Schieds- und Schlichtungsstelle

II-16/11

Beschluss

In dem Schiedsverfahren

der Dienststellenleitung A

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte B

gegen

die Mitarbeitervertretung C

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte D

hat die Schiedsstelle durch Frau Marewski als Vorsitzende sowie Herrn Schmidt und Herrn Thierbach als Beisitzer aufgrund der mündlichen Verhandlung am 22.06.2010

b e s c h l o s s e n:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e:

Mit dem am 02.03.2011 bei der Schiedsstelle eingegangenen Antrag begehrt die antragstellende Dienststellenleitung die durch die Mitarbeitervertretung und Antragsgegnerin verweigerte Zustimmung zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Mitarbeiters zu ersetzen. Dieser 1962 geborene Mitarbeiter ist bei der Antragstellerin seit dem 01.10.1995 als Physiotherapeut und seit dem 01.11.2000 als leitender Physiotherapeut beschäftigt; er ist Mitglied der Mitarbeitervertretung.

Die Antragstellerin kündigte das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters mit Schreiben vom 27.02.2009. In dem daraufhin durchgeführten Kündigungsschutzprozess obsiegte der Arbeitnehmer erst- und zweitinstanzlich durch zwischenzeitlich rechtskräftiges Urteil. Seit Ausspruch der Kündigung beschäftigt die Antragstellerin den Mitarbeiter nicht mehr. Seit dem Sommersemester 2009 nahm der Mitarbeiter mit Kenntnis der Antragstellerin ein berufsbegleitendes Fernstudium für Neurorehabilitation an einer Universität in Österreich auf. Zu Studienzwecken hielt er sich für jedes von sechs Modulen jeweils 1 Woche am Studienort auf, so unter anderem Ende Oktober 2009, Anfang 2010 und Anfang Juni 2010. Der Antragsteller erhielt von der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales einen Bescheid vom 28.09.2009 über die Anerkennung dieses Studienganges als Bildungsveranstaltung i.S.v. § 11 Berliner Bildungs-und Urlaubsgesetzt. Mit Klage und Klageerweiterung vom 01.10. bzw. 13.10.2010 begehrte der Mitarbeiter von der Antragstellerin Zahlung von Arbeitsentgelt aus Annahmeverzug für den Zeitraum von Februar 2009 bis August 2010. Nachdem die Antragstellerin und damalige Beklagte in jenem Verfahren schriftsätzlich ein Zurückbehaltungsrecht wegen des absolvierten Studiums und dadurch bedingte Abwesenheitszeiten des Arbeitnehmers geltend gemacht hatte, teilte der Arbeitnehmer mit Schriftsatz vom 31.01.2011 die Zeiten der durch das Fernstudium bedingten Abwesenheit unter Hinweis darauf, dass diese ihn nicht gehindert hätten die Tätigkeit bei dem Arbeitgeber auszuführen, mit und ergänzte dieses Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht Berlin vom 15.02.2011. Dieses hat der auf Annahmeverzugsvergütung gerichteten Klage bis auf den Zeitraum der Abwesenheit für
3 Module, da der Arbeitnehmer hier an der Erbringung der Arbeitsleistung objektiv gehindert gewesen sei, stattgegeben.

Die Antragstellerin erhebt den Vorwurf des versuchten Prozessbetruges mit der Begründung, dass der Mitarbeiter bei Erhebung der Zahlungsklage bewusst jeden Hinweis darauf unterlassen habe, dass er aufgrund seines Studiums im Ausland jedenfalls nicht in

dem gesamten streitgegenständlichen Zeitraum für die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zur Verfügung gestanden habe.
Mit Schreiben vom 23.02.2011 an die Antragsgegnerin beantragte die Antragstellerin die Zustimmung zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung, hilfsweise mit sozialer Auslaufsfrist zu erteilen. Sie begründete dieses Begehren mit dem aus ihrer Sicht begangenen versuchten Prozessbetrug, so dass das Arbeitsverhältnis sowohl aus Tat – als auch aus Verdachtsgründen außerordentlich zu kündigen sei.

Nachdem eine stattgefundene Erörterung am 25.02.2011 für beendet erklärt worden war, verfolgt die Antragstellerin mit dem hiesigen Antrag ihr Begehren auf Zustimmungsersetzung.

Sie trägt vor, dass jedenfalls seit Beginn des Studiums es dem Mitarbeiter aufgrund der studienbedingten Abwesenheiten teilweise unmöglich gewesen sei, seine arbeitsvertragliche Tätigkeit als leitender Physiotherapeut auszuüben. Es sei davon auszugehen, dass er gegenüber seinem Rechtsanwalt bewusst falsche Sachangaben gemacht und diesen bewusst dazu veranlasst habe, seine begonnenes Studium im Ausland zunächst vollständig zu verschweigen, so dann zu behaupten, er würde an einer Hochschule in Salzburg studieren und nunmehr vorzutragen, er würde an der Hochschule in Krems studieren. Anhaltspunkte dafür, dass der Mitarbeiter in soweit einem Irrtum unterlegen sei, seien nicht ersichtlich. Durch das bewusste Unterlassen eines Hinweises auf das Studium habe der Mitarbeiter versucht, das Arbeitsgericht darüber zu täuschen, dass die Voraussetzungen eines Annahmeverzugslohnanspruchs vorliegen würden. es liege somit ein versuchter Prozessbetrug vor, der zur Kündigung berechtige.

Die Antragstellerin beantragt,

> die von der Beteiligten zu 2) verweigerte Zustimmung zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Herrn E zu ersetzen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

> den Antrag zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin ein Prozessbetrug nicht herleiten lasse. So sei es im Zivilprozess Sache jeder Partei, die für sie günstigen anspruchsbegründenden Tatsachen vorzutragen, nicht jedoch die ungünstigen anspruchshemmenden oder anspruchsvernichtenden Tatsachen. Ferner sei aufgrund des geringen zeitlichen Umfangs der Abwesenheit während des Fernstudiums und der Möglichkeit diese Fortbildung im Rahmen von Erziehungs- oder Bildungsurlaub zu absolvieren davon auszugehen, dass der Annahmeverzug der Antragstellerin nicht beseitigt werden würde, so dass hier keine entscheidungserheblichen Tatsachen vorliegen würden. Fehle es jedoch an der Entscheidungserheblichkeit, so stellten ungenau oder gar unrichtige Angaben noch keinen Prozessbetrug dar.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Inhalt zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend verwiesen.

Der zulässige Antrag ist unbegründet.

Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 MVG darf einem Mitglied der Mitarbeitervertretung nur nach § 626 BGB außerordentlich gekündigt werden. Die Kündigung bedarf der Zustimmung der Mitarbeitervertretung (§ 21 Abs. 2 Satz 2 MVG). Dabei gilt § 38 Abs. 3 und 4 MVG mit der Maßgabe entsprechend, dass die Dienststellenleitung die Frist für die Stellungnahme der Mitarbeitervertretung auf 3 Tage verkürzen kann (§ 21 Abs. 2 Satz 3 MVG). Die fehlende Zustimmung der Mitarbeitervertretung ist im Verfahren nach § 38 Abs. 4 MVG zu ersetzen, wenn die beabsichtigte außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist, dass heißt, wenn alle Vorraussetzungen des § 626 BGB vorliegen.

Eine nach § 626 BGB zulässige Kündigung setzt voraus, dass ein wichtiger Grund für die Kündigung gegeben ist. Dieser liegt dann vor, wenn eine erhebliche Vertragsverletzung festgestellt wird, die es dem Kündigenden unzumutbar macht das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen (fiktiven) Kündigungsfrist fortzusetzen. Ein zu lasten des Arbeitgebers begangener versuchter Prozessbetrug ist ein Vermögensdelikt, das einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 BGB darstellen kann, welcher zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Darlegungs- und Beweispflichtig für die Tatsachen, die die Kündigung begründen sollen, ist der Arbeitgeber – hier die Antragstellerin.

Diese hat zur Begründung der beabsichtigten Kündigung angeführt, dass der Arbeitnehmer im Verfahren vor dem Arbeitsgericht Berlin weder in der Klageschrift noch der Klageerweiterung, mit der er Annahmeverzugslohn geltend gemacht habe, studienbedingte Abwesenheitszeiten mitgeteilt habe. Dies sei erstmals in einem weiteren Schriftsatz geschehen. Das Verschweigen des Studiums stelle einen versuchten Prozessbetrug zu Lasten der Antragstellerin dar. Durch das bewusste Unterlassen eines Hinweises seines Studiums habe es der Mitarbeiter versucht das Arbeitsgericht über die Voraussetzungen des Annahmeverzugslohns zu täuschen. Es sei davon auszugehen, dass Herr E gegenüber seinem Rechtsanwalt bewusst falsche Sachangaben gemacht und diesen bewusst dazu veranlasst habe, das Studium zu verschweigen.

Dieser Sachvortrag rechtfertigt es nicht, das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 BGB, der die Antragstellerin zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, anzunehmen. Es kann dahinstehen ob das von der Antragstellerin geschilderte Vorgehen des damaligen Klägers im Verfahren vor dem Arbeitsgericht Berlin überhaupt den Tatbestand des (versuchten) Prozessbetruges erfüllen kann. Es fehlt jedenfalls an jeder Darlegung der Arbeitgeberin dazu, woraus sich eine vorsätzliche Handlung des Arbeitnehmers ergeben soll.

Will der Arbeitgeber wegen einer begangenen Straftat oder wegen des Verdachts einer Straftat das Arbeitsverhältnis kündigen, so muss er nicht nur zu den Tatbestandsmerkmalen, sondern auch zu der subjektiven Seite der Tat ausreichend vortragen. Dem genügt es nicht, wenn die Antragstellerin vorbringt, es sei davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer bewusst gehandelt habe. Dies stellt eine schlichte Behauptung der Antragstellerin dar, deren Wahrheitsgehalt im gesamten streitgegenständlichen Verfahren durch keinerlei Sachvortrag nachprüfbar und nachvollziehbar belegt worden ist. Die Auffassung der Antragstellerin, allein durch die Erhebung der Zahlungsklage und das Verschweigen von Abwesenheitszeiten unter Verstoß gegen die prozessuale Wahrheitspflicht ergebe ich der vom Arbeitnehmer versuchte Prozessbetrug, ist so nicht richtig. Zwar trifft jede Prozesspartei gem. § 138 ZPO primär eine Wahrheitspflicht, indem vollständig und zutreffend vorgetragen werden muss. Diese Offenbarungspflicht gilt jedoch nur für die – wie die Antragstellerin richtig ausführt – "voraussichtlich wesentlichen" Punkte. Die verschwiegenen Tatsachen müssen mithin entscheidungsrelevant sein und dies muss für die Prozesspartei erkennbar sein. Weitere Voraussetzung für die Annahme eines Prozessbetruges ist die Erkennbarkeit der Offenbarungspflicht und daraus folgend, dass bei Verletzung der Offenbarungspflicht das Gericht der Partei etwas zu sprechen würde, worauf ein Anspruch erkennbar nicht bestünde.

Die Absicht des Betreffenden muss somit darauf gerichtet sein, dass Gericht zu einem falschen Urteil und damit den Arbeitgeber zu einer Vermögensverfügung zu veranlassen.

Der Vortrag der Antragstellerin beschränkt sich jedoch darauf aus dem Verschweigen von Abwesenheitszeiten durch den Kläger in der Klageschrift auf einen versuchten Prozessbetrug zu schließen, ohne die eingangs geschilderten Voraussetzungen auch nur annähernd darzustellen. In diesem Zusammenhang ist auf folgendes hinzuweisen:

Der Arbeitnehmer und damalige Kläger hat sich vor dem Arbeitsgericht Berlin anwaltlich vertreten lassen, so dass es hier zunächst nicht um einen eigenen Sachvortrag des Klägers, sondern den seines Prozessbevollmächtigten geht. Hier können – unabhängig von der Frage der Zurechenbarkeit - bereits zum einen die Quellen von Irrtümern oder Informationsdefiziten liegen; zum anderen aber obliegt die rechtliche Bewertung eines bestimmten Geschehens ausschließlich dem rechtkundigen Vertreter der Prozesspartei und nicht dem Mandanten selbst. Der Prozessvertreter des damaligen Klägers ist, wie sich aus seinem Schriftsatz vom 31.01.2011 ergibt, erkennbar davon ausgegangen, dass kurzzeitige Abwesenheiten im Rahmen eines berufsbegleitenden Studiums den Anspruch auf Annahmeverzugsentgelt nicht hindern. Deshalb ist es jedenfalls nachvollziehbar, dass bereits aus anwaltlicher Sicht geringfügige Abwesenheitszeiten, die durch Bildungsurlaub und Urlaub – wie vorgetragen wurde – abgedeckt werden konnten, nicht entscheidungsrelevant waren und damit zunächst nicht vorgetragen werden mussten. Dieses Vorgehen kann dem Arbeitsnehmer nicht derart angelastet werden, dass hieraus ein versuchter vorsätzlicher Prozessbetrug konstruiert wird.

Ferner war der Antragstellerin bereits seit längerem unstreitig bekannt, dass der klagende Arbeitnehmer seit dem Sommersemester 2009 ein berufsbegleitendes Studium in Österreich aufgenommen hatte. Hiervon wussten sowohl die Prozessparteien als auch deren Prozessbevollmächtigte, wie sich aus den eingereichten Schriftsätzen ergibt; lediglich über den Ort der Ausbildung herrschte Unklarheit. Bei dieser Sachlage kann ebenfalls nicht unterstellt werden, dass der damalige Kläger zielgerichtet in der Absicht das Arbeitsgericht zu einem Fehlurteil zu veranlassen die allseits bekannte Tatsache des Fernstudiums verschwiegen hatte. Die Gesamtheit der Vorgänge während des arbeitsgerichtlichen Verfahrens ergeben mithin weder Anhaltspunkte für eine dem Arbeitnehmer erkennbare Offenbarungspflicht von aus seiner Sicht entscheidungserheblichen Tatsachen, noch für dessen Absicht einer vorsätzlichen Täuschungshandlung mit nachfolgender Irrtumserregung bei dem erkennen Gericht.

Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung ist mithin nicht ersichtlich. Weder sind die Voraussetzungen für einen versuchten Prozessbetrug hinreichend dargelegt worden, noch für den Verdacht einer solchen Straftat. Hier gilt nichts anderes hinsichtlich der Darlegungslast des Kündigungsberechtigten. Dieser muss vortragen, woraus sich ergibt, das der Verdacht der Straftat dringend und erheblich ist und alles erforderliche zur Aufklärung unternommen worden ist. Hierzu gehört es auch, dass die Tatsachen, aus denen eine vorsätzliche Begehung der Straftat hergeleitet werden soll, hinreichend dargestellt werden, was vorliegend in keiner Form geschehen ist.

Die von der Mitarbeitervertretung verweigerte Zustimmung zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Herrn E war daher mangels vorliegen eines wichtigen Grundes nicht zu ersetzen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung ist das Rechtsmittel der Beschwerde nach Maßgabe des § 63 MVG in der für das Diakonische Werk Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz geltenden Fassung gegeben.

Berlin, 22.06.2011

gez. Marewski