

**NÄHE  
IST  
UNSERE  
STÄRKE**

## **BRIEF ZUR PERSONALRATSARBEIT**

Weiterbeschäftigung 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 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 (BVerwG 9.9.1999, ZfPR 2000, 74). Zudem geht es um die Sicherstellung der **Unabhängigkeit und Kontinuität der Amtsführung** (BVerwG 19.1.2009, ZfPR *online* 4/2009, 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, sowie Praktikanten, Volontäre, Schüler/Studenten, die innerhalb der Schul- /Hochschulausbildung ein Praktikum ableisten.

Der **Schutz erstreckt sich auf Mitglieder der Personalvertretung** und Vertretung der nicht ständig Beschäftigten, der **JAV** und der **Schwerbehindertenvertretung** – jeweils einschließlich Gesamt- und Stufenvertretungen, ebenso auf endgültig nachgerückte Ersatzmitglieder. 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 (BVerwG 20.11.2007, ZfPR *online* 1/2008, S. 8).

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

## 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 (ggf. nur wenige Tage) vor Beendigung der Ausbildung 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.

## 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 – 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 Weiterbeschäftigungsverlangens 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 von dem Vertretungsorgan (z.B. JAV oder Personalrat) gestellter Antrag reicht nicht, es sei denn, er wird von dem Auszubildenden selbst (mit-) unterzeichnet.

## Und 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 Ausbildungs-dienststelle 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. Allerdings muss keine „Planstelle“ vorhanden sein.

## Wann ist denn überhaupt ein Arbeitsplatz „frei“?

Der Arbeitsplatz muss **ausbildungsadäquat** sein. Und es muss sich um einen **Dauerarbeitsplatz** handeln; ein nur zur vorübergehenden Besetzung vorgesehener Arbeitsplatz genügt nicht (BVerwG 19.1.2009, a.a.O.). Maßgeblich für diese Feststellungen ist der **Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses** (zu abweichender Stichtagsfestlegung wegen betrieblicher Besonderheiten VGH Bayern 25.9.2008, ZfPR *online* 5/2009, S. 14). Nach diesem Zeitpunkt frei werdende Arbeitsplätze dürfen nicht berücksichtigt werden (BVerwG 11.3.2008, ZfPR *online* 7/2008, S. 5). 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 zumutbar sein, den Auszubildenden zu übernehmen, weil er einen kurz vor der Beendigung der Berufsausbildung freigewordenen 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 der Möglichkeit eines Übernahmeverlangens und damit des Entstehens 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.).

## Bedeutet freier Arbeitsplatz zwingend 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 einer aus dem Erziehungsurlaub rückkehrenden Beschäftigten (BVerwG 11.3.2008, a.a.O.), 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 Vollzeitarbeitverhältnis** mit einer der jeweiligen Ausbildung entsprechenden Beschäftigung. Der Auszubildende soll sowohl hin-

sichtlich 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 – möglicherweise bestehenden – 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 dem Arbeitgeber 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 Mecklenburg-Vorpommern 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.)
- Jeder eine Kündigung rechtfertigende Grund
- **Fehlender ausbildungsgerechter Dauerarbeitsplatz** (BVerwG 11.3.2008, a.a.O.)
- **Haushaltsgesetzliche (Bund, Land oder Kommune) Stellenbesetzungssperre** (BVerwG 30.5.2007, ZfPR online 8/2007, S. 7 ) mit Ausnahme nur für unabwiesbaren vordringlichen Personalbedarf (BVerwG 22.9.2009, a.a.O.)
- **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?

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 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.

### Welche Formalien muss ein Auflösungsantrag berücksichtigen?

Bei der Einreichung des Auflösungsantrags hat der Arbeitgeber – das ist derjenige, der beim Vertragsschluss Vertragspartner des Arbeitnehmers wäre – Fristen und Formalien, insbesondere auch zur Sicherstellung einer wirksamen Vertretung bei der Antragstellung zu beachten (z.B. BVerwG 3.6.2011, ZfPR online 7/2011, S. 8).

### 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.

Stand: 12/2011



**dbb**  
beamtenbund  
und tarifunion

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