



**NÄHE
IST
UNSERE
STÄRKE**

**Weiterbeschäftigungs-
anspruch von Jugend- und
Auszubildendenvertretern**

Brief für Jugend- und Auszubildendenvertretungen
im öffentlichen Dienst



dbb
beamtenbund
und tarifunion



Jugend
dbb
beamtenbund
und tarifunion

Das Berufsausbildungsverhältnis ist befristet und endet in der Regel mit Ablauf der vereinbarten Ausbildungszeit. Ein Anspruch auf Übernahme in ein Arbeitsverhältnis besteht nicht. Der Arbeitgeber kann 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 Angst vor Repressalien soll 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; zudem geht es um die Sicherstellung der **Unabhängigkeit und Kontinuität der Amtsführung** (BVerwG 26.5.2015, ZfPR *online* 7-8/2015, S. 2). Der Übernahmeanspruch stellt anderen Bewerbern gegenüber einen **tatsächlichen Vorteil** dar. Das hat der Gesetzgeber aber zum Schutz des Amtes bewusst in Kauf genommen.

Wen schützt § 9 BPersVG?

Auszubildende, die in einem Berufsausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz, dem Krankenpflege- 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 (BVerfG 21.3.2015, ZfPR *online* 6/2015, S. 2), sowie Praktikanten, Volontäre, Schüler/Studenten, die innerhalb der Schul-/Hochschulausbildung ein Praktikum ableisten.

Der **Schutz erstreckt sich auf Mitglieder der Personalvertretung**, der **JAV** und der **Schwerbehindertenvertretung** – jeweils einschließlich Gesamt- und Stufenvertretungen, ebenso auf endgültig nachgerückte **Ersatzmitglieder**. Ein wegen zeitweiliger Verhinderung nachgerücktes Ersatzmitglied genießt den Schutz, wenn der Vertretungsfall innerhalb des letzten Jahres vor Ausbildungsende stattgefunden und das Ersatzmitglied innerhalb der letzten drei Monate vor Ausbildungsende seine Weiterbeschäftigung beantragt hat (BVerwG 1.10.2013, ZfPR 2014, 6). **Nicht erfasst** werden Wahlvorstandsmitglieder und Wahlbewerber (BVerwG 20.11.2007, ZfPR *online* 1/2008, S. 8).

Der Schutz gilt sowohl im Anwendungsbereich des **BPersVG** als auch **aller LPersVG**.

Ab wann greift 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**. Erstmalsige Wahl innerhalb der letzten drei Monate bzw. kurz (ggf. nur wenige Tage) vor Ausbildungsende genügt (BVerwG 22.9.2009, ZfPR *online* 11/2009, S. 8). 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. Aber: Wenn die **Abschlussprüfung nicht bestanden** wird oder das Berufsausbildungsverhältnis gekündigt wird, **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 die Prüfung, entsteht der Übernahmeanspruch unter den Voraussetzungen des § 9 BPersVG.

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 – und zwar **schriftlich**. 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 nicht daran, einen Feststellungs- oder Auflösungsantrag zu stellen. Allerdings kann es rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber die Mitteilung unterlässt, um den Auszubildenden von der form- und fristgerechten Geltendmachung seines Weiterbeschäftigungsvorgangs abzuhalten (BVerwG 31.5.2005, ZfPR 2006, 34).

Muss der Auszubildende seine Weiterbeschäftigung ausdrücklich verlangen?

Immer! Unbedingt! Egal, ob der Arbeitgeber seinen Pflichten aus § 9 BPersVG nachkommt. Frist und Form beachten! Der Auszubildende muss seine Übernahme genau **innerhalb der letzten drei Monate** vor der Abschlussprüfung geltend machen, nicht vorher und nicht nachher. Ein zu früh gestellter Antrag ist rechtlich wirkungslos; er muss innerhalb der Frist wiederholt

werden, und zwar – nochmals – schriftlich. Das Weiterbeschäftigungsverlangen muss dem Arbeitgeber **spätestens am letzten Tag des Ausbildungsverhältnisses** zugehen. Absendung am letzten Tag genügt nicht. Es ist **an die ausbildende Dienststelle** zu richten. **Schriftform mit eigenhändiger Unterschrift** ist zwingend erforderlich. Eine einfache E-Mail genügt deshalb nicht! Ausreichend wäre nur eine Mail mit qualifizierter elektronischer Signatur (OVG Hamburg 15.1.2010, ZfPR online 3/2010, S. 10). Ein z.B. von JAV oder Personalrat gestellter Antrag reicht nicht, es sei denn, er wird von dem Auszubildenden selbst (mit-)unterzeichnet. Wird der Antrag nicht form- und fristgerecht **gestellt**, scheidet der Auszubildende mit Beendigung des Ausbildungsverhältnisses ohne weiteres **aus der Dienststelle aus**. Sollte er tatsächlich weiterbeschäftigt werden, gilt nach § 17 BBiG ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet.

Bezieht sich der Anspruch nur auf die Ausbildungsdienststelle selbst?

Das kommt darauf an. Ja – bei **örtlichen JAV-Vertretern**, 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. 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. 2 ff). Der Arbeitgeber kann dem Übernahmeverlangen nicht entgegenhalten, der JAV-Vertreter könne außerhalb der Ausbildungsdienststelle bzw. in einer Dienststelle außerhalb des Geschäftsbereichs der übergeordneten Dienststelle beschäftigt werden (BVerwG 19.1.2009, a.a.O.). Für die Frage, ob ein ausbildungsadäquater Dauerarbeitsplatz für ein **Mitglied der JAV-Stufenvertretung** zur Verfügung steht, kommt es demgegenüber auf alle Dienststellen im Geschäftsbereich der übergeordneten Dienststelle an (BVerwG 19.1.2009, a.a.O.). Das Mitglied der Stufen-JAV hat im Verhältnis zum örtlichen Jugendvertreter übrigens keinen vorrangigen Weiterbeschäftigungsanspruch (BVerwG 12.10.2009, ZfPR online 11/2009, S. 10).

Kein freier Arbeitsplatz – was nun?

Dann besteht auch kein **Weiterbeschäftigungsanspruch**. Der Arbeitgeber **muss keinen neuen Arbeitsplatz schaffen**, indem er eine freie Stelle auf die Qualifikation von Jugendvertretern zuschneidet (BVerwG 7.12.2009, ZfPR online 9/2010, S. 2). Auch eine Freikündigung eines Arbeitsplatzes ist nicht zumutbar. Freie Anteile von Stellen – derselben oder einer anderen Entgeltgruppe – müssen nicht zu vollen Arbeitsplätzen, die der Qualifikation des Jugendvertreters entsprechen, zusammengeführt werden (OVG Bln-Bbg 22.5.2014, PersV 2014, 427).

Wann ist denn überhaupt ein Arbeitsplatz „frei“?

Der öffentliche Arbeitgeber ist in der Definition von ihm benötigter Arbeitsplätze frei und unterliegt lediglich einer Missbrauchskontrolle. Darüber, ob in der Ausbildungsdienststelle ein geeigneter und besetzbarer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, entscheidet **primär der Haushaltsgesetzgeber**, dem ein weites Ermessen zusteht (BVerwG 1.11.2005, a.a.O.). Der Arbeitgeber muss folglich nicht alle Instrumente des – sehr flexiblen – Haushaltsrechts ausschöpfen, um dem Jugendvertreter einen Arbeitsplatz zu verschaffen (VGH Bayern 18.11.2013, juris). Der Arbeitsplatz muss **ausbildungsadäquat** sein. Das ist er, wenn auf ihm – ggf. unter kurzfristigem Erwerb einer Zusatzqualifikation – diejenige Qualifikation gefragt ist, die der Jugendvertreter in der beruflichen Abschlussprüfung erlangt hat (BVerwG 24.5.2012, ZfPR online 7-8/2012, S. 3). Und es muss sich um einen **Dauerarbeitsplatz** handeln; ein nur zur vorübergehenden Besetzung vorgesehenen Arbeitsplatz genügt nicht (BVerwG 19.1.2009, a.a.O.). Maßgeblich für diese Feststellungen ist der **Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses** (abweichend ggf. bei betrieblichen Besonderheiten VGH Bayern 25.9.2008, ZfPR online 5/2009, S. 14). Danach frei werdende Arbeitsplätze dürfen, unabhängig davon, wie sicher die Prognose ist, nicht berücksichtigt werden (BVerwG 8.7.2013, ZfPR online 11/2013, S. 2). Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber zur Überbrückung einen befristeten Arbeitsvertrag anbietet und in dieser Zeit – aber eben nach Ausbildungsende – ein Dauerarbeitsplatz frei wird. Dem Arbeitgeber kann es aber zumutbar sein, den Auszubildenden zu übernehmen, weil er einen kurz vor Beendigung der Berufsausbildung freigeordneten Arbeitsplatz wieder besetzt hat, statt ihn für einen geschützten Auszubildenden **freizuhalten** (BVerwG 1.11.2005, a.a.O.). Denn in dem **Dreimonatszeitraum** muss der Arbeitgeber mit einem Übernahmeverlangen und damit dem Entstehen eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes rechnen (BVerwG 20.11.2007, ZfPR online 1/2008, S. 8). Für einen Bewerber zur Wahl der JAV muss der Arbeitgeber allerdings keinen Arbeitsplatz freihalten (BVerwG 20.11.2007, a.a.O.).

Heißt freier Arbeitsplatz = Weiterbeschäftigung?

Nein. Da § 9 BPersVG (nur) vor nachteiligen Folgen der Amtsausübung schützen soll, haben JAV-Vertreter **keinen Vorrang vor der Besetzung einer freien Stelle** mit einem Beschäftigten im Personalüberhang (BVerwG 4.6.2009, ZfPR online 7/2009, S. 14) oder mit einem aus der Elternzeit rückkehrenden Beschäftigten (BVerwG 11.3.2008, ZfPR online 7/2008, S. 5), denn hier erfüllt der Arbeitgeber nur seine Weiterbeschäftigungspflicht gegenüber dem **Stammpersonal**.

Und wenn der Arbeitgeber nur einen befristeten Arbeitsvertrag anbietet?

Der Weiterbeschäftigungsanspruch richtet sich grundsätzlich auf ein **unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis**

mit einer der jeweiligen Ausbildung entsprechenden Beschäftigung. Der Auszubildende soll sowohl hinsichtlich 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. Bietet der Arbeitgeber für den Fall der erfolgreichen Abschlussprüfung einen befristeten Arbeitsvertrag an, so kann der Auszubildende diesen **unterzeichnen**. Um den Verlust eines – möglichen – weitergehenden Anspruchs aus § 9 BPersVG sicher auszuschließen, muss dies **aber unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der rechtlichen Prüfung und 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 unzumutbar?

- 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**.
 - **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.).
 - Jeder eine Kündigung rechtfertigende Grund.
 - **Fehlender ausbildungsgereigneter Dauerarbeitsplatz** (BVerwG 11.3.2008, a.a.O.).
 - Haushaltsgesetzliche (Bund, Land, Kommune) **Stellenbesetzungssperre** (BVerwG 30.5.2007, ZfPR online 8/2007, S. 7) mit Ausnahme nur für unabsehbaren vordringlichen Personalbedarf (BVerwG 22.9.2009, a.a.O.).
 - **Qualifizierter administrativer Einstellungsstopp** (OVG Bln-Bbg 22.5.2014 – 60 PV 20.13, juris). 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.
 - Nichtausweisung einer Planstelle als künftig (in Arbeitnehmerstelle) umzuwandeln durch Entscheidung des kommunalen Haushaltsgesetzgebers (BVerwG 8.7.2013, ZfPR online 11/2013, S. 2).
- Maßgeblich ist stets die **Situation am Tag der Abschlussprüfung** (BVerwG 31.5.1990, a.a.O.).

Was bewirken Feststellungs- oder Auflösungsantrag des Arbeitgebers?

Ob die Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber zumutbar ist, 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 Gericht 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 Gericht **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, löst es das Arbeitsverhältnis auf. Mit Eintritt der Rechtskraft wird das Arbeitsverhältnis – für die Zukunft, nicht rückwirkend – beseitigt (BVerwG 2.11.1994, PersV 1995, 368). Weist das Gericht den Auflösungsantrag ab, bleibt das Arbeitsverhältnis bestehen.

Der **Auflösungsantrag des Arbeitgebers** – das ist derjenige, der beim Vertragsschluss Vertragspartner des Arbeitnehmers wäre – ist nur wirksam, wenn **Fristen und Formalien** beachtet werden, insbesondere auch eine wirksame Vertretung bei der Antragstellung vorliegt (z.B. BVerwG 3.6.2011, ZfPR online 7/2011, S. 8). **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 an das Verwaltungsgericht auf **einstweilige Verfügung** eine vorläufige Regelung (also Beschäftigung bis zum Abschluss des Rechtsstreits) erwirken.

Übrigens: Der Personalrat hat bei der Frage „Übernahme ja oder nein“, nicht unter dem Aspekt der Einstellung **mitzubestimmen**, wohl aber nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG die Vereinbarkeit der beabsichtigten Eingruppierung mit den tarifrechtlichen Vorgaben zu prüfen (BVerwG 26.5.2015, ZfPR online 7-8/2015, S. 2).

Stand: 9/2015 | Die vorstehenden Ausführungen beschreiben die Rechtslage nach BPersVG. Aus dem Landespersonalvertretungsrecht können sich Abweichungen ergeben.



dbb
beamtenbund
und tarifunion



Herausgegeben von der Bundesleitung des **dbb beamtenbund und tarifunion**
Friedrichstraße 169/170 | 10117 Berlin

Internet www.dbb.de/themen/mitbestimmung
Facebook facebook.com/dbb.online
Twitter twitter.com/dbb_news