



Brief zur Personalratsarbeit

Weiterbeschäftigungsanspruch von Jugend- und Auszubildendenvertretern



dbb
beamtenbund
und tarifunion

Das Berufsausbildungsverhältnis ist befristet; es endet in der Regel mit Ablauf der vereinbarten Ausbildungszeit. Deshalb besteht kein Anspruch auf Übernahme in ein Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber kann daher frei entscheiden, ob er mit dem Auszubildenden einen Arbeitsvertrag abschließt oder nicht. Anders in den Fällen des § 9 BPersVG: Mitglieder der erfassten Vertretungsorgane haben **nach erfolgreicher Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses** grundsätzlich einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Sinn und Zweck der Regelung bestehen darin, auch Auszubildende für die Tätigkeit in einem Vertretungsorgan zu gewinnen. Die **Unabhängigkeit der Amtsausübung** engagierter Auszubildender soll gesichert, Angst vor Repressalien genommen und eine **Benachteiligung** des geschützten Personenkreises verhindert werden, die sich daraus ergibt, dass sich die in einem Vertretungsorgan mitarbeitenden Auszubildenden weniger als andere Auszubildende auf ihre Ausbildung konzentrieren können bzw. dass der Arbeitgeber bei der Bewertung der Ausbildungsleistungen negative Beurteilungen einfließen lässt, die ihren Grund in der Tätigkeit in dem Vertretungsorgan haben (BVerwG 9. 9. 1999, ZfPR 2000, 74). Mittelbar geht es zudem um die Sicherstellung der **Kontinuität der Amtsführung** (BVerwG 1. 12. 2003, ZfPR 2004, 74). Der Übernahmeanspruch stellt anderen Bewerbern gegenüber einen **tatsächlichen Vorteil** dar. Das hat der Gesetzgeber aber im Interesse des Schutzes des Amtes **bewusst in Kauf genommen**.

Wen schützt § 9 BPersVG?

Auszubildende, die in einem Berufsausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz, dem Krankenpflegegesetz oder dem Hebammengesetz stehen. Unter Ausbildung kann, falls qualitativ gleichwertig, neben der Erst- auch eine Zweitausbildung oder die Umschulung in einem anerkannten Ausbildungsberuf zu verstehen sein (BVerwG 31. 5. 1990, ZfPR 1990, 107). Das Berufsausbildungsverhältnis muss gerade mit der Dienststelle abgeschlossen werden, d. h. die Ausbildung für die Aufgaben der Dienststelle erfolgen und die **Dienststelle Träger der Ausbildung** sein.

Nicht erfasst werden Beschäftigte, deren Ausbildung sich auf die Übernahme in ein Beamtenverhältnis ausrichtet, also etwa Beamtenanwärter, und Personen, die im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ausgebildet werden, z. B. Beamte im Vorbereitungsdienst, sowie Praktikanten, Volontäre, Schüler/Studenten, die innerhalb der Schul-/Hochschulausbildung ein Praktikum ableisten.

Der **Schutz erstreckt sich auf Mitglieder der Personalvertretung** (ÖPR, BPR, HPR, GPR und Vertretung

der nicht ständig Beschäftigten), der **JAV** und der **Schwerbehindertenvertretung** – jeweils einschließlich Gesamt- und Stufenvertretungen –, ebenso auf endgültig nachgerückte **Ersatzmitglieder** der genannten Organe. Treten Ersatzmitglieder in den letzten drei Monaten der Berufsausbildung für ein vorübergehend verhindertes Mitglied ein, greift der Schutz nur dann, wenn sie den Anspruch während der Dauer der Vertretung geltend machen. Vor der Drei-Monats-Frist vorübergehend eingerückte Ersatzmitglieder sind nur dann geschützt, wenn alle zeitlich unterbrochenen Vertretungstätigkeiten in ihrer Gesamtheit einer über einen längeren, in sich geschlossenen Zeitraum bestehenden (Ersatz-)Mitgliedschaft gleichkommen (BVerwG 9. 10. 1996, ZfPR 1997, 77). Nicht erfasst werden Wahlvorstandsmitglieder und Wahlbewerber.

Der Schutz gilt für den genannten Personenkreis sowohl im Anwendungsbereich des **BPersVG** als auch aller **LPersVG** (§ 107 BPersVG).

Wann beginnt der Schutz und wie lange dauert er?

Der Schutz beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem durch die Auszählung der Stimmen die **Wahl des Auszubildenden festgestellt** wird. Auf die Bekanntgabe des Wahlergebnisses oder die Aufnahme der Amtsgeschäfte kommt es nicht an (BAG 22. 9. 1983, DB 1984, 936). Kein Schutz besteht, wenn ein Auszubildender vor Ablauf der Amtszeit aus persönlichen Gründen ausscheidet. Der Auszubildende muss **spätestens im Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses dem Vertretungsorgan angehören**. Erstmalige Wahl innerhalb der letzten drei Monate bzw. kurz vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses genügt also. Der **Schutz wirkt auch nach**: Ein Auszubildender, der vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit des Vertretungsorgans die Abschlussprüfung ablegt, kann sich dennoch auf § 9 BPersVG berufen.

Und wenn die Abschlussprüfung nicht bestanden wird oder das Berufsausbildungsverhältnis gekündigt wird?

Dann **greift der Schutz nicht**. Bei Nichtbestehen verlängert sich allerdings das Ausbildungsverhältnis, wenn der Auszubildende dies verlangt, bis zur nächstmöglichen Wiederholungsprüfung, höchstens um ein Jahr (§ 14 Abs. 3 BBiG). Besteht er dann die Prüfung, entsteht der Übernahmeanspruch, wenn die Voraussetzungen des § 9 BPersVG vorliegen.

Wann muss der Arbeitgeber mitteilen, dass er den Auszubildenden nicht übernehmen will?

Spätestens **drei Monate vor Beendigung der Ausbildung**, zurückgerechnet vom Zeitpunkt der Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses. Die Mitteilung muss **schriftlich** erfolgen. Eine **fehlende oder fehlerhafte Mitteilung** hat aber **keine Auswirkungen**. Insbesondere **entfällt** dadurch **nicht die Verpflichtung des Auszubildenden, seinerseits die Weiterbeschäftigung form- und fristgerecht geltend zu machen**. Die unterlassene Mitteilung hindert den Arbeitgeber übrigens auch nicht daran, einen Feststellungs- oder Auflösungsantrag zu stellen. Nur wenn das Unterlassen der Mitteilung darauf abzielt, den Auszubildenden von der form- und fristgerechten Geltendmachung seines Weiterbeschäftigungsverlangens abzuhalten, kann dem Arbeitgeber untersagt sein, sich auf die fehlende Form und fristgerechte Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsverlangens des Auszubildenden zu berufen; Entsprechendes gilt für den Verzicht auf den Weiterbeschäftigungsanspruch (BVerwG 31. 5. 2005, ZfPR 2006, 34).

Muss der Auszubildende seine Weiterbeschäftigung ausdrücklich verlangen?

Immer! Unbedingt! Und zwar **frist- und formgerecht. Egal, ob der Arbeitgeber seinen Pflichten aus § 9 BPersVG nachkommt**. Der Auszubildende muss seine Übernahme übrigens genau **innerhalb der letzten drei Monate** vor der Abschlussprüfung geltend machen. Ein zu früh gestellter Antrag ist rechtlich wirkungslos; er muss innerhalb der Frist wiederholt werden, und zwar – nochmals – schriftlich. Unterlässt der Auszubildende die Geltendmachung jedoch, weil der Arbeitgeber ihn wegen eines schwebenden Verfahrens (Arbeitgeber hat Antrag auf Feststellung/Auflösung gestellt) darum bittet, so gilt das Weiterbeschäftigungsverlangen als fristgerecht gestellt (BVerwG 2. 11. 1994, PersV 1995, 361).

Das Weiterbeschäftigungsverlangen muss dem Arbeitgeber **spätestens am letzten Tag des Auszubildendenverhältnisses** zugehen. Es ist **an die ausbildende Dienststelle** zu richten. Ein von dem Vertretungsorgan gestellter Antrag reicht nicht, es sei denn, er wird von dem Auszubildenden selbst (mit-)unterzeichnet.

Was ist, wenn der Antrag nicht form- und fristgerecht gestellt wird?

Dann **scheidet** der Auszubildende mit Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses ohne weiteres **aus der Dienststelle** aus. Sollte er aber tatsächlich

weiterbeschäftigt werden, gilt nach § 17 BBiG ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet.

Bezieht sich der Anspruch nur auf die Ausbildungsdienststelle selbst?

Ja, denn auch die in § 9 BPersVG geschützten personalvertretungsrechtlichen **Funktionen sind dienststellenbezogen** und die Beschäftigung in der Ausbildungsdienststelle ist wesentliches Element des Beschäftigungsverhältnisses während der Ausbildung. Das gilt auch für Mitglieder von Stufenvertretungen und Gesamt-JAV. Stellt der Arbeitgeber allerdings Auszubildende, die er in der Ausbildungsdienststelle nicht weiterbeschäftigen kann, regelmäßig in anderen Dienststellen ein, so gilt dies auch für JAV-Vertreter (BVerwG 1. 11. 2005, ZfPR online 2/2006, S. 1 ff).

Kein freier Arbeitsplatz – was nun?

Dann besteht auch **kein Weiterbeschäftigungsanspruch**, auch nicht, wenn regelmäßig Überstunden anfallen (BAG 28. 6. 2000, ZTR 2001, 139); der Arbeitgeber muss **keinen neuen Arbeitsplatz schaffen**, selbst wenn die hierfür erforderlichen betriebsorganisatorischen Maßnahmen zumutbar wären (BVerwG 15. 10. 1985, ZBR 1986, 142). Eine Freikündigung eines Arbeitsplatzes ist nicht zumutbar. Zu einem Überbrücken des Zeitraums bis zu einer möglichen späteren Verwendung auf einem im Stellenplan ausgewiesenen Arbeitsplatz durch eine Kette einzelner Aushilfs- oder Vertretungsaufträge ist die Dienststelle weder verpflichtet noch berechtigt (BVerwG 15. 10. 1985 a. a. O.). Allerdings muss keine „Planstelle“ vorhanden sein.

Für die Frage, ob ein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, kommt es nicht auf irgendeinen, sondern auf einen **ausbildungsadäquaten Arbeitsplatz** an und zwar **im Zeitpunkt der Beendigung des Auszubildendenverhältnisses**. Zukunftsprognosen bleiben unberücksichtigt. Im Einzelfall kann es aber dem Arbeitgeber zumutbar sein, den Auszubildenden zu übernehmen, weil er einen kurz (in einem Zeitraum von drei Monaten) vor der Beendigung der Berufsausbildung freigewordenen Arbeitsplatz wieder besetzt hat, statt ihn für einen geschützten Auszubildenden freizuhalten (BVerwG 1. 11. 2005, a. a. O.).

Und wenn der Arbeitgeber nur einen befristeten Arbeitsvertrag anbietet?

Der Weiterbeschäftigungsanspruch richtet sich grundsätzlich auf ein **unbefristetes Vollzeitarbeitverhältnis**, nämlich auf eine auf Dauer angelegte und der jeweiligen Ausbildung entsprechende Beschäftigung. Der Auszubildende soll sowohl hinsicht-

lich der rechtlichen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses als auch der Bezahlung und der beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten einem Beschäftigten gleichgestellt sein, der vom Arbeitgeber für eine vergleichbare Tätigkeit ausgewählt und eingestellt worden ist. Nur wenn eine Weiterbeschäftigung unter diesen Bedingungen **objektiv nicht möglich** ist, kann dem Mitglied des Vertretungsorgans zugemutet werden, eine Beschäftigung anzunehmen, die nicht allen beschriebenen Anforderungen genügt (BVerwG 15. 10. 1985, a. a. O.).

Bietet der Arbeitgeber für den Fall der erfolgreichen Abschlussprüfung einen befristeten Arbeitsvertrag an, so kann der Auszubildende diesen unterzeichnen. Um den Verlust eines – möglicherweise bestehenden – weitergehenden Anspruchs aus § 9 BPersVG sicher auszuschließen, muss dies aber unter dem **ausdrücklichen Vorbehalt** der rechtlichen Prüfung bzw. mit dem **Hinweis** geschehen, dass der Auszubildende auf seinen gesetzlichen Anspruch auf unbefristete Weiterbeschäftigung **nicht verzichtet**. Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung in einem Dauerarbeitsverhältnis ist vorsorglich form- und fristgerecht geltend zu machen (BVerwG 31. 5. 2005, a. a. O.).

Wann ist die Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber unzumutbar?

Personenbezogene Gründe:

- Nichterfüllung der **Einstellungsvoraussetzungen für den öffentlichen Dienst**, u. a. Art. 33 Abs. 2 GG (BVerwG 26. 6. 1981, ZBR 1982, 187)
- Nichterfüllung der **Qualifikationsanforderungen der Stelle** (BVerwG 17. 5. 2000, ZfPR 2000, 232).
- Nichterfüllung der in einer **Dienstvereinbarung** für die Personalauswahl aufgestellten Anforderungen (OVG MV 14. 7. 1999, PersV 2001, 28).
- **Entgegenstehen gesetzlicher Vorschriften** (z. B. ArbZV, BAG 15. 1. 1980, DB 1980, 1647).
- **Andere Bewerber sind objektiv wesentlich fähiger und geeigneter**. Das Mitglied des Vertretungsorgans war in der Prüfung um deutlich mehr als eine volle Notenstufe schlechter als der schwächste sonstige Bewerber, den der öffentliche Arbeitgeber sonst in ein Dauerarbeitsverhältnis übernehmen würde – mindestens das 1,33fache dieser Notenstufe (BVerwG 17. 5. 2000, a. a. O.).

Verhaltensbedingte Gründe:

- Jeder eine Kündigung rechtfertigende Grund

Betriebsbedingte Gründe:

- **Fehlender Arbeitsplatz** (BVerwG 15. 10. 1985, a.a.O.)
- Haushaltsgesetzliche **Wiederbesetzungssperre** (BVerwG 30. 10. 1987, PersV 1988, 494)

- **Einstellungsstopp** einer übergeordneten Behörde (BVerwG 2. 11. 1994, PersV 1995, 332). Evtl. zugelassene Ausnahmen müssen so eindeutig gefasst sein, dass sich auch nur der Verdacht einer Benachteiligungsabsicht ausschließen lässt (BVerwG 2. 11. 1994, PersV 1995, 361). Eine rein verwaltungsinterne Regelung, die sich nicht im Haushaltsplan wiederfindet, genügt nicht.

Maßgeblich ist stets die Situation am Tag der Abschlussprüfung (BVerwG 31. 5. 1990 a. a. O.).

Was bewirken Feststellungs-/Auflösungsantrag des Arbeitgebers?

Die Weiterbeschäftigungspflicht besteht nur, wenn sie dem Arbeitgeber zumutbar ist. Darüber entscheidet auf Antrag des Arbeitgebers das Verwaltungsgericht. Liegt ein Übernahmeantrag des Auszubildenden vor, kann der Arbeitgeber daher **vor der erfolgreichen Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses** sozusagen vorbeugend beim Verwaltungsgericht die **Feststellung** beantragen, dass ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit nicht begründet wird (§ 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BPersVG). **Nach Bestehen der Abschlussprüfung** – spätestens zwei Wochen nach dem Prüfungstag (Ausschlussfrist!) – kann der Arbeitgeber beim Verwaltungsgericht nachträglich die **Auflösung** des mit erfolgreicher Abschlussprüfung kraft Gesetzes begründeten Arbeitsverhältnisses beantragen. Hält das Gericht den Auflösungsantrag für begründet, die Weiterbeschäftigung also für unzumutbar, oder war das Weiterbeschäftigungsverlangen nicht form- und fristgerecht gestellt, so löst es das Arbeitsverhältnis auf. Mit Eintritt der Rechtskraft wird das Arbeitsverhältnis – nur für die Zukunft, nicht rückwirkend – beseitigt (BVerwG 2. 11. 1994, PersV 1995, 368). Weist das Gericht den Auflösungsantrag ab, bleibt das Arbeitsverhältnis bestehen.

Was ist, wenn der Arbeitgeber die faktische Beschäftigung verweigert?

Für Streitigkeiten aus § 9 BPersVG sind die Verwaltungsgerichte im Beschlussverfahren zuständig. Bestreitet der Arbeitgeber, dass ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit begründet wurde und erhebt Auflösungsklage, kann der Auszubildende bei Vorliegen der Voraussetzungen für den Weiterbeschäftigungsanspruch mit einem Antrag auf **einstweilige Verfügung** auf eine vorläufige Regelung (also Beschäftigung bis zum Abschluss des Rechtsstreits) drängen.



dbb
beamtenbund
und tarifunion