daß dies im Anhörungsschreiben kenntlich gemacht ist. Das Schreiben endet wie folgt:
- 9 Die zur Kündigung des Herrn Mo ausschlaggebenden Gründe sind also
- 1.) Geschäftsschädigendes Verhalten durch Hinweis auf eine mögliche zusätzliche Rabattgewährung (DM 5.000,-) und
  - 2.) Angebot der Vermittlung eines Gebrauchtfahrzeuges (Verstoß gegen § 9 des Anstellungsvertrages). Das Vermittlungsangebot wird durch die Aussagen unseres Verkäufers, Herrn M , vor Gericht und die Anfertigung eines Fotos des Gebrauchtfahrzeuges durch Herrn Mo bestätigt.
- Wir bitten um Zustimmung.
- Herr Mo wurde am 27. April 1992 von der Geschäftsleitung auf den Sachverhalt angesprochen. Nach den Vorhaltungen durch die Geschäftsleitung erklärte er zunächst, daß er Herrn W nur flüchtig kennen würde. Als ihm die Urteilsbegründung zu dem in der Sache vor dem Landgericht geführten Prozess bekanntgegeben wurde, gab er zu, daß er zweimal mit Herrn W zum Essen war.
- 10 Nachdem der Betriebsrat am 30. April 1994 mitgeteilt hatte, es werde kein Widerspruch eingelegt, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom gleichen Tag fristlos, hilfsweise fristgerecht.
- 11 Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger zunächst die Anhörung des Betriebsrats gerügt; dieser sei über den kündigungsrelevanten Sachverhalt nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden. Die Beklagte habe im Anhörungsschreiben zwar die belastenden Behauptungen aus dem Schreiben der Firma W erwähnt, nicht jedoch, daß die Firma W den Prozeß vor dem Landgericht wegen Beweisfähigkeit verloren habe, weil das Gericht der Aussage des Zeugen W keinen Glauben geschenkt habe. Auch sei dem Betriebsrat vorenthalten worden, daß die Firma W seine Entlassung gefordert habe. Schließlich sei dem Betriebsrat suggeriert worden, er, der Kläger, habe die Sachdarstellung der Firma W nicht bestritten.

- 12 Der Kläger hat beantragt,
- 13 1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die von der Beklagten mit Schreiben vom 30. April 1992 ausgesprochene fristlose Kündigung, noch durch die vorsorglich ausgesprochene fristgerechte Kündigung aufgelöst worden ist bzw. aufgelöst werden wird,  
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn, den Kläger, bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsrechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Verkäufer Lkw-W weiterzubeschäftigen.
- 14 Die Beklagte hat beantragt,
- 15 die Klage abzuweisen.
- 16 Die Beklagte hat zur Begründung der Kündigung vorgetragen, der Kläger habe unerlaubte Konkurrenzaktivität entfaltet, indem er Herrn W während des Gesprächs im "Steakhouse" im April 1990 den Verkauf bzw. die Vermittlung des gebrauchten Lkw zugesagt habe. Die Zusage habe er bei Lieferung des Neufahrzeugs in einem Gespräch im Restaurant "Turmhof" nochmals wiederholt. Zudem habe der Kläger mit dem Hinweis darauf, daß die Beklagte auf jeden Auftrag angewiesen und daher zu weiterer Rabattgewährung bereit sei, gegen seine vertragliche Verschwiegenheitspflicht verstoßen.
- 17 Zur Betriebsratsanhörung hat die Beklagte vorgetragen, Herr Ma habe (als Mitglied der Geschäftsleitung) den Betriebsrat während der Sitzung am 30. April 1992 darüber informiert, wie das Urteil des Landgerichts gegen die Firma W ausgefallen sei. Hierauf komme es aber nicht an. Dem Betriebsrat sei angeboten worden, das Urteil einzusehen.
- 18 Das Arbeitsgericht hat der Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme mit der Begründung stattgegeben, ein die Kündigung rechtfertigender Grund sei nicht bewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen, weil die Kündigung schon wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats scheitere. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

### **Entscheidungsgründe**

- 19 Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung (§ 565 ZPO). Die Kündigung ist nicht wegen nicht ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.
- 20 I. Das Landesarbeitsgericht hat seine gegenteilige Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats setze nach dem Zweck des Anhörungsverfahrens eine so genaue und umfassende Darstellung des Sachverhalts voraus, daß der Betriebsrat selbst ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage sei, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über seine Stellungnahme schlüssig zu werden. Dabei folge aus dem Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit, daß eine bewußt oder gewollt unrichtige - oder unvollständige - Sachdarstellung zu einer ordnungsgemäßen Anhörung nicht ge-

nüge. Die Beklagte habe den Sachverhalt im Anhörungsschreiben vom 27. April 1992 bewußt irreführend dargestellt und so ein falsches Bild vom Kündigungssachverhalt vermittelt. Die Darstellung im Anhörungsschreiben erwecke zum einen den Eindruck, daß der dem Betriebsrat mitgeteilte Sachverhalt auf eigenen Ermittlungen beruhe, zutreffend sei und vom Kläger nicht bestritten werde, zum anderen seien dem Betriebsrat Tatsachen nicht mitgeteilt oder vorenthalten worden, die für die Würdigung des Sachverhalts und eine Stellungnahme zur Kündigungsabsicht unerlässlich seien. Dazu zähle der für das Landgericht Köln maßgebliche Umstand der fehlenden Glaubwürdigkeit der Angaben des Zeugen W. Ferner fehlten Hinweise zum Anlaß des Schreibens der Firma W, nämlich deren ohnmächtige Wut und Ärger über den verlorenen Prozeß. Schließlich sei für die Beurteilung der mangelnden Glaubwürdigkeit des Zeugen W die Kenntnis der Motivation der Firma W am Schluß ihres Informationsschreibens, nämlich dem Kläger und dem Verkäufer M das Handwerk zu legen, unerlässlich. Die Beklagte sei darlegungs- und beweisbelastet für die nicht bewußt fehlerhafte Darstellung. Unabhängig von der Beweislastverteilung spreche für eine "bewußt" unvollständige, irreführende Information der Beweis des ersten Anscheins. Die Beklagte habe den Sachverhalt einseitig und "so überzeugend" darstellen wollen, daß der Betriebsrat der Kündigung nicht widersprechen würde. Dies ergebe sich einerseits daraus, daß das Anhörungsschreiben keine den Kläger entlastenden Tatsachen enthalte und andererseits aus dem Umstand, daß die Beklagte dem Betriebsrat das Schreiben der Firma W vom 13. April 1992 vorenthalten habe.

- 21 Demnach komme es nicht darauf an, ob die ordentliche Kündigung durch Gründe im Verhalten des Klägers sozial gerechtfertigt oder als außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zu Recht ausgesprochen sei.
- 22 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Sie beruhen nach Auffassung des Senats auf einer Überinterpretation des § 102 Abs. 1 BetrVG und einer unvollständigen Auslegung des Anhörungsschreibens vom 27. April 1992.
- 23 1. Das Landesarbeitsgericht ist mit der einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (BAG Grundsatzurteil vom 28. Februar 1974 - 2 AZR 455/72 - BAGE 26, 27 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972; zuletzt ausführlich Senatsurteil vom 16. September 1993 - 2 AZR 267/93 - AP Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt, zu B II 2 b cc (1) der Gründe; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG 17. Aufl., § 102 Rz 25; KR-Etzel, 3. Aufl., § 102 BetrVG Rz 106 ff.; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Aufl., Rz 259 ff.) davon ausgegangen, daß die Kündigung nach § 102 Abs. 3 BetrVG nicht nur dann unwirksam ist, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat zuvor überhaupt beteiligt zu haben, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug nachkommt. Dabei handelt es sich um eine analoge Anwendung des § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, der nach seinem Wortlaut die Sanktion der Unwirksamkeit der Kündigung nur ausspricht, falls überhaupt keine Anhörung des Betriebsrats erfolgt. Diese erst durch das Betriebsverfassungsgesetz 1972 eingeführte Rechtsfolge soll nach Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens auch für den Fall "nicht ordnungsgemäßer" Anhörung gelten. Methodisch folgt dies aus einer systematisch-teleologischen Interpretation des Begriffs "Anhörung" unter Einpassung in die Gesamtrechtsordnung, §§ 102, 105 BetrVG (vgl. BAG Urteil vom 16. September 1993, aaO). Denn die vom Gesetz verlangte Anhörung in der Rangordnung der Beteiligungsrechte ist mehr als die bloße Mitteilung über die bevorstehende Kündigung, wie sie in § 105 BetrVG vorgesehen ist. Die Einschaltung des Betriebsrats im Rahmen des Anhörungsverfahrens vor einer Kündigung hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, ihm Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zu der Kündigungsabsicht aus Sicht der Arbeitnehmervertretung zur Kenntnis zu bringen. Die Sanktion verfolgt den Zweck, den Arbeitgeber zu veranlassen, vor jeder Kündigung den Betriebsrat zu hören, will er nicht Gefahr laufen, daß die Kündigung von vorn herein unwirksam ist (Amtliche Begründung, BR-Drucks. 715/70, S. 72). Die Anhörung soll in geeigneten Fällen dazu beitragen, daß es gar nicht zum Ausspruch einer Kündigung kommt (BAG Urteil vom 2. November 1983 - 7 AZR 65/82 - BAGE 44, 201, 206 = AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972, zu A I 2 b der Gründe).
- 24 2. Aus diesem Sinn und Zweck der Anhörung folgt für den Arbeitgeber die Verpflichtung, die Gründe für seine Kündigungsabsicht derart mitzuteilen, daß er dem Betriebsrat eine nähere Umschreibung des für die Kündigung maßgeblichen Sachverhalts gibt. Diese Kennzeichnung des Sachverhalts muß einerseits so genau und umfassend sein, daß der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild zu machen. Der Arbeitgeber genügt daher der ihm obliegenden Mit-

teilungspflicht nicht, wenn er den Kündigungssachverhalt nur pauschal, schlagwort- oder stichwortartig umschreibt oder lediglich ein Werturteil abgibt, ohne die für seine Bewertung maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen (BAG Urteil vom 2. November 1983, aaO).

- 25 Da die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG aber nicht darauf abzielt, die Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu überprüfen, sondern sich darauf beschränkt, im Vorfeld der Kündigung auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluß zu nehmen, sind an die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers im Anhörungsschreiben nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozeß (einhellige Auffassung vgl. BAG Urteil vom 8. September 1988 - 2 AZR 103/88 - BAGE 59, 295 = AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 2 a der Gründe; Kraft, Festschrift für Otto Rudolf Kissel, S. 611, 613). Das Bundesarbeitsgericht leitet daher mit der herrschenden Meinung (vgl. etwa Urteil vom 11. Juli 1991 - 2 AZR 119/91 - AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 2 der Gründe; ebenso Bitter, NZA Beil. 3/1991, S. 16, 19 ff.; KR-Etzel, aaO, § 102 BetrVG Rz 66; Stahlhacke/Preis, aaO, Rz 286 ff. mit weiteren Nachweisen; kritisch Kraft, Festschrift für Otto Rudolf Kissel, S. 611 ff.) aus § 102 BetrVG den Grundsatz der sogenannten "subjektiven Determinierung" ab, demzufolge der Betriebsrat immer dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat. Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen nicht mit, weil er die Kündigung darauf (zunächst) nicht stützen will oder weil er sie bei seinem Kündigungsentschluß für unerheblich oder entbehrlich hält, dann ist die Anhörung selbst ordnungsgemäß. Die in objektiver Hinsicht unvollständige Unterrichtung hat lediglich "mittelbar" die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge, wenn der mitgeteilte Sachverhalt zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung nicht ausreicht, weil es dem Arbeitgeber verwehrt ist, Gründe nachzuschieben, die nicht Gegenstand der Betriebsratsanhörung waren (BAG Urteil vom 11. Juli 1991, aaO, zu II 2 a der Gründe).
- 26 3. Um keine Frage der subjektiven Determinierung handelt es sich aber, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat den Sachverhalt bewußt irreführend schildert, damit sich die Kündigungsgründe als möglichst überzeugend darstellen.
- 27 a) Nach Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens ist eine bewußt und gewollt unrichtige oder unvollständige Mitteilung der für den Kündigungsentschluß des Arbeitgebers maßgebenden Kündigungsgründe wie eine Nichtinformation des Betriebsrats zu behandeln (BAG Urteil vom 31. August 1989 - 2 AZR 453/88 - AP Nr. 1 zu § 77 LPVG Schleswig-Holstein; vgl. auch Bitter, aaO, S. 16, 20). Sie kann nicht nur in der Aufbereitung der mitgeteilten Tatsachen, sondern auch in der Weglassung gegen die Kündigung sprechender, den Arbeitnehmer entlastender Informationen bestehen und führt zur Unwirksamkeit der Kündigung entsprechend § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, wenn die bewußt irreführend dargestellten bzw. weggelassenen Tatsachen nicht nur eine unzutreffende Ergänzung oder Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts bewirken. Der Arbeitgeber verletzt durch eine derartige Darstellung nicht nur die im Anhörungsverfahren geltende Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach §§ 2 Abs. 1, 74 BetrVG (vgl. BAG Urteile vom 2. November 1983, aaO, zu I 2 der Gründe, vom 24. Mai 1989 - 2 AZR 399/88 - nicht veröffentlicht; vom 31. August 1989, aaO; vom 31. Mai 1990 - 2 AZR 78/89 - nicht veröffentlicht; vom 11. Juli 1991, aaO, jeweils zu II der Gründe), sondern er setzt den Betriebsrat auch außerstande, sich ein zutreffendes Bild von den Gründen für die Kündigung zu machen (BAG Urteile vom 27. Mai 1985 - 2 AZR 412/84 - BAGE 49, 136 = AP Nr. 37 zu § 102 BetrVG 1972 sowie Senatsurteile vom 31. August 1989 und 31. Mai 1990, aaO). Daß die bewußt unvollständige Information nicht mit dem Grundsatz der subjektiven Determinierung zu rechtfertigen ist, zeigt sich daran, daß in diesen Fällen das Steuerungsinstrument beim Nachschieben von Kündigungsgründen versagt. Insoweit weist Kraft (Festschrift für Otto Rudolf Kissel, S. 611, 617) zutreffend darauf hin, daß der Arbeitgeber naturgemäß überhaupt kein Interesse an dem Nachschieben von Umständen hat, die zu einer für den Arbeitnehmer günstigeren Beurteilung des Sachverhalts führen können. Das Verwertungsverbot würde, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, sein Ziel verfehlen, wenn der nicht verwertbare Sachverhalt ausschließlich den Arbeitnehmer begünstigt und auf die sachliche Rechtfertigung der Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB ohne Einfluß ist. Ein weiteres Argument ergibt sich auf Grund der Besonderheiten einer Verdachtskündigung. Der Arbeitgeber muß dem Betriebsrat auch die den Arbeitnehmer entlastenden Tatsachen der Anhörung mitteilen, insbesondere soweit sie Gegenstand einer Stellungnahme des Arbeitnehmers zu den ihm zur Last gelegten Vorwürfen sind. Eine Darstellung, durch die der Arbeitgeber einseitig die Verdachtsmomente darstellt und ihm bekann-

- te entlastende Tatsachen unterdrückt, vereitelt eine sachgemäße Beurteilung seitens des Betriebsrats. Die Anhörung wäre nicht ordnungsgemäß, sie stünde einer Nichtanhörung gleich.
- 28 b) Die Betriebsratsanhörung ist danach jedenfalls dann fehlerhaft, wenn der Arbeitgeber den Sachverhalt bewußt irreführend und unvollständig mitgeteilt hat. Die weitergehende Rechtsfrage, ob und inwieweit der Grundsatz subjektiver Determinierung der Mitteilungspflicht darüber hinaus im Zusammenhang mit der unbewußt fehlenden Mitteilung entlastender Umstände gilt, stellt sich nur bei vermeidbarer und unbewußter Fehlinformation (vgl. auch Bitter, aaO, S. 16, 20).
- 29 Während die herrschende Meinung auf dem Standpunkt steht, die Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit werde nicht bereits durch eine vermeidbare oder unbewußte Fehlinformation verletzt (BAG Urteil vom 31. Mai 1990, aaO), vertritt Kraft (Festschrift für Otto Rudolf Kissel, S. 611, 618) neuerdings die Auffassung, die Differenzierung sei nicht durchführbar. Alle objektiv kündigungsrelevanten Tatsachen gingen in die Willensbildung des Arbeitgebers ein, wenn er von ihnen Kenntnis erlange. Demgemäß sei der Arbeitgeber verpflichtet, dem Betriebsrat alle Informationen zukommen zu lassen, über die er selbst für die beabsichtigte Kündigung verfüge und die objektiv für die Kündigung nötig seien. Es genüge dabei, wenn er die tragenden Elemente des Kündigungssachverhalts schildere und dem Betriebsrat im übrigen die den konkreten Kündigungssachverhalt betreffenden Informationen gebe, die seiner Entscheidung zugrunde gelegen hätten (Kraft, aaO, S. 619). Eine so weitgehende Betrachtungsweise ist von der Analogie zu § 102 BetrVG jedoch nicht gedeckt. Die Anwendung der Vorschrift für die Fälle "nicht ordnungsgemäßer" Anhörung wird durch Sinn und Zweck dieser Vorschrift legitimiert und zugleich begrenzt. Das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit gebietet es dem Arbeitgeber im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG, dem Betriebsrat Informationen zu geben bzw. nicht vorzuenthalten, auf Grund derer bzw. ohne die bei ihm ein falsches Bild über den Kündigungssachverhalt entstehen. Im Verhältnis der Betriebspartner soll dabei Offenheit und Ehrlichkeit gewährleistet sein. Daraus folgt, daß die Pflicht zu vertrauensvoller Zusammenarbeit nicht schon durch eine vermeidbare oder unbewußte Fehlinformation verletzt ist (Bitter, aaO, S. 20 f.).
- 30 Dagegen spricht auch nicht das von Kraft (aaO, S. 617) angeführte Argument, nach der Differenzierung des Bundesarbeitsgerichts sei das Anhörungsverfahren nur dann fehlerhaft, wenn der Arbeitgeber "skrupellos genug" sei, entlastende Umstände ausführlich in seine Überlegungen mit einzubeziehen und darüber hinaus "unvorsichtig genug, dies auch noch zuzugeben". Denn der Arbeitnehmer, der die ihn entlastenden Umstände am besten kennt, hat die Möglichkeit, im Prozeß vorzutragen, daß der Arbeitgeber diese bewußt nicht mitgeteilt hat. Der Arbeitgeber muß dann in der Konsequenz der analogen Anwendung des § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG bei nicht ordnungsgemäßer Anhörung die ihn entlastenden Tatsachen darlegen und beweisen.
- 31 c) Insoweit ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, daß der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die nicht bewußte Irreführung trägt, wenn die objektiven Daten mit der Information des Betriebsrats nicht übereinstimmen. Bestreitet der Arbeitnehmer die "ordnungsgemäße" Betriebsratsanhörung, ist es Sache des Arbeitgebers, deren Richtigkeit und Vollständigkeit darzulegen. Ergeben sich entweder bereits Unterschiede zwischen der objektiven Informationslage und der Information an den Betriebsrat oder bestreitet der Arbeitnehmer die Richtigkeit der Informationen an den Betriebsrat, ist es schon aus Gründen der Sachnähe Aufgabe des Arbeitgebers, darzulegen und notfalls zu beweisen, daß er den Betriebsrat nicht bewußt in die Irre geführt hat.
- 32 Unzutreffend ist es allerdings, wenn das Landesarbeitsgericht darauf abstellt, daß der Beweis des ersten Anscheins den Vortrag des (nicht darlegungs- und beweisbelasteten) Klägers bestätigen würde. Diese Begründung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Anscheinsbeweis setzt einen unstreitigen oder bewiesenen Sachverhalt voraus, der infolge der Häufigkeit gleicher Ereignisse nach der Lebenserfahrung auch gleiche Folgen auslöst. Ob sich ein Geschehensablauf als typisch erweist, ist eine revisionsrichterlich nachprüfbare Beweisregel (vgl. Zöllner, ZPO, 18. Aufl., § 286 Rz 16 ff.). Die Voraussetzungen für eine Anwendung der Regeln über den Anscheinsbeweis, dessen Anwendungsbereich vornehmlich im Schadenersatzrecht bei typischen Geschehensabläufen in Fragen objektiver Zurechnung besteht, liegen hier nicht vor: Die Art der Information bei der Betriebsratsanhörung ist nicht durch eine Häufigkeit gleicher Ereignisse typisch, so daß der Schluß auf die innere Willensrichtung der Beklagten nicht mit der Lebenserfahrung zu begründen ist.

- 33 4. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat hier die Beklagte nachgewiesen, ihren Betriebsrat bei dessen Anhörung nicht bewußt irregeführt zu haben. Die Revision rügt zu Recht, daß die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht die Annahme tragen, die Beklagte habe mit dem Anhörungsschreiben vom 27. April 1992 unter Zurückhaltung des Informationsschreibens der Firma W bewußt den irreführenden Eindruck erweckt,
- 34 die im Anhörungsschreiben gegebene Sachverhaltsdarstellung beruhe auf eigenen Ermittlungen der Beklagten, ohne kenntlich zu machen, daß weitgehend die Sachdarstellung der Firma W übernommen werde, der Sachverhalt sei insgesamt zutreffend und werde vom Kläger nicht bestritten, dem Betriebsrat würde die wesentliche Information vorenthalten, daß nach dem Landgerichtsurteil der Zeuge W nicht glaubwürdig sei, und daß Motivation für das die Kündigungsabsicht auslösende Schreiben der Firma Walter vom 13. April 1993 gewesen sei, dem Kläger das Handwerk zu legen.
- 35 a) Bei dem Anhörungsschreiben handelt es sich um eine Willenserklärung nichttypischer Art, so daß die Auslegung derartiger Willenserklärungen grundsätzlich Sache der Tatsacheninstanz ist (u. a. BAG Urteil vom 19. August 1975 - 1 AZR 565/74 - BAGE 27, 218, 227 = AP Nr. 1 zu § 105 BetrVG 1972, zu II 3 der Gründe); in diesen Fällen ist nach dieser Rechtsprechung eine Überprüfung durch das Revisionsgericht nur dahin möglich, ob das Berufungsgericht eine Auslegung völlig unterlassen hat, ob diese unzureichend ist oder ob gegen ein Gesetz verstoßen oder wesentlicher Auslegungstoff nicht herangezogen worden ist.
- 36 Auch unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten Beurteilungsspielraums kann das LAG-Urteil, das außerdem noch eine zusätzliche Information an den Betriebsrat, wonach das Landgerichtsurteil in Sachen Firma W gegen den Kläger zu Lasten der Firma Walter ausgefallen sei und der Betriebsrat das Urteil einsehen könne, als zutreffend unterstellt, keinen Bestand haben.
- 37 b) Dem Einleitungssatz des Anhörungsschreibens ist zu entnehmen, worauf das Landesarbeitsgericht nicht eingeht, daß der geschilderte Kündigungssachverhalt auf einer Information der Firma Walter laut deren Schreiben vom 16. April 1992 (richtig: 13. April 1992, gemeint ist möglicherweise das Zugangsdatum 16. April 1992) beruhte. Insofern heißt es eingangs des Anhörungsschreibens mit kaum zu überbietender Deutlichkeit:
- 38 Mit Schreiben vom 16. April 1992 von der Firma W GmbH erhielten wir Kenntnis von folgendem Sachverhalt:
- 39 Der Doppelpunkt und die nachfolgende Sachdarstellung belegen hinreichend, daß hier Informationen von dritter Seite, nämlich der Firma W, wiedergegeben werden sollten. Zwar wäre es noch klarer gewesen, wenn die nachfolgende Sachdarstellung im Konjunktiv wiedergegeben wäre. An ein derartiges, aus dem kaufmännischen Geschäftsverkehr stammendes und nicht an Volljuristen gerichtetes Schreiben können aber keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Hier kommt hinzu, daß die Beklagte ersichtlich den im Landgerichtsurteil erfaßten Tatbe-



stand auswertete. Der Betriebsrat mußte also davon ausgehen, daß der geschilderte Sachverhalt im wesentlichen auf Informationen der Firma W beruhte.

- 40 Wenn die Beklagte an zwei Stellen der Sachverhaltsdarstellung eigenes Erkenntnismaterial hinzufügte, nämlich die Firma W habe laut MBVS-Ausdruck ... gleichzeitig mit der Firma MAN verhandelt und die Erklärung des Klägers, er werde das Fahrzeug der Firma W verkaufen, werde durch eine "gerichtlich beurkundete Aussage unseres Verkäufers, Herrn M , bestätigt", so berührt das die Richtigkeit der Sachdarstellung aus der Sicht der die Kündigung begründenden Beklagten nicht. Die Relevanz dafür, ob der geschilderte Sachverhalt nun auf Informationen der Firma W oder eigenen Ermittlungen und Feststellungen der Beklagten beruhte, worauf das Landesarbeitsgericht abstellt, ist auch nicht ersichtlich. Dies gilt jedenfalls solange, als der Betriebsrat durch den einleitenden Hinweis des Anhörungsschreibens deutlich darauf gestoßen wurde, die Beklagte handele hier aufgrund einer Information aus dem Kundenkreis. Auch die Umsetzung der Information der Firma W in die Kündigungsabsicht beruhte insofern auf einer eigenen Feststellung der Beklagten, die sie noch um die weitere Feststellung nach Kenntnisnahme des Landgerichtsurteils vervollständigte, nämlich die Erklärung des Klägers, er werde das Fahrzeug der Firma W verkaufen, werde durch eine gerichtlich beurkundete Aussage des Verkäufers M bestätigt. Dies traf tatsächlich zu, denn der frühere Verkäufer M der Beklagten hatte im Landgerichtsprozeß tatsächlich ausgesagt:
- 41 "Der Beklagte (gemeint ist der Kläger dieses Prozesses) hat geäußert: Herr W , ich verkaufe das Fahrzeug für sie. Das Geschäft geht klar".
- 42 Die Beklagte hat also mit der Wiedergabe dieser Bekundung den Betriebsrat nicht getäuscht. Auch die Feststellung im Anhörungsschreiben, die Firma W habe seinerzeit gleichzeitig mit der Firma MAN wegen eines LKW-Kaufs gesprochen, entspricht sowohl einer Information der Firma W (vgl. auch die spätere Aussage des Zeugen B. Walter vor dem Arbeitsgericht) wie auch des Verkäufers Kl der Beklagten, der den Neukauf für die Beklagte mit Herrn W verhandelte. Auch insoweit ist eine Fehlinformation des Betriebsrats nicht ersichtlich.
- 43 c) Soweit das Landesarbeitsgericht weiter beanstandet, die Beklagte habe im Anhörungsschreiben den Sachverhalt fälschlich als zutreffend und vom Kläger nicht bestritten hingestellt, läßt sich dies dem Anhörungsschreiben bei vollständiger Auswertung nicht entnehmen.
- 44 aa) Auf dem Hintergrund des Kündigungsvorwurfs "Angebot der Vermittlung eines Gebrauchtfahrzeuges" hat die Beklagte den Betriebsrat aus ihrer Sicht im Anhörungsschreiben dahin informiert, daß der Kläger bei dem ersten Gespräch mit W erklärte, sein Partner sei zur Zeit in der ehemaligen DDR, werde aber in einer Woche zurück erwartet und dann werde der LKW sofort abgeholt; bei dem zweiten Gespräch im Restaurant "Turmhof" habe der Kläger nochmals erklärt, daß er das Fahrzeug der Firma W verkaufen werde. Eben dies entsprach dem damaligen Kenntnisstand der Beklagten, die aufgrund des Landgerichtsurteils zwar nicht davon ausgehen konnte (und ausging), es sei erwiesen, daß der Kläger das Fahrzeug selbst verbindlich gekauft habe, er wolle aber bei dem Kauf behilflich sein. Folgerichtig und korrekt hat die Beklagte den Betriebsrat nicht dahin informiert, der Kläger habe das Fahrzeug selbst angekauft. Die Formulierung im Anhörungsschreiben "...erklärte nochmals, daß er das Fahrzeug...verkaufen werde" suggeriert damit nur eine Vermittlungsabsicht, die genau dem Kündigungsvorwurf und dem damaligen Kenntnisstand der Beklagten nach Auswertung des Landgerichtsurteils entsprach.
- 45 bb) Der Schlußpassage des Anhörungsschreibens
- 46 "Herr Mo wurde am 27. April 1992 von der Geschäftsleitung auf den Sachverhalt angesprochen. Nach den Vorhaltungen durch die Geschäftsleitung erklärte er zunächst, daß er Herrn W nur flüchtig kennen würde. Als ihm die Urteilsbegrün-

dung zu dem in der Sache vor dem Landgericht geführten Prozeß bekannt gegeben wurde, gab er zu, daß er zweimal mit Herrn W zum Essen war"

- 47 läßt sich auch entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts nicht entnehmen, der Kläger habe die Sachdarstellung der Beklagten nicht bestritten, während er tatsächlich zu den ausschlaggebenden Kündigungsgründen - geschäftsschädigendes Verhalten und Vermittlungsangebot - nicht sachlich im einzelnen befragt worden sei. Mit der oben wiedergegebenen Passage befaßt sich das Landesarbeitsgericht nicht näher, so daß die Auslegung insofern unvollständig ist. Es spricht schon manches dafür, daß das Wort "Sachverhalt" im ersten Satz dieser Passage im Lichte des zweiten Satzes zu interpretieren ist, nämlich daß die Beklagte den Kläger nur stichprobenartig auf den Sachverhalt "Landgerichtsverfahren", nicht jedoch auf den Kündigungsvorwurf als solchen, ansprechen wollte. Insoweit war der Beklagten offensichtlich die erste Antwort des Klägers, er würde Herrn W nur flüchtig kennen, obwohl er nach den früheren - unstreitigen - zweimaligen Treffen in Köln-Porz und dem alsdann mit W geführten Prozeß wohl hundertprozentig "im Bilde" war, so bezeichnend, daß sie sich weitere Vorhaltungen erspart hat. Jedenfalls hat aber die Beklagte mit dem Hinweis auf die Urteilsbegründung, mit der ja die Abweisung der Klage der Firma W erläutert wurde, dem Betriebsrat nicht bewußt vorgespiegelt, der Kläger habe damit den Kündigungssachverhalt zugegeben. Eher läßt sich der Hinweis auf den Landgerichtsprozeß - unabhängig davon, ob der Betriebsrat außerdem noch, wie vom Landesarbeitsgericht unterstellt, Einblick in das Urteil nehmen konnte, wovon er offensichtlich keinen Gebrauch gemacht hat - dahin verstehen, die Sachdarstellung der Firma W sei nicht erwiesen. Zumindest wird vom Landesarbeitsgericht nicht begründet, woraus die bewußte Fehlinformation in diesem Punkt zu schließen sein soll.
- 48 Das Gegenteil, nämlich nicht bewußte Fehlinformation, läßt sich - worauf die Revision zutreffend hinweist - dem Zusatz im Anhörungsschreiben beim zweiten Kündigungsvorwurf (Vermittlungsangebot) entnehmen, das Vermittlungsangebot werde durch die Aussage des Verkäufers M und durch die Anfertigung eines Fotos vom Gebrauchtfahrzeug durch den Kläger bestätigt. Dieser Hinweis erübrigte sich, wenn der Kläger den Vorwurf nicht (mehr) bestritt. Wenn schließlich der Kläger, als er am 27. April 1992 zur Rede gestellt wurde, dann nach dem ersten Vorhalt der Beklagten noch erklärte, W nur flüchtig zu kennen, mußte dem auch der Betriebsrat entnehmen, der Kläger bleibe bei seinem Bestreiten. Dann war die Betriebsratsanhörung in diesen Punkten nicht unvollständig und irreführend.
- 49 d) Auch der Vorwurf des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe dem Betriebsrat den für die Entscheidungsfindung im Prozeß der Firma W gegen den Kläger für das Landgericht Köln maßgeblichen Umstand der fehlenden Glaubwürdigkeit der Angaben des Zeugen W vorenthalten, sie habe ferner den Betriebsrat nicht über die Motivation des Schreibens der Firma W vom 13. April 1992 (ohnmächtige Wut über den verlorenen Prozeß), insbesondere die Schlußpassage, "den Herren M und Mo mußte das Handwerk gelegt werden", aufgeklärt, was aber für die Glaubwürdigkeit des Zeugen W unerlässlich sei, führt nicht zu einer bewußten Fehlinformation (durch Verschweigen) im Sinne des § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG.
- 50 aa) Zunächst einmal ist festzustellen, daß das Landgericht Köln im Prozeß der Firma W gegen den Kläger den Zeugen W nicht als unglaubwürdig bezeichnet hat (vgl. dazu noch unter bb), so daß die Beklagte insofern auch nicht bewußt die Angabe einer wesentlichen Tatsache verschwiegen hat. Davon abgesehen gehören Umstände, die die Glaubwürdigkeit von Zeugen oder anderen Beweismitteln betreffen, in der Regel nicht zum Kündigungssachverhalt im Sinne des § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Damit würde nämlich unterstellt, daß es solcher Beweismittel überhaupt bedarf, was indessen überflüssig ist, wenn die Sachdarstellung des Arbeitgebers im Prozeß nicht bestritten wird. Der Revision ist insofern zuzugeben, daß erst im Prozeß vor dem Arbeitsgericht zu klären ist, ob die Kündigungsgründe zutreffend und nachweisbar sind. Stellt sich erst im arbeitsgerichtlichen Verfahren heraus, daß die Umstände, die den Arbeitgeber zur Kündigung veranlaßt haben, nicht zur Überzeugung des Gerichts nachweisbar sind, so berührt das die Ordnungsmäßigkeit der Anhörung des Betriebsrats nicht. Hielte man den Arbeitgeber generell für verpflichtet, auch solche Umstände mitzuteilen, die Zweifel an der Beweiskraft seiner Beweismittel begründen könnten, so führte dies zu einer mit § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht be-



© juris GmbH