

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 480/10  
5 Sa 702/09  
Sächsisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
24. November 2011

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Vesper und die ehrenamtliche Richterin Schipp für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 9. Juni 2010 - 5 Sa 702/09 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Die Klägerin war seit dem 1. September 1986 bei der Beklagten als Sachbearbeiterin tätig. Sie war Vorsitzende des bei der Beklagten gebildeten Personalrats. 2

Mit Schreiben vom 26. Juni 2009 bat die Beklagte den Personalrat um Zustimmung zu einer beabsichtigten fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Zur Begründung gab sie an, die Klägerin stehe im Verdacht, ihre eigene Personalakte bezüglich der Erteilung einer Nebentätigkeitsgenehmigung gefälscht zu haben. Der Personalrat gab hierzu keine Stellungnahme ab. 3

Mit Schriftsatz vom 3. Juli 2009 beantragte die Beklagte beim Verwaltungsgericht, die Zustimmung des Personalrats zu ersetzen. Mit einem am 11. September 2009 verkündeten Beschluss gab das Verwaltungsgericht dem Antrag statt. Die Beschwerde ließ es nicht zu. 4

Mit Schreiben vom 14. September 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos. 5

Die Klägerin hat gegen die Kündigung rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unwirksam. Im Zeitpunkt des Zugangs sei die Zustimmung des Personalrats nicht wirksam iSv. § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG „ersetzt“ gewesen. Diese Voraussetzung liege erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft einer entsprechenden verwaltungsgerichtli- 6

chen Entscheidung vor. Überdies fehle es an einem wichtigen Grund zur Kündigung.

Die Klägerin hat beantragt

7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 14. September 2009 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, sie bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung zu den bisherigen Bedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, sie habe die Kündigung nicht verfrüht erklärt. Sei die Zustimmung des Personalrats auf der Grundlage von § 48 Abs. 1 SächsPersVG ersetzt worden, könne die Kündigung gegenüber dem Personalratsmitglied bereits unmittelbar nach Verkündung der betreffenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidung erklärt werden. Auf die Rechtskraft der Entscheidung komme es nicht an. Die gegenteilige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 103 BetrVG sei auf die einschlägige personalvertretungsrechtliche Regelung nicht übertragbar. Die Kündigung sei auch nach § 626 BGB wirksam. Gegen die Klägerin habe der dringende Verdacht einer Urkundenfälschung bestanden.

8

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen.

9

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben zutreffend entschieden. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 14. September 2009 nicht aufgelöst worden.

10

I. Die Kündigung ist gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG iVm. § 108 Abs. 1 BPersVG, § 48 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 SächsPersVG unwirksam.

11

1. Die Klägerin war im Kündigungszeitpunkt Mitglied des bei der Beklagten bestehenden Personalrats. Das gilt unabhängig davon, ob sie zuvor wirksam von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung suspendiert worden war. Eine solche Maßnahme berührt das personalvertretungsrechtliche Mandat als solches nicht (*vgl. Eylert in Schwarze/Schrader/Eylert KSchG § 15 Rn. 80*). 12
  
2. Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds der Personalvertretung unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und dass die nach dem Personalvertretungsrecht erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Gemäß § 48 Abs. 1 SächsPersVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Personalrats, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, der Zustimmung des Personalrats. Verweigert dieser seine Zustimmung oder äußert er sich - wie im Streitfall - nicht innerhalb von drei Arbeitstagen nach Eingang des Antrags, so kann das Verwaltungsgericht sie auf Antrag des Dienststellenleiters ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Die ohne eine Zustimmung oder deren gerichtliche Ersetzung ausgesprochene außerordentliche Kündigung ist unwirksam (*vgl. BAG 28. April 1994 - 8 AZR 209/93 - zu I der Gründe, BAGE 76, 317*). Entsprechendes ergibt sich aus § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG iVm. § 108 Abs. 1 BPersVG. Inwieweit der Landesgesetzgeber nach der Föderalismusreform 2006 von § 108 BPersVG abweichende, ersetzende Bestimmungen erlassen darf (*zum Meinungsstand: AnwK/Spreer 2. Aufl. § 108 BPersVG Rn. 108 ff.; Kersten in Richardi/Weber/Dörner PersVG 3. Aufl. § 108 Rn. 4*), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Der Sächsische Gesetzgeber hat eine solche Regelung nicht beschlossen. § 48 Abs. 1 SächsPersVG stimmt mit § 108 Abs. 1 BPersVG, soweit dieser sich auf Mitglieder des Personalrats bezieht, weiterhin wörtlich überein. 13
  
3. Bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vom 14. September 2009 hatte der Personalrat ihr weder zugestimmt noch war seine Zustimmung iSv. § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG gerichtlich „ersetzt“. Dafür hätte der hierauf 14

lautende Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 11. September 2009 bereits rechtskräftig sein müssen. Das war nicht der Fall.

a) Die Kündigung eines durch § 15 KSchG besonders geschützten Mitglieds des Betriebsrats oder der Personalvertretung kann in Fällen, in denen es der gerichtlichen Ersetzung der Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats bedarf, wirksam erst nach Eintritt der Rechtskraft einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung erfolgen (*für § 103 BetrVG: BAG 9. Juli 1998 - 2 AZR 142/98 - zu II 2 der Gründe, BAGE 89, 220; 25. Oktober 1989 - 2 AZR 342/89 - zu I der Gründe, RzK II 3 17; 25. Januar 1979 - 2 AZR 983/77 - zu I 1 der Gründe, BAGE 31, 253; 11. November 1976 - 2 AZR 457/75 - zu B I 4 ff. der Gründe, BAGE 28, 233; für §§ 47, 108 BPersVG: BAG 28. April 1994 - 8 AZR 209/93 - zu I 1 der Gründe, BAGE 76, 317; 27. März 1991 - 2 AZR 418/90 - zu II 1 b aa der Gründe, RzK II 1a Nr. 5*). 15

aa) § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG verlangt - ebenso wie § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG -, dass die Zustimmung der betreffenden Arbeitnehmervertretung „ersetzt ist“. Diese Formulierung spricht für den Willen des Gesetzgebers, die Kündigung erst bei endgültig feststehender Ersetzung zu ermöglichen. Solange die gerichtliche Entscheidung noch mit dem Risiko einer Abänderung im Instanzenzug behaftet ist, kann noch nicht die Rede davon sein, dass die Zustimmung des Personalrats ersetzt „ist“. 16

bb) Dieses Normverständnis stimmt mit den Grundsätzen über die Vollstreckbarkeit der im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ergehenden Entscheidungen und über den Eintritt ihrer Wirksamkeit überein: Die Ersetzung der Zustimmung beruht auf der Gestaltungswirkung eines gerichtlichen Beschlusses, die regelmäßig nicht vor Rechtskraft der Entscheidung eintreten kann (*vgl. BAG 11. November 1976 - 2 AZR 457/75 - zu B I 4 ff. der Gründe, BAGE 28, 233; Matthes in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 85 Rn. 3*). Außerdem trägt ein solches Verständnis dem in gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren bestehenden Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Rechnung (*BAG 9. Juli 1998 - 2 AZR 142/98 - zu* 17

*II 2 b der Gründe, BAGE 89, 220; 11. November 1976 - 2 AZR 457/75 - zu B I 8 c der Gründe, BAGE 28, 233).*

- b) Eine Ausnahme gilt für die Fälle, in denen sich ein Rechtsmittel oder Rechtsbehelf gegen den die Zustimmung ersetzenden Beschluss als offensichtlich aussichtslos darstellt. Unter dieser Voraussetzung kann die Kündigung schon vor Eintritt der formellen Rechtskraft der die Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats ersetzenden gerichtlichen Entscheidung erfolgen. Der besondere Kündigungsschutz wird dadurch nicht beeinträchtigt, da bereits feststeht, dass eine anderweitige gerichtliche Entscheidung nicht mehr erreichbar ist (vgl. BAG 9. Juli 1998 - 2 AZR 142/98 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 89, 220; 25. Januar 1979 - 2 AZR 983/77 - zu I 3 a der Gründe, BAGE 31, 253). Die gerichtliche Entscheidung ist dann ebenso „unanfechtbar“ wie ein formell rechtskräftiger Beschluss (vgl. BAG 25. Januar 1979 - 2 AZR 983/77 - zu I 4 der Gründe, aaO). 18
- c) Diese Grundsätze sind, wie das Landesarbeitsgericht richtig gesehen hat, auf das Zustimmungserfordernis aus § 48 Abs. 1 SächsPersVG übertragbar (so auch: Behrens-Kubitz/Darré/Wagner SächsPersVG 2. Aufl. § 48 Nr. 3; Glied/Seidel/Schwill SächsPersVG 3. Aufl. § 48 Rn. 12; Vogelsang ua. LPersVG für den Freistaat Sachsen Stand 2009 § 48 Rn. 52). 19
- aa) § 48 Abs. 1 SächsPersVG stimmt mit § 47 Abs. 1, § 108 Abs. 1 BPersVG wörtlich bzw. nahezu wörtlich überein und hat einen mit § 103 BetrVG identischen Regelungsgehalt. Das verlangt nach einer kongruenten Auslegung der einzelnen Normen. 20
- bb) Das Landesrecht enthält zwar einige verfahrensrechtliche Besonderheiten. Diese führen aber nicht dazu, dass eine auf § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG iVm. § 48 Abs. 1 SächsPersVG gestützte Kündigung bereits vor Rechtskraft eines die Zustimmung des Personalrats ersetzenden Beschlusses Wirksamkeit erlangen könnte. 21

- (1) § 187 Abs. 2 VwGO gestattet den Ländern, für das Gebiet des Personalvertretungsrechts von der Verwaltungsgerichtsordnung abweichende Verfahrensvorschriften zu erlassen. Von dieser Möglichkeit hat der Sächsische Landesgesetzgeber mit der Regelung des § 88 Abs. 2 SächsPersVG Gebrauch gemacht. Er hat in § 88 Abs. 2 Satz 1 SächsPersVG - analog der für den Bund geltenden Regelung des § 83 Abs. 2 BPersVG - angeordnet, dass für bestimmte personalvertretungsrechtliche Angelegenheiten die Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das Beschlussverfahren entsprechende Anwendung finden sollen. Das gilt auch für die vor den Verwaltungsgerichten auszutragenden Streitigkeiten nach § 48 Abs. 1 SächsPersVG (*Gliech/Seidel/Schwill SächsPersVG 3. Aufl. § 88 Rn. 4*). 22
- (2) Allerdings enthält § 88 Abs. 2 Satz 2 SächsPersVG (*in der bis 20. November 2010 geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 25. Juni 1999, SächsGVBl. S. 430*) hierzu eine Rückausnahme. Während nach § 87 ArbGG gegen verfahrensbeendende Beschlüsse der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren das Rechtsmittel der Beschwerde ohne weitere Beschränkungen zulässig ist, hat der Sächsische Landesgesetzgeber mit der vorbezeichneten Regelung für die Einlegung der Beschwerde gegen vergleichbare Beschlüsse des Verwaltungsgerichts die entsprechende Anwendung von § 124 Abs. 2 und 124a VwGO vorgeschrieben. Danach ist die Beschwerde gegen erstinstanzliche Beschlüsse der Verwaltungsgerichte in personalvertretungsrechtlichen Angelegenheiten nur statthaft, wenn sie zugelassen worden ist. Hat - wie im Streitfall - das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss die Beschwerde nicht zugelassen, kann sie nur auf Zulassung hin erfolgen, die binnen eines Monats beantragt werden muss. Über den Antrag, der beim Verwaltungsgericht anzubringen ist, entscheidet das Oberverwaltungsgericht (§ 124a Abs. 4, Abs. 5 VwGO). 23
- (3) Ob diese (*durch das 4. Gesetz zur Änderung des SächsPersVG vom 4. November 2010, SächsGVBl. S. 290 aufgehoben*) Beschränkungen der Rechtsschutzmöglichkeiten im Zustimmungseretzungsverfahren rechtlichen Bedenken unterliegen (*dazu: Gliech/Seidel/Schwill SächsPersVG 3. Aufl. § 88 Rn. 3*), kann dahinstehen. Aus ihnen lässt sich jedenfalls nicht die Befugnis des 24

Arbeitgebers ableiten, die Kündigung schon vor rechtskräftiger Zustimmungsersetzung zu erklären. Der aufgrund § 88 Abs. 2 Satz 1 SächsPersVG iVm. § 84 ArbGG ergehende Beschluss entfaltet vor Ablauf der Antragsfrist des § 124a Abs. 4 Satz 1 VwGO keine Rechtskraftwirkung. Wird ein Antrag auf Zulassung der Beschwerde gestellt, hemmt dieser den Eintritt der Rechtskraft (§ 124a Abs. 4 Satz 6 VwGO).

cc) Der Einwand der Beklagten, ein Zuwarten mit der Kündigung bis zur Rechtskraft eines die Zustimmung ersetzenden Beschlusses sei ihr mit Rücksicht auf die vergleichsweise lange Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren und die sich daraus ergebenden Belastungen unzumutbar, und ihr Hinweis auf die Überzeugungskraft verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen greifen nicht durch. Unabhängig von der sachlichen Berechtigung dieser Erwägungen führen sie nicht daran vorbei, dass dem verwaltungsgerichtlichen Ersetzungsbeschluss vor Eintritt der formellen Rechtskraft die notwendige Gestaltungswirkung fehlt. 25

dd) Für das Erfordernis der Rechtskraft des die Zustimmung ersetzenden Beschlusses spricht im Übrigen der - doppelte - Schutzzweck des § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG. 26

(1) Die Regelung gewährleistet zum einen die Unabhängigkeit der Personalratsmitglieder bei der Ausübung ihres Amtes. Sie will zum anderen die Stetigkeit der Arbeit im Personalrat dadurch sichern, dass dieser für die Dauer der Wahlperiode in seiner personellen Zusammensetzung möglichst unverändert bleibt. Der besondere Kündigungsschutz für Mitglieder der Arbeitnehmervertretung dient damit sowohl individuellen als auch kollektiven Interessen (vgl. BAG 26. November 2009 - 2 AZR 185/08 - Rn. 18, BAGE 132, 293; 23. Januar 2002 - 7 AZR 611/00 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 100, 204). Die bis zur Rechtskraft des Ersetzungsbeschlusses eintretende Verzögerung einer beabsichtigten Kündigung ist notwendige Folge dieses Schutzes (BAG 28. April 1994 - 8 AZR 209/93 - zu I 2 b aa der Gründe, BAGE 76, 317). 27



- (2) Bestünde dagegen die Möglichkeit, die Kündigung schon vor dem Eintritt der Unanfechtbarkeit der die Zustimmung des Personalrats ersetzenden Entscheidung zu erklären, führte dies zwangsläufig zu einem rechtlichen Schwebezustand, den die Kündigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung grundsätzlich nicht verträgt (*BAG 24. Februar 2011 - 2 AZR 830/09 - Rn. 18 mwN, NZA 2011, 708*). Außerdem wäre für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits von einer Verhinderung des Personalratsmitglieds iSv. § 31 Abs. 1 Satz 2 SächsPersVG auszugehen (*vgl. Schwarze in Richardi/Dörner/Weber PersVR 3. Aufl. § 31 Rn. 16; für die vergleichbare Regelung des § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG: BAG 10. November 2004 - 7 ABR 12/04 - zu B II 1 b bb der Gründe, BAGE 112, 305; 14. Mai 1997 - 7 ABR 26/96 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 85, 370*). Das verträge sich nicht mit dem gesetzgeberischen Ziel, die personelle Kontinuität des Personalrats so lange zu sichern, bis kollektivrechtlich alle notwendigen Voraussetzungen für die Kündigung geschaffen sind. 28
- ee) Für die Notwendigkeit der Rechtskraft des Zustimmungsersetzungsbeschlusses spricht überdies die Systematik vergleichbarer Verfahren. So wird der Ausschluss eines Arbeitnehmers aus dem Personalrat (§ 28 Abs. 1 SächsPersVG) erst mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung wirksam (§ 29 Abs. 1 Nr. 6 SächsPersVG; *vgl. Glied/Seidel/Schwill SächsPersVG 3. Aufl. § 29 Rn. 7*). Das Gleiche gilt für den Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds (§ 23 Abs. 1 BetrVG; *vgl. Fitting BetrVG 25. Aufl. § 23 Rn. 26*). 29
- ff) Etwaige praktische Schwierigkeiten, die sich bei der Feststellung des Zeitpunkts ergeben mögen, zu dem der die Zustimmung ersetzende Beschluss in Rechtskraft erwächst, rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Diese Probleme stellen sich auch in anderen Zusammenhängen und werden dort vom Gesetzgeber ersichtlich hingenommen. So hat ggf. eine außerordentliche Kündigung gemäß § 91 Abs. 5 SGB IX unverzüglich nach erteilter Zustimmung des Integrationsamts zu erfolgen (*dazu BAG 2. Februar 2006 - 2 AZR 57/05 - AP BGB § 626 Nr. 204 = EZA BGB 2002 § 626 Ausschlussfrist Nr. 1*). 30

- gg) Mit den von der Revision angeführten Entscheidungen des Landes- 31  
arbeitsgerichts Niedersachsen vom 23. Juli 1974 und des Reichsarbeitsgerichts  
vom 13. November 1929 (*zu § 97 des Betriebsrätegesetzes*) hat sich der Senat  
in seinem Urteil vom 11. November 1976 (- 2 AZR 457/75 - BAGE 28, 233)  
unter B I der Gründe eingehend auseinandergesetzt. Auf die dortigen Ausführ-  
ungen wird verwiesen.
- d) Danach kann die Kündigung vom 14. September 2009 keinen Bestand 32  
haben.
- aa) Der die Zustimmung des Personalrats ersetzende Beschluss des Ver- 33  
waltungsgerichts Dresden vom 11. September 2009 war bei Zugang der Kündi-  
gung nicht formell rechtskräftig. Zwar hatte das Verwaltungsgericht die Be-  
schwerde nicht zugelassen. Die Kündigung erfolgte aber schon wenige Tage  
nach Verkündung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung und damit zu  
einem Zeitpunkt, zu dem die Monatsfrist für einen Antrag auf Zulassung der  
Beschwerde noch nicht abgelaufen war. Es spricht sogar viel dafür, dass die  
Frist mangels Zustellung einer mit Gründen versehenen Ausfertigung der  
Entscheidung noch nicht einmal in Lauf gesetzt worden war.
- bb) Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, ein Antrag der Klägerin auf 34  
Zulassung der Beschwerde sei von vorneherein völlig aussichtslos gewesen.  
Dafür liegen auch objektiv keinerlei Anhaltspunkte vor.
- II. Der Klageantrag zu 2. ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. 35  
Der Antrag ist dahingehend zu verstehen, dass er auf die vorläufige Weiterbe-  
schäftigung der Klägerin für die Dauer des Rechtsstreits gerichtet ist. Die  
Entscheidung des Senats über die Kündigungsschutzklage ist mit ihrer Verkün-  
dung rechtskräftig.

III. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 36

Kreft

Schmitz-Scholemann

Berger

Vesper

B. Schipp