

Az.: 8 A 103/16.PB
8 K 1123/15

beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Personalvertretungssache

der Bundesagentur für Arbeit
vertreten durch den Vorstand
vertreten durch die Geschäftsführung der Agentur für Arbeit Zwickau
Pölbitzer Straße 9 a, 08058 Zwickau

- Antragstellerin -
- Beschwerdegegnerin -

prozessbevollmächtigt:
Bundesagentur für Arbeit
Prozessvertretung Personal Ost
Friedrichstraße 34, 10969 Berlin

beteiligt:

1. Frau

2. Personalrat der
vertreten durch den Vorsitzenden

- Antragsgegner -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt zu 1.:
Anwaltsbüro

wegen

Auflösung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses
hier: Beschwerde

hat der 8. Senat des Sächsischen Obergerichtes durch den Vorsitzenden Richter am Obergericht Dr. Freiherr von Welck sowie die ehrenamtlichen Richter Frau Steinhardt sowie die Herren Felber, Puy sowie Wenzel aufgrund der mündlichen Anhörung

am 27. Oktober 2016

beschlossen:

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 15. Januar 2016 - 8 K 1123/15 - wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin und die am 8. Dezember 1988 geborene Beteiligte zu 1, Frau Peschke, streiten über die Auflösung des zwischen ihnen gegründeten unbefristeten Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 Abs. 4 BPersVG.
- 2 Die Antragstellerin, die Bundesagentur für Arbeit, hatte mit der Beteiligten zu 1 mit Vertrag vom 27. August 2012 ein Ausbildungsverhältnis zur Fachangestellten für Arbeitsmarktdienstleistungen, beginnend ab dem 1. September 2012, begründet. Die Beteiligte zu 1 wurde in der Agentur für Arbeit Zwickau eingesetzt. Bei der Wahl von Vertretern der Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV), die am 26. März 2014 abgehalten wurde, wurde die Beteiligte zu 1 mit zwei Stimmen auf den zweiten Platz gewählt. Mit der Versetzung der Vorsitzenden zu Beginn des Jahres 2015 nach Dresden wurde die Beteiligte zu 1 Vorsitzende der JAV. Die Beteiligte zu 1 beendete

ihre Ausbildung mit Ablegung der mündlichen Prüfung am 8. Juli 2015. Seit diesem Zeitpunkt und bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens wurde die Beteiligte zu 1 vorübergehend bei der Agentur für Arbeit Zwickau als Telefonserviceberaterin im Service-Center beschäftigt.

- 3 Mit Schreiben vom 19. Mai 2015 teilte der Vorsitzende der Geschäftsführung der Agentur für Arbeit Zwickau der Beteiligten zu 1 mit, dass sie nach bestandener Abschlussprüfung weder in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gemäß § 9 BPersVG noch in ein befristetes Arbeitsverhältnis nach § 25 TVN-BA übernommen werden könne. Zur Begründung wurde angeführt, dass sie ihre persönlichen und vertraglichen Pflichten während ihrer Ausbildungszeit im erheblichen Maß verletzt habe, indem sie eine Vielzahl von massiven Arbeitszeitmanipulationen begangen habe. Deshalb sei das Vertrauensverhältnis so schwerwiegend und nachhaltig gestört, dass eine sich an die Berufsausbildung anschließende Übernahme in ein Arbeitsverhältnis aus außerordentlichen personen- und verhaltensbedingten Gründen unzumutbar sei.

- 4 Dieser Mitteilung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

- 5 Die Beteiligte zu 1 war im Rahmen eines Praktikums in der Zeit vom 7. bis zum 15. April 2015 im Bereich Personal des Internen Service bei der Agentur für Arbeit Chemnitz beschäftigt. Aufgrund von Beobachtungen durch Mitarbeiter des Bereichs Personalservice sowie von anderen Auszubildenden wurde das computergeführte Arbeitszeitkonto der Beteiligten zu 1 eingesehen. Die Überprüfung ergab, dass die Beteiligte zu 1, anstatt den Beginn und das Ende ihrer Arbeitszeit entsprechend ihrem tatsächlichen Kommen und Gehen im sogenannten „IT-Zeit Web“ (das von allen Mitarbeitern zu benutzende Zeiterfassungsprogramm) zu buchen, nachträglich davon abweichend über das entsprechende Computerprogramm durch Eintragung im „IT-Zeit Web“ manuell die nachfolgenden Zeiten erfassen ließ:

- | | | |
|---|-------------------------------|-----------------------|
| 6 | Erfasste Eintragung für: | Buchung erfolgt am: |
| | Kommen: 05.12.2014, 07:31 Uhr | 05.12.2014, 09:45 Uhr |
| | Gehen: 24.02.2015, 13:35 Uhr | 25.02.2015, 07:27 Uhr |
| | Gehen: 09.03.2015, 16:17 Uhr | 10.03.2015, 07:19 Uhr |
| | Kommen: 10.03.2015, 06:36 Uhr | 10.03.2015, 07:19 Uhr |
| | Kommen: 18.03.2015, 06:23 Uhr | 18.03.2015, 11:47 Uhr |
| | Gehen: 18.03.2015, 15:45 Uhr | 19.03.2015, 13:35 Uhr |

Kommen: 19.03.2015, 06:43 Uhr	19.03.2015, 13:36 Uhr
Kommen: 23.03.2015, 06:27 Uhr	23.03.2015, 07:41 Uhr
Gehen: 23.03.2015, 15:47 Uhr	24.03.2015, 08:35 Uhr
Kommen: 24.03.2015, 06:23 Uhr	24.03.2015, 08:37 Uhr
Gehen: 24.03.2015, 15:27 Uhr	25.03.2015, 09:39 Uhr
Kommen: 25.03.2015, 07:12 Uhr	25.03.2015, 09:39 Uhr
Gehen: 25.03.2015, 16:37 Uhr	26.03.2015, 07:25 Uhr
Kommen: 26.03.2015, 06:29 Uhr	26.03.2015, 07:25 Uhr
Kommen: 07.04.2015, 06:32 Uhr	07.04.2015, 14:38 Uhr
Kommen: 10.04.2015, 06:17 Uhr	10.04.2015, 07:03 Uhr
Kommen: 13.04.2015, 06:23 Uhr	13.04.2015, 08:28 Uhr
Kommen: 14.04.2015, 06:09 Uhr	14.04.2015, 08:38 Uhr
Kommen: 15.04.2015, 06:12 Uhr	15.04.2015, 07:39 Uhr
Gehen: 15.04.2015, 15:27 Uhr	16.04.2015, 07:21 Uhr

- 7 Für den 14. und 15. April 2015 lag eine Auswertung der Zutrittskontrolle vor, wonach die digitale Dienstkarte der Beteiligten zu 1 an der Zufahrt des Parkhauses Heinrich-Lorenz-Straße 2 in Chemnitz um 07:43 Uhr (14. April) bzw. 07:17 Uhr (15. April) gelesen worden war. Der tatsächlich erfasste Dienstbeginn an diesen Tagen um 06:09 Uhr bzw. 06:12 Uhr konnte somit nicht den Tatsachen entsprechen. Auch wurde von Mitarbeitern des Teams Personalservice bestätigt, dass sich die Beteiligte zu 1 am 15. April 2015 bereits gegen 13:30 Uhr verabschiedet hatte, während sie das Dienstende an diesem Tag manuell um 15:27 Uhr erfasst hatte. Wegen des Verdachts, dass die Beteiligte zu 1 auch in weiteren Fällen falsche Arbeitszeitbuchungen vorgenommen habe, wurde sie hierzu am 22. April 2015 angehört. Hierin wurde sie darauf hingewiesen, dass sie am 5. November 2014 über die Erfassung der Arbeitszeit und die Nutzung des Zeiterfassungsterminals in den Dienstgebäuden schriftlich belehrt worden sei. Die Beteiligte zu 1 wurde in der Anhörung gebeten, bis zum 24. April 2015, 12:00 Uhr, zu den Vorwürfen schriftlich Stellung zu nehmen. In ihrer Stellungnahme vom 24. April 2015 räumte die Beteiligte zu 1 die ihr vorgeworfenen Arbeitszeitmanipulationen in vollem Umfang ein. Sie entschuldigte ihr Verhalten damit, dass sie trotz der Unterstützungsangebote des Arbeitgebers die Betreuung ihres Sohnes habe allein bewältigen wollen. Weder der Vater ihres Sohns noch die Großeltern hätten die Betreuung abdecken können. Sie bat um Einräumung der Möglichkeit, ihren Fehler wieder gutzumachen und zu beweisen, dass ein solches Verhalten nicht mehr vorkommen werde. Sie bat zudem um die Möglichkeit, ihre Ausbildung zu beenden.

- 8 Aufgrund der Arbeitszeitmanipulationen wurde der Beteiligten zu 1 am 5. Mai 2015 eine schriftliche Abmahnung ausgesprochen. Hierin wurde darauf hingewiesen, dass unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und ihrer Stellungnahme aufgrund der besonderen Härte, dass sie kurz vor der Beendigung ihrer Ausbildung und eines erfolgreichen Berufsabschlusses stehe, von einer außerordentlichen Kündigung ihres Ausbildungsverhältnisses abgesehen und ihr die Abmahnung ausgesprochen worden sei.
- 9 Am 8. Juni 2015 stellte der Prozessbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 den Antrag auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bei der Agentur für Arbeit Zwickau. Der Antrag ging am 9. Juni 2015 unter Beifügung einer Vollmacht im Original dort ein.
- 10 Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 2. Juli 2015, am 3. Juli 2015 bei Gericht eingegangen, Feststellungsanträge erhoben. Sie hat hierzu geltend gemacht, dass es ihr unter Berücksichtigung aller Umstände nicht i. S. v. § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG zumutbar sei, das mit der Beteiligten zu 1 nach § 9 Abs. 2 BPersVG begründete Arbeitsverhältnis aufrechtzuhalten. Dies ergebe sich aus den schwerwiegenden verhaltensbedingten und personenbedingten Gründen. Sie stünden auch einer befristeten Übernahme nach § 25 TVN-BA entgegen. Die Beteiligte zu 1 habe die ihr vorgeworfenen und nachgewiesenen Arbeitszeitmanipulationen in vollem Umfang eingeräumt. Die von ihr dazu bei der Anhörung vorgetragenen Gründe seien bei der Entscheidung, keine außerordentliche Kündigung auszusprechen, berücksichtigt worden. Eine solche Kündigung wäre möglich gewesen, weil die Beteiligte zu 1 wiederholt Anwesenheitszeiten im erheblichen Umfang manipulativ zu ihren Gunsten eingetragen habe. Dies sei geschehen, obwohl sie über die ordnungsgemäße Erfassung der Arbeitszeit belehrt worden sei. Sie könne sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch nach Ablauf der Kündigungsfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB auf diese Gründe berufen. Mit ihrem Fehlverhalten habe die Beteiligte zu 1 belegt, dass ihr die charakterliche Eignung für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst fehle. Die Nichteinhaltung der Frist gemäß § 9 Abs. 1 BPersVG sei gemäß § 9 Abs. 5 BPersVG folgenlos. Im Übrigen habe sie erst mit Eingang der Stellungnahme der Beteiligten zu 1 am 24. April 2015 sichere Kenntnis von den Umständen erlangt. Weder die Personalvertretungen noch der Berufsbildungsausschuss seien nach den

gesetzlichen Regelungen zu beteiligen gewesen. Im Übrigen habe die Beteiligte zu 1 erneut ihre mangelnde charakterliche Eignung belegt, weil sie trotz ausreichender Belehrung die Arbeitszeit für eine Fortbildungsmaßnahme fehlerhaft aufgezeichnet habe. Ihre Einlassung, sie habe die Belehrung nicht wahrgenommen, sei nicht glaubhaft.

11 Die Beteiligte zu 1 hat zuletzt beantragt,

das nach § 9 Abs. 2 BPersVG begründete unbefristete Arbeitsverhältnis zwischen ihr und der Beteiligten zu 1 gemäß § 9 Abs. 4 Ziffer 2 BPersVG aufzulösen.

12 Die Beteiligte zu 1 hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

13 Sie hat geltend gemacht, dass die Antragstellerin wegen der Vorfälle eine Abmahnung ausgesprochen und ihre Verfehlung damit arbeitsrechtlich abschließend bewertet habe. Weitere Konsequenzen könnten daher wegen desselben Sachverhalts nicht mehr gezogen werden. Zudem hätten die Personalvertretung und die JAV in entsprechender Anwendung der Mitbestimmungsrechte auch bei der Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses beteiligt werden müssen; dies sei nicht geschehen. Auch die gemäß § 79 BBiG erforderliche Anhörung des Berufsbildungsausschusses habe nicht stattgefunden. Das Verhalten der Antragstellerin sei widersprüchlich. Obwohl nach deren Auffassung eine außerordentliche Kündigung möglich gewesen wäre, habe sie mit der Abmahnung zum Ausdruck gebracht, dass künftig mit einem ordnungsgemäßen Verhalten gerechnet werde. Daher werde sie auch jetzt weiterbeschäftigt.

14 Der Beteiligte zu 2 ist den Ausführungen der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 3. April 2015 beigetreten. Die Beteiligte zu 3 hat sich nicht geäußert.

15 Mit dem von der Beteiligten zu 1 angefochtenen Beschluss vom 15. Januar 2016 - 8 K 1123/15 - hat das Verwaltungsgericht Dresden festgestellt, dass das nach § 9 Abs. 2 BPersVG zwischen der Antragstellerin und der Beteiligten zu 1 begründete unbefristete Arbeitsverhältnis aufgelöst ist. Zur Begründung hat es ausgeführt, Zweifel hin-

sichtlich der Wirksamkeit des Weiterbeschäftigungsverlangens ergäben sich nicht aus dem Umstand, dass die Beteiligte zu 1 bei der Abgabe ihrer Erklärung durch ihren Prozessbevollmächtigten vertreten gewesen sei. Die Berechtigung, den Antrag beim Verwaltungsgericht nach § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG zu stellen, habe die Antragstellerin durch Vollmachten belegt, die bis auf den Vorstand der Bundesagentur für Arbeit als handelndes Organ zurückreichten. Die Antragstellerin mache auch mit Erfolg in der Person der Beteiligten zu 1 liegende Umstände geltend, die deren unbefristete Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung aller Umstände i. S. v. § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG unzumutbar erscheinen ließen. Dabei handele es sich um schwerwiegende Gründe persönlicher Art, die die Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beschränkten sich diese Gründe nicht auf die Gründe einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB. Allerdings scheide die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung aus, wenn solche Gründe vorlägen, auch wenn der Arbeitgeber diese Folgerung nicht gezogen habe, um dem Auszubildenden die Beendigung seiner Ausbildung zu ermöglichen. Dies habe die Antragstellerin hier ausdrücklich getan.

- 16 Die wiederholte fehlerhafte Auszeichnung von Arbeitszeiten in nicht unerheblichem Umfang stelle einen so schwerwiegenden Verstoß der Beteiligten zu 1 gegen ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar, dass diese hätte außerordentlich gekündigt werden können. Der Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber sonst kaum sinnvoll kontrollierbare Arbeitszeit korrekt aufzuzeichnen, sei nämlich nach der herrschenden Rechtsprechung grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Dies gelte auch in einem Ausbildungsverhältnis wie dem vorliegenden. Die von der Beteiligten zu 1 hierfür vorgebrachten Gründe seien nicht als Zwangslage einzuordnen. Daher sei die Antragstellerin nicht auf das mildere Mittel einer Abmahnung zu verweisen gewesen. Durch die Abmahnung sei der Sachverhalt bei der Prüfung der Zumutbarkeit nach § 9 Abs. 4 BPersVG auch nicht verbraucht. Denn es sei zwischen arbeitsrechtlichen Maßnahmen und der sich nach den Vorschriften des Personalvertretungsrechts richtenden Weiterbeschäftigung zu differenzieren. Dass die Antragstellerin mit ihrem Antrag die Kündigungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB, § 22 Abs. 4 Satz 1 BBiG nicht eingehalten habe, sei daher unerheblich. Nach alledem habe die Beteiligte zu 1 in schwerwiegender Weise gegen ihre persönlichen

Pflichten verstoßen, so dass die Vertrauensbasis zur Antragstellerin nachhaltig zerstört sei. Die Mitwirkung der Personalvertretung sowie der JAV sei genauso wenig erforderlich wie die Anhörung des Berufsbildungsausschusses. Aus der Verletzung der Pflicht nach § 9 Abs. 1 BPersVG ergäben sich gemäß § 9 Abs. 5 BPersVG keine Auswirkungen auf den gestellten Auflösungsantrag.

17 Zur Begründung ihrer Beschwerde vertieft die Beteiligte zu 1 ihr bisheriges Vorbringen. Sie führt ergänzend aus, die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sei nicht gegeben. Im Übrigen sei die Frist des § 9 Abs. 1 BPersVG nicht gewahrt worden. Durch die Abmahnung sei das Fehlverhalten arbeitsrechtlich bereits abschließend sanktioniert worden. Im Übergangsbereich zwischen Berufsausbildungsverhältnis und Arbeitsverhältnis hätte auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Personalrat beteiligt werden müssen. Da sie nach Einleitung des Verfahrens weiterbeschäftigt werde, liege bei einer Interessenabwägung ein nicht so gravierender Pflichtverstoß vor, der eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würde. Im Übrigen hätte statt einer Abmahnung auch eine auf das Ende des Ausbildungsverhältnisses terminierte fristlose Kündigung ausgesprochen werden können.

18 Sie beantragt daher,

den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden (Az.: 8 K 1123/15) vom 15. Januar 2015 zu ändern und den Antrag der Antragstellerin abzulehnen.

19 Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

20 Zur Begründung führt sie an, dass die Beschwerdebegründung den Anforderungen an die Darlegungspflichten nicht genüge. Eine wirksame Zuständigkeitsrüge sei nicht erhoben worden. Das Rechtsmittelgericht im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren prüfe nicht, ob der beschrittene Rechtsweg und die Verfahrensart zulässig seien. Im Übrigen sei der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben. Das Verwaltungsgericht habe zutreffend zwischen arbeitsrechtlichen Maßnahmen und der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung differenziert. Mit der erteilten Abmahnung

habe sie damit nicht die Möglichkeit verbraucht, einen Auflösungsantrag gemäß § 9 Abs. 4 BPersVG zu stellen. Die von der Beteiligten zu 1 als mildere Maßnahme angegebene Möglichkeit einer befristeten Beschäftigungsmöglichkeit sei für das vorliegende Auflösungsverfahren des durch Gesetz begründeten unbefristeten Arbeitsverhältnisses nicht von Belang. Die Weiterbeschäftigung eines Mitglieds der JAV nach § 9 Abs. 2 BPersVG unterliege nicht der Mitbestimmung des Personalrats, weil die Dienststellenleitung keine diesbezügliche Maßnahme treffe. Daher könne die Entscheidung, einen Auflösungsantrag zu stellen, personalvertretungsrechtlich auch keiner Mitbestimmung unterliegen. Im Übrigen sei auch der Personalrat dem Auflösungsbegehren beigetreten. Die Beteiligung des Ausschusses nach § 111 Abs. 2 ArbGG sei schon deshalb nicht möglich, weil ein solcher in ihrem Zuständigkeitsbereich nicht gebildet worden sei. Im Übrigen gehe es nicht um die Beendigung des Ausbildungsverhältnisses, sondern um die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der ausgebildeten Jugendvertreterin. Einer möglichen Verletzung der Mitteilungspflicht komme gemäß § 9 Abs. 5 BPersVG keine Wirkung zu.

- 21 Der Beteiligte zu 2 schließt sich den Ausführungen der Antragstellerin an, stellt jedoch keinen Antrag.
- 22 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten in dem Verfahren 8 K 1123/15 sowie in dem vorliegenden Verfahren verwiesen.

II.

- 23 Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht Dresden hat der Sache nach zutreffend das nach § 9 Abs. 2 BPersVG zwischen der Antragstellerin und der Beteiligten zu 1 begründete unbefristete Arbeitsverhältnis aufgelöst.
- 24 Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht ist zur Entscheidung über die Beschwerde berufen. Nach § 17a Abs. 5 GVG, der auch im vorliegenden Verfahren anwendbar ist (BAG, Urt. v. 12. Oktober 2010 - 9 AZR 544/09 -, juris Rn. 22), bzw. § 83 Abs. 2 BPersVG, §§ 88, 65 ArbGG prüft nämlich das Rechtsmittelgericht nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist.

- 25 Über die im Schriftsatz der Beteiligten zu 1 vom 8. Oktober 2015 bestrittene örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Dresden war im Übrigen nicht nach § 83 Satz 1 VwGO i. V. m. §§ 17 ff. GVG vorab zu entscheiden und der Rechtsstreit nicht an das Verwaltungsgericht Chemnitz zu verweisen gewesen. Denn gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 VwGO i. V. m. § 25a Nr. 1 SächsJG war das Verwaltungsgericht Dresden für personalvertretungsrechtliche Streitigkeiten in ganz Sachsen zuständig. Eine Verweisung an das Verwaltungsgericht Chemnitz kam daher nicht in Frage.
- 26 Schließlich ist auch nicht ansatzweise erkennbar, warum der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten hier nicht gegeben sein könnte. Zu einer Verletzung von Verfahrensvorschriften, die im Zusammenhang mit der Beurteilung des Rechtswegs und der Verfahrensart zu beachten sind (BAG, Beschl. v. 1. Oktober 2013 - 6 P 6/13 -, juris Rn. 10), ist es jedenfalls nicht gekommen. Ein Antrag, vorab über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden, ist in der mündlichen Anhörung vor dem Verwaltungsgericht nicht gestellt worden. Das Verwaltungsgericht hat seine Zuständigkeit konkludent bejaht, indem es zur Sache entschieden hat. Hieran ist der Senat gebunden (Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 83 Rn. 6).
- 27 Dass den Darlegungsanforderungen an die Beschwerdebegründung gemäß § 83 Abs. 2 BPersVG, § 87 Abs. 2 Satz 1, § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG hier nicht Genüge getan sein sollte, wie die Antragstellerin vorträgt, ist nicht erkennbar. Denn die Beteiligte zu 1 hat sich in ihrer Beschwerdebegründung mit Schriftsatz vom 9. Mai 2016 hinreichend mit der Frage befasst, aus welchen Gründen sie die erstinstanzliche Entscheidung für unzutreffend hält (näher dazu Ilbertz/Widmaier/Sommer, BPersVG, 12. Aufl. 2012, § 83 Rn. 59 m. w. N.).
- 28 Die Voraussetzungen des § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG liegen vor. Hiernach kann der Arbeitgeber spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Verwaltungsgericht beantragen, das nach den Absätzen 2 oder 3 begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann.

- 29 Dass gemäß § 9 Abs. 2 BPersVG ein Arbeitsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Beteiligten zu 1 zu Stande gekommen ist, hat das Verwaltungsgericht zutreffen bejaht. Auf die diesbezüglichen Ausführungen kann daher verwiesen werden. Auch die Formalien des Auflösungsantrags sind eingehalten. Die Antragstellerin ist ordnungsgemäß vertreten; die Frist von zwei Wochen ist eingehalten. Denn die Antragstellerin hat bereits am 3. Juli 2015 den Auflösungsantrag gestellt, während das Ausbildungsverhältnis erst am 8. Juli 2015 durch Ablegen der mündlichen Prüfung geendet hat.
- 30 Der Auflösungsantrag scheitert zunächst nicht daran, dass die Antragstellerin die dreimonatige Mitteilungsfrist des § 9 Abs. 1 BPersVG nicht eingehalten hat. Denn aus § 9 Abs. 5 BPersVG ergibt sich, dass der Verletzung der Mitteilungspflicht keine Bedeutung für die Frage zukommt, ob ein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen ist oder weitergeführt wird (SächsOVG, Beschl. v. 24. März 2016 - 9 A 413/15.PL -, juris Rn. 22 m. w. N.).
- 31 Auch die weiteren Voraussetzungen liegen vor. Der Antragstellerin ist die Weiterbeschäftigung der Beteiligten zu 1 unzumutbar. Die Voraussetzungen des § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG sind jedenfalls dann gegeben, wenn wie hier Gründe vorliegen, die eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB ermöglicht hätten (BVerwG, Urt. v. 26. Juni 1981 - 6 P 71/78 -, juris Rn. 24 ff.). Die Gründe, die persönlicher Natur sind, müssen so schwerwiegend sein, dass sie es ausschließen, dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses abzuverlangen (BVerwG, Beschl. v. 2. November 1994 - 6 P 48/93 -, juris Rn. 22 m. w. N.). Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Es muss sich um eine grobe Verletzung der Ausbildungspflicht handeln und die Befürchtung muss gerechtfertigt sein, der Auszubildende werde auch in einem Arbeitsverhältnis in grober Weise entsprechend gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Dafür kommen unter anderem häufige unbefugte Arbeitsversäumnisse in Betracht (Faber, in: Lorenzen u. a., Kommentar zum Bundespersonalvertretungsgesetz, Loseblattsammlung Stand Juni 2016, § 9 Rn. 70; Ilbertz/Widmaier/Sommer, a. a. O. § 9 Rn. 23; Bieler, in: Vogelsang/ders./Kleffner/Rehak, Landespersonalvertretungsgesetz für den Freistaat Sachsen, Loseblattsammlung Stand Juni 2016, § 9 Rn. 36, jeweils m. w. N. aus der Rspr. und Lit.). Solche Gründe liegen hier vor.

32

Das Verwaltungsgericht hat hierzu zu Recht die von der Beteiligten zu 1 vollständig eingeräumten Manipulationen bei der Erfassung der täglichen Arbeitszeit über einen längeren Zeitraum angeführt. Solche Verstöße sind nach der Rechtsprechung geeignet, eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB zu begründen (BAG, Urt. v. 12. August 1999 - 2 AZR 832/98 -, juris Rn. 25 ff. m. w. N., sowie die vom Verwaltungsgericht herangezogene Rspr.). Auf die diesbezüglichen verwaltungsgerichtlichen Feststellungen kann verwiesen werden. Dass hier ausnahmsweise nur das mildere Mittel einer Abmahnung hätte in Betracht gezogen werden müssen, weil das künftige Verhalten der Beteiligten zu 1 schon durch die Androhung der Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden könnte, ist hier nicht ersichtlich. Denn der Abmahnung bedarf es unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG, Urt. v. 25. Oktober 2012 - 2 AZR 495/11 -, juris Rn. 16 m. w. N.). Jedenfalls um letzteres handelt es sich hier, denn bei der mehrfachen Manipulation der Arbeitserfassung handelt es sich um eine schwere Pflichtverletzung. Dass es sich dabei um eine einmalige Notlage gehandelt haben könnte, weil die Beteiligte zu 1 die Betreuung ihres Kindes sonst nicht hätte sicherstellen können, ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil die Beteiligte zu 1 selbst darauf verwiesen hat, dass sie anderweitige Hilfe, auch die der Antragstellerin, hätte in Anspruch nehmen können. Im Übrigen wäre eine einmalige Notlage nicht geeignet, die über einen längeren Zeitraum hinweg vorgenommenen Manipulationen zu erklären. Dies lässt erwarten, dass die Beteiligte zu 1 auch künftig bei ähnlichen Konfliktsituationen entsprechend handeln könnte. Das Verwaltungsgericht hat hierzu auch auf das Alter der Beteiligten zu 1 sowie darauf hingewiesen, dass ihr die Regeln für die elektronische Erfassung der Arbeitszeiten erläutert und damit bekannt gewesen waren. Daher ist die Befürchtung der Antragstellerin nicht von der Hand zu weisen, dass auch künftig erneut Verstöße gegen die Arbeitszeiterfassung auftreten können, wie auch die neuerlichen Vorfälle anlässlich einer Fortbildungsmaßnahme der Beteiligten zu 1 zeigen.

33

Die gegenüber der Beteiligten zu 1 dennoch ausgesprochene Abmahnung vom 5. Mai 2015 hat nicht die Wirkung, dass damit ihr Fehlverhalten für die Heranziehung als Auflösungsgrund i. S. v. § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG verbraucht wäre. Denn das Verwaltungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass die Antragstellerin auch eine außerordentliche Kündigung hätte aussprechen können, was aber dazu geführt hätte, dass die Beteiligte zu 1 ihre Ausbildung, deren Ende kurz bevorstand, nicht hätte abschließen können. Diese Vorgehensweise, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Ausdruck verleiht, ist von der Rechtsprechung gebilligt (HessLAG, Urt. v. 7. November 2007 - 8 Sa 514/07 -, juris Rn. 32 ff.). Im Übrigen träte ein Verbrauch von Kündigungsgründen durch eine Abmahnung nur dann ein, wenn etwa gerichtlich entschieden wäre, dass die der Abmahnung zu Grunde liegenden Gründe für eine Kündigung nicht ausgereicht hätten (vgl. grundsätzlich BAG, Urt. v. 22. Mai 2003 - 2 AZR 485/02 -, juris Rn. 19 ff. m. w. N.). Dem ist hier aber nicht so. Denn - wie aufgezeigt - beruhte die Entscheidung der Antragstellerin gerade nicht auf der Erwägung, dass mit der Abmahnung das Verhalten abschließend gewürdigt sei, sondern sie wurde im wohlverstandenen Interesse der Beteiligten zu 1 getroffen, um dieser ausnahmsweise die Beendigung ihrer Ausbildung zu ermöglichen. Der Einwand der Beteiligten zu 1, dass auch eine außerordentliche Kündigung zum Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses hätte ausgesprochen werden können, überzeugt den Senat nicht. Denn unabhängig davon, ob eine solche Vorgehensweise noch mit dem Institut der außerordentlichen Kündigung vereinbar wäre, sieht er nicht, wie dies hätte praktisch umgesetzt werden können, zumal sie die selben Folgen wie die von der Antragstellerin gewählte Vorgehensweise nach sich gezogen hätte: Die Beteiligte zu 1 hätte nach Abschluss der Ausbildung nicht weiterbeschäftigt werden können.

34

Dafür, dass die Antragstellerin mit der Abmahnung der Beteiligten zu 1 gegenüber hatte zu erkennen geben wollen, dass damit den ihr zu Grunde liegenden Vorkommnissen auch in Bezug auf das sich möglicherweise anschließende Arbeitsverhältnis keinerlei Bedeutung mehr beigemessen werde, liegen keine Anhaltspunkte vor: Der Wortlaut der Abmahnung beschränkt seine Rechtsfolgen ausdrücklich auf das damals noch bestehende Ausbildungsverhältnis. Angesichts der zwei Wochen später von der Antragstellerin mit Schreiben vom 19. Mai 2015 mitgeteilten Absicht, die Beteiligte zu 1 nicht weiter zu beschäftigen, konnte diese die

wegen ihrer Manipulationen ergriffenen arbeitsrechtlichen Schritte auch nicht in diesem Sinn verstehen.

35

Eine Verwirkung ist auch nicht dadurch eingetreten, dass die Antragstellerin die Beteiligte zu 1 vorläufig weiterbeschäftigt hat. Da die Antragstellerin während des Auflösungsrechtsstreits zur Weiterbeschäftigung verpflichtet ist, ergibt sich hieraus nicht, dass sie sie für zumutbar hält (näher hierzu Bieler, a. a. O. Rn. 32).

36

Die Antragstellerin konnte sich bei Antragstellung nach § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG auch auf Gründe stützen, die vor Ablauf der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingetreten sind. Diese Ausschlussfrist und auch die des § 22 Abs. 4 BBiG sind weder unmittelbar noch mittelbar anwendbar (Faber, a. a. O. Rn. 67 m. w. N.; BAG, Urt. v. 15. Dezember 1983 - 6 AZR 60/83 -, juris Rn. 13 ff. zu der entsprechenden Vorschrift des § 78a BetrVG).

37

Schließlich war auch die Beteiligung der zuständigen Personalvertretungen nicht erforderlich. Denn im Hinblick auf die Beteiligung der Schlichtungsstelle gemäß § 111 Abs. 2 ArbGG fehlt es an einem aufzulösenden Ausbildungsverhältnis; zudem besteht ein solcher Ausschuss nicht. Dass die Tatbestände für eine Beteiligung des Berufsbildungsausschusses gemäß § 79 BBiG vorliegen, ist nicht erkennbar, zumal vorliegend nicht das Ausbildungsverhältnis der Beteiligten zu 1, sondern deren künftiges Arbeitsverhältnis berührt war. "Nachwirkungen" aus dem Ausbildungsverhältnis, wie sie die Beteiligte zu 1 zu erkennen glaubt, kann der Senat nicht feststellen. Auch die Beteiligung der Personalvertretung gemäß §§ 47, 79 BPersVG ist im Verfahren gemäß § 9 Abs. 4 BPersVG nicht vorgesehen. Vielmehr ergibt sich aus dieser Regelung, insbesondere aus dessen Satz 1 Nr. 2 Satz 2, eine den allgemeinen Beteiligungsvorschriften vorgehende Spezialregelung. Dies hat das Bundes-verwaltungsgericht in Bezug auf die Weiterbeschäftigung gemäß § 9 Abs. 2 BPersVG bereits ausdrücklich festgestellt (BVerwG, Urt. v. 26. Mai - 5 P 9/14 -, juris Rn. 7 ff.). Hieraus folgt, dass auch die Auflösung des so zustande gekommenen Arbeits-verhältnisses durch einen entsprechenden Antrag bei Gericht allein den in § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 BPersVG festgelegten Mitwirkungsrechten unterliegt (zu diesen näher Bieler, a. a. O. Rn. 38 f.). Für eine wegen der dort festgelegten Mitwirkungstatbestände hier nur entsprechende Anwendung der allgemeinen

Beteiligungsrechte besteht daher kein Anlass. Im Übrigen hat hier die zuständige Personalvertretung in beiden Instanzen ihr Einverständnis mit dem Auflösungsbegehren mitgeteilt und damit sogar das von der Beteiligten zu 1 eingeforderte Zustimmungserfordernis des allenfalls entsprechend anwendbaren § 47 Abs. 1 i. V. m. § 62 Satz 1 BPersVG erfüllt.

- 38 Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht (§ 83 Abs. 2 BPersVG i. V. m. § 80 Abs. 1, § 2a Abs. 1, § 2 Abs. 2 GKG).
- 39 Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen nach § 83 Abs. 2 BPersVG, § 92 Abs. 1 und § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde kann selbständig durch Beschwerde angefochten werden, wenn dieser Beschluss von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung eines anderen Oberverwaltungsgerichts oder Verwaltungsgerichtshofs abweicht und dieser Beschluss auf dieser Abweichung beruht (§ 88 Abs. 2 SächsPersVG i.V. m. §§ 92a, 92 Abs. 2 Satz 1, 72 Abs. 2 Nr. 2, 72a Abs. 2 bis 5 ArbGG). Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung dieses Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof (ERVVOBVerwG/BFH) vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) einzulegen. Der Beschwerdeschriftsatz soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift dieses Beschlusses beigefügt werden. Innerhalb einer Notfrist von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses ist die Beschwerde zu begründen. In der Begründung muss die Entscheidung, von der dieser Beschluss abweicht, bezeichnet werden

gez.:
v. Welck

Steinhardt

Felber

gez.:
Puy

Wenzel

*Die Übereinstimmung der Abschrift
mit der Urschrift wird beglaubigt.*

Bautzen, den 01.12.2016

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

Stock

Justizbeschäftigte